

MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD ONDERNEMEN EN MVO-CLAUSULES: STRUIKELBLOKKEN EN PERSPECTIEVEN

Christopher BORUCKI

Onderzoeker Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven, UHasselt

Stefaan DECLERCQ

Onderzoeker Instituut voor Verbintenissenrecht, KU Leuven

Kwinten DEWAELE*

Aspirant FWO Vlaanderen

Onderzoeker Instituut voor Contractenrecht, KU Leuven

SAMENVATTING

Maatschappelijk verantwoord ondernemen is niet alleen een ethische of commerciële aangelegenheid. Zaken als productieketenaansprakelijkheid maken het ook tot een juridische vereiste. Een onderneming is maar één schakel in een productieketen. Deze bijdrage onderzoekt welke mogelijkheden het verbintenissenrecht een onderneming biedt om andere personen die bijdragen aan haar dienst of goed, zoals een leverancier of onderleverancier, op dwingende wijze tot haar ethisch waardenkader te verbinden. In welke mate kunnen partijen een ‘maatschappelijk-verantwoord-ondernemen-clausule’ overeenkomen? Hoe krachtig kunnen zij de inhoud en sanctionering ervan maken? Een tweede en derde invalshoek van deze bijdrage zijn het vennootschapsrecht en het mededingingsrecht. Ook deze rechtstakken bevatten aandachtspunten, zoals het ondernemingsdoel en het kartelverbod.

RÉSUMÉ

La responsabilité sociétale des entreprises n'est pas seulement une question d'éthique ou de commerce. Des aspects tels que la responsabilité de la chaîne de production en

* Deze bijdrage is een herwerking van een eerder stuk geschreven in het kader van de onderzoeksmaster aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid onder het thema ‘Recht en altruïsme’. Deze bijdrage werd bijgewerkt tot 31 december 2021.

font également une exigence légale. Une entreprise n'est qu'un maillon de la chaîne de production. Cette contribution examine, entre autres, quelles possibilités le droit des obligations offre à une entreprise pour lier de manière contraignante les autres personnes qui contribuent à son service ou à son bien, comme un fournisseur ou un sous-fournisseur, à son cadre de valeurs éthiques. Dans quelle mesure les parties peuvent-elles convenir d'une 'clause de responsabilité sociétale des entreprises'? Jusqu'où peuvent-elles aller en termes de contenu et de sanctions? Les deuxième et troisième perspectives de cette contribution sont le droit des sociétés et le droit de la concurrence. Ces branches du droit contiennent également des points d'intérêt, tels que l'objet social et l'interdiction des cartels.

I. INLEIDING

1. MVO: INCONTOURNABLE IN DE 21STE EEUW – Dat ondernemen en ethiek hand in hand gaan, is geen nieuw fenomeen. Samenlevingen hebben commerciële transacties steeds onderworpen aan een ethisch normenkader, dat in sommige gevallen ook vandaag nog doorwerkt.¹ Denk bijvoorbeeld aan het woekerverbod (art. 1907ter oud Burgerlijk Wetboek (hierna: 'oud BW')). De laatste jaren treedt echter een andere ethische beweging voor het voetlicht, die de nadruk legt op de zogenaamde 'maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen' (MVO).² Tragedies zoals de dodelijke Rana Plaza-ramp in Bangladesh uit 2013 schokten de publieke opinie en illustreren het belang van MVO in een gemonialiseerde wereldeconomie.³ Daarnaast dwingt 'consumentenactivisme' ondernemingen om het 'schone'⁴ karakter van hun goederen of diensten verder aan te scherpen.⁵ Zo dreef consumentenactivisme in het verleden Nike al tot verscherpte maatregelen in zijn productieketen nadat een schandaal over de arbeidsomstandigheden naar boven was

¹ Zie voor een recente rechtsvergelijkende analyse: A. COLOMBI CHIACCI, C. MAK en Z. MANSOOR (eds.), *Immoral Contracts in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 740 p.

² Vaak ook afgekort als CSR (Engels) of RSE (Frans). De literatuur over het onderwerp is schier eindeloos. Zie voor een aantal recente monografieën: M. SCHWARTZ, W. CRAGG en D. WEITZNER, *Corporate Social Responsibility*, Londen, Routledge, 2016, 560 p.; J. WEBER en D. WASIELESKI, *Corporate Social Responsibility*, Bingley, Emerald Publishing, 2018, 438 p.; J.M. GOLLIER, *Responsabilité sociétale de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2018, 150 p.; C. WICKERT, *Corporate Social Responsibility*, 2019, 81 p. en J. MARQUES en S. DHIMAN, *Social Entrepreneurship and Corporate Social Responsibility*, Cham, Springer, 2020, 482 p.

³ De Rana Plaza-ramp is talloze malen becommentarieerd. Voor een extensieve studie van de ramp en de naweën ervan: A. HIRA en M. BENSON-REA, *Governing Corporate Social Responsibility in the Apparel Industry after Rana Plaza*, New York, Palgrave MacMillan, 181 p.

⁴ Naar de Schone Kleren-campagne.

⁵ Een opvallende getuige van dit verantwoord ondernemen is het gebruik van labels die als doel hebben de consument in zijn koopgedrag bij te sturen. Zo heeft de Belgische wetgever met de wet van 27 februari 2002 ter bevordering van sociaal verantwoorde productie (BS 26 maart 2002, 12.428) geprobeerd om van overheidswege een kader te creëren voor de invoering van een sociaal label.

gekomen.⁶ Een steeds groter deel van de bevolking koppelt zijn ethisch waardenkader aan zijn portefeuille, zodat de invloed van MVO de laatste jaren toeneemt.⁷

2. DEFINITIE MVO – De vraag rijst wat nu precies onder de noemer MVO valt? Wellicht zijn er evenveel definities van ‘MVO’ als auteurs over het onderwerp.⁸ Wat ‘maatschappelijk verantwoord’ is, hangt immers nauw samen met wat ‘maatschappelijk wenselijk’ is. Dat is een vraag zonder eenduidig antwoord. Het lijkt dan ook zinvol om te vertrekken vanuit een formele definitie, ontleend aan de economische wetenschappen en pas in tweede instantie een substantiële invulling aan dit begrip te geven.

3. MVO EN CREDENSGOEDEREN – Binnen de economie is het begrip ‘credensgoed’ algemeen ingeburgerd.⁹ Het gaat om goederen (of diensten) waarvan de consument de waarde niet of maar zeer moeilijk kan inschatten omdat hij over te weinig informatie beschikt. Drie vormen van informatietekort zijn daarbij relevant¹⁰: een gebrek aan informatie i) over de *behoeften* van de consument (bv.

⁶ Voor een korte bespreking: K. BELL DETIENNE en L.W. LEWIS, “The Pragmatic and Ethical Barriers to Corporate Social Responsibility: The Nike Case”, *J. Bus. Ethics* 2005, nr. 60, 359-376.

⁷ C. RUSSELL, D. RUSSELL en H. HONEA, “Corporate Social Responsibility Failures: How do Consumers Respond to Corporate Violations of Implied Social Contracts?”, *J. Bus. Ethics* 2016, nr. 136, (759) 761; V. BECK, “Consumer Boycotts as Instruments for Structural Change”, *J. Applied Philosophy* 2019, nr. 4, (543) 543-546 en *in extenso*: C. HELDMAN, *Protest Politics in the Marketplace in the Corporate Age*, Cornell, Cornell University Press, 2017, 310 p. Recent wordt naar deze evolutie verwezen als ‘political consumerism’; zie D. STOLLE en M. MICHELETTI, *Political Consumerism. Global Responsibilities in Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 366 p. en C.V. ZORELL, *Variations of Political Consumerism*, Cham, Springer, 2018, 188 p. Terecht kan worden opgemerkt dat dit geen volledig nieuw fenomeen is. Te denken valt onder meer aan de commerciële gevolgen van de scherpe verzuiling in de vorige eeuw.

⁸ Zie o.m. Meded. Comm., nr. 2011/0681, Een vernieuwde EU-strategie 2011-2014 ter bevordering van maatschappelijk verantwoord ondernemen; ISO 26.000. Voor een bespreking: L. MORATIS, “Out of the ordinary? Appraising ISO 26.000’s CSR Definition”, *IJLMA* 2014, nr. 1, (26) 26-47. Zie ook voor enkele (meta)analyses van de vele gangbare definities: M. VAN MAREWIJK, “Concepts and Definitions of CSR and Corporate Sustainability: Between Agency and Communion”, *J. Bus. Ethics* 2003, nr. 44, 95-105; B. SHEEHY, “Defining CSR: Problems and Solutions”, *J. Bus. Ethics* 2015, nr. 131, (625) 648; S. SARKAR, “Zeitgeist or chameleon: A quantitative analysis of CSR definitions”, *J. Cleaner Production* 2016, nr. 135, 1423-1435 en H. KLOPPERS en E. KLOPPERS, “Identifying Commonalities in CSR Definitions: Some Perspectives” in K.T. CALINYURT en R. SAYID (eds.), *Sustainability and Social Responsibility of Accountability Reporting Systems*, Cham, Springer, 2018, 229-253.

⁹ Bv. I. BARRY, *Essais sur la certification des biens de confiance: une analyse théorique et empirique des marchés en asymétrie des informations*, thesis, Grenoble Alpes, 2017, 154 p. en F. GOTTSCHALK, *Essays on Credence Goods Markets with Applications to Healthcare and Financial Advice*, thesis, Zürich, 2017, 225 p. In feite is het correcter om te spreken over een ‘credenskenmerk’, aangezien maar weinig goederen of diensten volledig als credensgoed te beschouwen zijn: F. GOTTSCHALK, *Essays on Credence Goods Markets with Applications to Healthcare and Financial Advice*, thesis, Zürich, 2017, 5.

¹⁰ Zie voor een bespreking en de hierna aangehaalde voorbeelden: F. GOTTSCHALK, *Essays on Credence Goods Markets with Applications to Healthcare and Financial Advice*, thesis, Zürich, 2017, 1-15.

juridisch of medisch advies), ii) over de *kwaliteit/werkzaamheid* van het goed (bv. preventieve medicatie) of iii) over de *aard* van het goed (bv. *fair trade*-producten). MVO vormt een toepassing van de laatste categorie credensgoederen. Het is voor de consument onbegonnen werk om na te gaan of een onderneming daadwerkelijk zo 'maatschappelijke verantwoord' is als zij zelf beweert en of ieder concreet goed ook voldoet aan de beloofde MVO-vereisten.¹¹ Zo begrepen is 'MVO' niets anders dan een immaterieel kenmerk, een 'credenskenmerk' verbonden aan een product, dat de afnemer van dit product niet kan controleren.¹² Een goed is in die zin dus maatschappelijk verantwoord wanneer het voldoet aan het MVO-beleid of de MVO-engagementen die een onderneming volgt of beweert te volgen.

4. SUBSTANTIËLE INVULLING – De bovenstaande omschrijving is louter formalistisch en dus *zinledig*, maar daarom niet *zinloos*. Deze formalistische omschrijving maakt immers duidelijk dat (1) de invulling van MVO contingent is, zodat de gelijkschakeling van MVO met de (Engelstalige) catchphrase '*people, planet, profit*' maar een van de vele mogelijke invullingen van het begrip is en (2) dat een manier om de waarachtigheid van MVO-aanspraken te kunnen controleren zich opdringt. De bovenstaande vaststellingen beletten echter niet dat we in deze bijdrage, om praktische redenen, natuurlijk wel een substantiële invulling aan het MVO-begrip moeten geven. We zoeken daarvoor dan ook aansluiting bij de meest gebruikelijke invulling van het begrip, waarbij MVO hoofdzakelijk aandacht besteedt aan sociale rechten (van werknemers) en de impact op klimaat en milieu in ruime zin (inclusief dierenwelzijn).¹³ De praktijkvoorbeelden die deze bijdrage aanhaalt, houden hier dan ook verband mee, al kunnen onze conclusies evengoed naar andere initiatieven (bv. op cultureel of artistiek vlak) worden getransponeerd.

¹¹ Zie in dit verband ook het recente voorstel van de Europese Commissie voor een 'Corporate Sustainability Reporting'-richtlijn, die erop gericht is bedrijven een verregaande duurzaamheidsverslaggeving op te leggen, gekoppeld aan een auditverplichting. Deze Richtlijn moet beleggers en andere belanghebbenden toelaten na te gaan wat de precieze impact is van bedrijven op mens en milieu. Zie Questions and Answers: Corporate Sustainability Reporting Directive proposal, 21 april 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_21/1806.

¹² S. BAKSI en P. BOSE, "Credence Goods, Efficient Labelling Policies and Regulatory Enforcement", *Environmental and Resource Economics* 2007, nr. 37, 411-430; (genuanceerder) G. BALINEAU en I. DUFEU, "Are Fair Trade Goods Credence Goods? A New Proposal, with French Illustrations", *J. Bus. Ethics* 2010, nr. 92, 331-345; R. BAZILIER en J. VAUDAY, "CSR into (new) perspective", *Foresight* 2014, nr. 2, 176-188 en H. LEE, J. CRUZ en R. SHANKAR, "Corporate Social Responsibility (CSR) Issues in Supply Chain Competition: Should Greenwashing Be Regulated?", *J. Decision Science Institute* 2018, nr. 6, 1088-1115. Anders: G. JAHN, M. SCHRAMM en A. SPILLER, "The reliability of certification: Quality Labels as a Consumer Policy Tool", *J. Consum. Policy* 2005, nr. 28, 53-73 (de auteurs beschouwen MVO-goederen als 'Potemkin-goederen', goederen waarvan zelfs na externe controle – anders dan van credensgoederen – geen zekerheid gegeven kan worden over de kwaliteit).

¹³ Zie de literatuur aangehaald in voetnoot 2. Zie ook de hierboven aangehaalde literatuur over de definities.

5. MONDIALISERING VAN PRODUCTIETKETENS (*SUPPLY CHAIN*) – De toenemende aandacht voor MVO kan volgens ons (minstens deels) verklaard worden door een verregaande mondialisering van productietketens die werd mogelijk gemaakt door een snelle vooruitgang in de communicatietechnologie.¹⁴ Deze mondialisering is voor (internationale) ondernemingen weliswaar vaak goedkoper, maar houdt tegelijk een risico in. Zulke mondiale productietketens zijn immers moeilijker beheerbaar en laten toe om milieu-, klimaat- en mensenrechtenstandaarden te omzeilen.¹⁵ Dezelfde technologie die mondialisering in de eerste plaats mogelijk maakte, laat anderzijds tegelijkertijd toe om de wantoestanden die ermee gepaard gaan, aan het licht te brengen. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de MVO-beweging en -rechtsleer zich in grote mate richten op de morele en juridische verantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid?) van de actoren in een gemondialiseerde productietketen. *In extenso* staat de rechtsleer stil bij de mogelijkheden (en vooral ook de beperkingen) van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, het consumentenrecht en het vennootschapsrecht (*parent liability*), naast eventuele specifieke wetgeving.¹⁶⁻¹⁷ Ook de nog embryonale theorie van de ketenaansprakelijkheid naar analogie met productaansprakelijkheid neemt deze positie

¹⁴ Zie *in extenso*: R. BALDWIN, “Global supply chains: why they emerged, why they matter and where they are going” in D.K. ELMS en P. Low (eds.), *Global value chains in a changing world*, Lausanne, WTO, 2013, 13 e.v. Bij deze vaststelling moet in het licht van de COVID-19-crisis, de toenemende internationale spanningen (en bijbehorende handelsoorlogen) en enkele eerder casuïstische incidenten worden vastgesteld dat de mondialisering van productietketens steeds meer in vraag wordt gesteld.

¹⁵ De mondialisering leidt niet op zichzelf tot een verslechtering van, bijvoorbeeld, mensenrechten. Integendeel, zaken als investeringen met buitenlands kapitaal, de uitwisseling van/blootstelling aan andere politieke theorieën en een buitenlands ‘toezicht’ kunnen zulke rechten potentieel versterken. Dat potentieel wordt echter niet bereikt wanneer scheve machtsverhoudingen leiden tot uitbuiting. Zie over deze spanning bijvoorbeeld reeds WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALISATION, *A fair globalization: creating opportunities for all*, Genève, ILO, 2004, 168 p.

¹⁶ Zie bv. L. ENNEKING, *Foreign direct liability and beyond: exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2012, 732 p.; S. BIJLMAKERS, *The Legalization of Corporate Social Responsibility: Towards a New Doctrine of International Legal Status in a Global Governance Context*, thesis, KU Leuven, 2017, 495 p.; M. CONWAY, “A New Duty of Care. Tort Liability from Voluntary Human Rights Due Diligence in Global Supply Chains”, *Queen’s Law Journal* 2015, nr. 2, 741-786; E. ENNEKING, M. SCHELTEMA en I. TILLEMA (eds.), *People, planet, privaatrecht: over de rol van het privaatrecht bij het voorkomen en herstellen van bedrijfsgerelateerde mensenrechten- en milieuschendingen in internationale productietketens*, Den Haag, Boom Juridisch, 2018, 283 p.; B. SJAFJELL en C.M. BRUNER (eds.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 738 p. en V. ULFBECK, A. ANDHOV en K. MITKIDIS (eds.), *Law and Responsible Supply Chain Management. Contract and Tort Interplay and Overlap*, Routledge, 2019, 194 p.

¹⁷ Zie ook de recente rechtspraak in het Verenigde Koninkrijk waarin de rechter de mogelijkheid aanvaardt van een buitencontractuele zorgplicht van een moederonderneming in een multinationale ondernemingsgroep ten opzichte van derden waarmee een dochter in contact komt, UK Supreme Court 10 april 2019, *Vedanta Resources Plc & Anor v Lungowe & Ors* [2019] UKSC 20, toegepast door Gerechtshof Den Haag 29 januari 2021, nrs. 200.126.804 en 200.126.834, nrs. 200.126.843 en 200.126.848, nrs. 200.126.849 en 200.127.813.

in.¹⁸ Minder aandacht gaat uit naar het perspectief van de actor, de ‘moederonderneming’ aan het einde van de productieketen die wordt aangesproken. Om van die actor verantwoordelijkheid te kunnen verwachten, is uiteraard vereist dat die zich in een positie bevindt waarin deze zo’n verantwoordelijkheid werkelijk kan opnemen. De structuur van de productieketen moet toelaten dat die actor kan ingrijpen en bijsturen.

6. *SUPPLY CHAIN GOVERNANCE* – Grofweg zijn er twee wijzen waarop een gefragmenteerde (internationale) productieketen georganiseerd kan worden.¹⁹ Het gaat niet zozeer om een dichotomie als wel om de uiteinden van een genuanceerd spectrum.²⁰ Enerzijds is organisatie mogelijk door de markt via contractuele relaties tussen onafhankelijke bedrijven (*governance through contract*), anderzijds is er sprake van een verticale integratie van het productieproces binnen één transnationale onderneming (geïntegreerd in een vennootschapsgroep) (*governance through (in)corporation*).²¹ Determinerend in de keuze voor een ‘governance-model’ zijn de transactiekosten op de markt. Zijn deze relatief laag, bijvoorbeeld omdat het gaat om eenvoudig produceerbare goederen die geen of weinig bijzondere technische specificaties vereisen, dan lijkt *governance through contract* aangewezen. Gaat het daarentegen om bijzonder complexe producten onderworpen aan vele specificaties, dan nemen de transactiekosten toe en lijkt een geïntegreerde productieketen voordeliger.²² Historisch gezien besteden zowel de rechtsleer als de wetgever meer aandacht aan dit tweede model. De laatste jaren nemen we echter een trend waar tot bijsturing van de oververtegenwoordiging in de literatuur van ‘*governance through incorporation*’ en is er meer ruimte voor

¹⁸ Zie in dit verband ook: Wetsvoorstel (C. Lacroix, V. Reynaert en M.B. Achour) van 2 april 2021 houdende de instelling van een zorg- en verantwoordingsplicht voor de ondernemingen, over hun hele waardeketen heen, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1903/001. Zie ook J. SALMINEN, “Sustainability and the Move from Corporate Governance to Governance through Contract” in B. SJAFJELL en C.M. BRUNNER (eds.), *Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cham, Springer, 2019, 57-70 en J. SALMINEN en V. ULFBECK, “Developing Supply Chain Liability. A necessary marriage of contract and tort?” in V. ULFBECK, A. ANDHOV en K. MITKIDIS (eds.), *Law and Responsible Supply Chain Management. Contract and Tort Interplay and Overlap*, Routledge, 2019, 146-173.

¹⁹ S.W. ARNDT en H. KIERZKOWSKI, *Fragmentation: new productions patterns in the world economy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 1-16.

²⁰ Voor een nauwere uitwerking, zie G. GEREFFI, J. HUMPHREY en T. STURGEON, “The governance of global value chains”, *Rev. Internat’l. Political Econ.* 2005, nr. 1, 78-104.

²¹ G. GEREFFI, J. HUMPHREY en T. STURGEON, “The governance of global value chains”, *Rev. Int’l. Pol. Econ.* 2005, nr. 1, (78) 84-88 en J. SALMINEN, “Sustainability and the Move from Corporate Governance to Governance through Contract” in B. SJAFJELL en C.M. BRUNNER (eds.), *Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cham, Springer, 2019, 59-61.

²² G. GEREFFI, J. HUMPHREY en T. STURGEON, “The governance of global value chains”, *Rev. Int’l. Pol. Econ.* 2005, nr. 1, (78) 80-81. Tenminste zolang de transactiekosten hoger zijn dan de organisatiekosten om dit *in house* te produceren. Zo worden complexe slechts sporadisch gebruikte producten meestal uitbesteed op een markt. Ook is het niet steeds mogelijk de nodige expertise *in house* te verwerven en is een beperking van de transactiekosten tussen ondernemingen op verschillende vlakken mogelijk zodat *contract governance* toch weer aangewezen is.

‘governance through contract’. In dat opzicht verdient ook de ‘MVO-clausule’ een nadere toelichting.²³ Het gaat daarbij over de opname van contractuele bedingen tussen onafhankelijke ondernemingen in een niet-geïntegreerde productieketen voor de uitwerking van het MVO-beleid van (minstens een van) de partijen via *contract governance*.²⁴

7. DOELSTELLINGEN EN STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK – Hoewel de literatuur de laatste jaren meer aandacht besteedt aan MVO-clausules en de contractuele afdwinging van MVO in het algemeen, blijft zij vooralsnog bijzonder fragmentarisch. Bovendien vertrekken zulke analyses meestal vanuit het standpunt van derden (de ‘activistische consument’) en niet vanuit het standpunt van de onderneming zelf, van wie verwacht wordt dat zij zich op MVO-vlak engageert. Tot slot gaat het vaak om een *louter* contractuele analyse, die de meergelaagdheid van het recht en de wisselwerking van andere rechtsdomeinen onderschat. In deze bijdrage wagen wij ons aan een eerste, intradisciplinaire verkenning van de MVO-clausule in drie domeinen. Het gaat daarbij met name om het contractenrecht (aangevuld met het gemeen verbintenissenrecht), het vennootschapsrecht en het mededingingsrecht. In wat volgt, gaan we uit van de toepassing van het Belgische recht.

8. VRAGEN – Centraal staat de vraag hoe een onderneming de MVO-verbintenissen die zij aan de medecontractant wil opleggen het best vormgeeft via een MVO-clausule: “*Welke struikelblokken verhinderen het effectief gebruik van MVO-clausules op juridisch vlak en welke perspectieven worden geboden om deze hindernissen te overkomen?*” We gaan daarbij niet uit van de (activistische) consument, maar van de ‘welwillende’ onderneming, met name de onderneming die daadwerkelijk (om ethische of commerciële redenen) de intentie heeft om afdwingbare, effectieve MVO-clausules op te nemen. Uiteraard is die intentie niet altijd aanwezig of willen ondernemingen niet steeds tot het ‘maximum’ gaan (bv. wat de afdwinging naar derden betreft). De perspectieven die wij bieden, kaderen dan ook eerder in een *à la carte*-menu. Het ligt daarbij voor de hand om wél het maximale uit de doeken te doen, zodat partijen minstens weten wat het hoogst haalbare is en zo met kennis van zaken hun eigen MVO-clausules kunnen modu-

²³ J. SALMINEN, “Sustainability and the Move from Corporate Governance to Governance through Contract” in B. SJAFJELL en C.M. BRUNNER (eds.), *Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cham, Springer, 2019, 60.

²⁴ J. SALMINEN, “Sustainability and the Move from Corporate Governance to Governance through Contract” in B. SJAFJELL en C.M. BRUNNER (eds.), *Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cham, Springer, 2019, 60. Zie bv. K.P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in international business contracts*, Den Haag, Eleven International Publishing, 344 p.; L.A. VYTOPIL, *Contractual Control in the supply chain: on corporate social responsibility, codes of conduct, contracts and (avoiding) liability*, Den Haag, Eleven Publishing, 2015, 341 p. en V. ULFBECK, O. HANSEN en A. ANDHOV, “Contractual Enforcement of CSR clauses and the protection of weak parties in the supply chain” in V. ULFBECK, A. ANDHOV en K. MITKIDIS, *Law and Responsible Supply Chain Management*, Milton, Routledge, 2019, 46-62.

leren. Na een korte typologie (i) richten wij ons op de contractuele beperkingen en mogelijkheden van MVO-clausules (ii). Vervolgens komen enkele mogelijke ‘spelbedervers’ uit verwante rechtsdomeinen, het vennootschapsrecht (iii) en het mededingingsrecht (iv) aan bod.

II. TYPOLOGIE

9. **BEGRIIP** – De term ‘MVO-clausule’ is een vlag die vele ladingen dekt. Dat bemoeilijkt een begripsomschrijving. Gelet op de brede waaier aan toepassingsgevallen is een typologie van dit soort clausules noodzakelijk.

10. **LOUTER CONTRACTUELE DRAAGWIJDTE OF EXTERNE DRAAGWIJDTE?** – Een eerste indeling van MVO-clausules houdt verband met de vraag of zij louter de verhouding regelen tussen de contractpartijen dan wel ook (indirect) een bijzondere ‘externe’ houding vereisen. Indien partijen een MVO-clausule in hun contract opnemen, beogen zij daarmee soms enkel dat de andere partij zich als een eerlijke en betrouwbare *contractpartij* gedraagt. Die verwachting houdt dan bijvoorbeeld in dat de schuldenaar van de verbintenissen alle wetten en praktijken naleeft die een transparante contractuele relatie vereisen. Men beoogt bijvoorbeeld dat de wederpartij zich onthoudt van praktijken van witwas, van oneerlijke handelspraktijken, van corruptie ...²⁵ Met dit type van clausule probeert een persoon vooral zichzelf te beschermen tegen onwenselijke praktijken van de andere contractpartij. MVO-clausules gaan evenwel vaak verder dan dat. Dat is het geval wanneer de clausule bepaalt dat de wederpartij zich niet enkel als een goede contractpartij moet gedragen, maar ook – op meer algemene wijze – als een deugdzame *persoon*, ook wanneer dat gedrag buiten de contractrelatie tussen partijen valt.²⁶ Dat type van MVO-clausules knoopt meer aan bij de doelstellingen en de geest van maatschappelijk verantwoord ondernemen, waarbij de ondernemer niet enkel oog heeft voor het eigen winstbelang (*‘profit’*), maar ook voor zijn invloed op mens (*‘people’*) en milieu (*‘planet’*).²⁷ Hieronder vallen clausules die oproepen

²⁵ D. PHILIPPE, “Les clauses de responsabilité sociétale: les clauses anticorruption”, *Ann. dr. Louvain* 2014, (359) 359 en 376.

²⁶ M. VERDUSSEN en C. ROMAINVILLE, “Les clauses éthiques dans les marchés publics”, *DAOR* 2010, (40) 40. Vgl. in media- en sponseringcontracten de zogenaamde ‘morele clausules’: F.M. PINGUELO en T.D. CEDRONE, “Morals- Who Cares about Morals – Examination of Morals Clauses in Talent Contracts and What Talent Needs to Know”, *Setton Hall J. Sports and Ent.L.* 2009, nr. 2, (349) 350-353; S.D. KATZ, “A Lifetime to Build, Seconds to Destroy: Maximizing the Mutually Protective Value of Morals Clauses in Talent Agreements”, *Cardozo J. Int’l. & Comp.L.* 2011, nr. 1, (185) 193-198 en J. VYNCKIER, *Sponsoringcontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 409-425 (“imagooverplichting”).

²⁷ Voor deze drie ‘p’s’, zie C. BEVERNAGE, “Corporate Social Responsibility. Maatschappelijk verantwoord ondernemen. Juridische fictie voor een goed geweten? Soft law of afdwingbare normen?” in X (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2008, (395) 401-403; T. LAMBOOY, *Corporate social responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR*, Deventer,

tot respect voor de mensenrechten door een versteviging van sociale grondrechten te beogen of door bij te dragen aan het recht op een gezond leefmilieu. Deze theoretische tweedeling ontkent niet dat 'interne' ethische clausules ook externe voordelen bieden (zo is iedereen gebaat bij een samenleving waarin geen witwassen plaatsvindt), noch dat 'externe' clausules bevorderlijk zijn voor de partijen zelf (zo komen zij de reputatie van de onderneming ten goede). Toch is de indeling nuttig voor de inschatting van de haalbaarheid van de verbintenissen (*infra*, randnr. 18) of de derdenwerking ervan (*infra*, randnr. 35 e.v.).

11. **VRIJBLIJVEND OF VERPLICHT?** – Een tweede indeling betreft het verplichte karakter van MVO-clausules. Partijen kunnen vrijwillig besluiten om dergelijke verbintenissen in hun contract op te nemen, maar soms verplicht de wet daartoe. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij overheidsopdrachten.²⁸ Krachtens artikel 7 Wet Overheidsopdrachten zijn ondernemers die een overheidsopdracht uitvoeren ertoe gehouden alle Europese en nationale verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht na te leven en, niet onbelangrijk, te doen naleven door elke persoon die de overheidsopdracht mee uitvoert.²⁹ Ook op het niveau van de deelstaten bestaat soortgelijke regelgeving.³⁰ Via de opname van 'sociale' clausules proberen de deelstatelijke overheden de ondernemer die de overheidsopdracht uitvoert bijvoorbeeld een tewerkstellingsgraad op te leggen voor mensen die moeilijk toegang krijgen tot de arbeidsmarkt. Ook de opname van 'milieuclausules' komt voor. Deze categorie is ruim en omvat iedere clausule die streeft naar een duurzame omgang met grondstoffen en het leefmilieu. De Brusselse Ordonnantie van 8 mei 2014 biedt daarvan in artikel 6 enkele voorbeelden, zoals een levenscyclusbeding, een reductiebeding, een biodiversiteitsbeding ... Deze bijdrage is beperkt tot MVO-clausules die partijen *vrijwillig* in hun contract opnemen.

Kluwer, 2010, 51-54 en R. MULLERAT, *The role of Corporations in the Economic Order of the 21st Century. International Corporate Social Responsibility*, Deventer, Kluwer, 2010, 149-153.

²⁸ Zie daarover M. VERDUSSEN en C. ROMAINVILLE, "Les clauses éthiques dans les marchés publics", *DAOR* 2010, 40-55.

²⁹ Wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, *BS* 14 juli 2016, 44.219.

³⁰ **Brussel:** Ord. 8 mei 2014 betreffende de opname van milieu- en ethische clausules in de overheidsopdrachten, *BS* 6 juni 2014, 43.862. Daarnaast: Ord. 8 mei 2014 betreffende de invoeging van sociale clausules in de overheidsopdrachten, *BS* 17 juni 2014, 45.863 die specifiek gericht is de integratie op de arbeidsmarkt te vergemakkelijken. **Vlaanderen:** De Vlaamse overheid heeft een beleidsplan over overheidsopdrachten aangenomen, dat onder andere tot doel heeft schendingen van mensenrechten in de productieketen terug te dringen en om tegen 2020 100% duurzame overheidsopdrachten te realiseren. Dit is het zogenaamd Vlaams plan overheidsopdrachten voor een strategisch en gecoördineerd beleid overheidsopdrachten voor Vlaanderen, VR 2016, 2901 DOC.0061/2TER. **Wallonië:** Ook de Waalse overheid heeft een beleidskader rond ethische clausules die opgenomen kunnen worden in overheidsopdrachten, zie SPW, *Marchés publics responsables. Note de cadrage et de conseils juridiques. Intégration de clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics*, 2019, https://developpementdurable.wallonie.be/sites/dd/files/2019-08/note%20de%20cadrage%20juridique_20_08_web_0.pdf (geraadpleegd op 7 juli 2021).

12. **FORMELE TYPOLOGIE** – Een derde indeling verwijst naar de diverse verschijningsvormen. In de eerste plaats kunnen MVO-verbintenissen als clausule worden opgenomen in het contract zelf (of de contractuele sfeer ‘binnensluipen’ door algemene voorwaarden). Dat kan een op zichzelf staand contract zijn, maar ook een algemene raamovereenkomst, die het kader vormt van later te sluiten individuele contracten, is denkbaar. Ook eenzijdige gedragscodes³¹ of beleidsverklaringen zijn een populaire habitat voor MVO-clausules.³² Voor zover die eenzijdige wilsuittingen commerciële verwachtingen opwekken bij consumenten³³ of ondernemers, zijn zij niet zonder juridisch belang. Als partijen samen een gedragscode opstellen, is het echter niet zeker dat de intentie om zich juridisch te verbinden aanwezig is. De MVO-afspraken kunnen hier vaak het karakter krijgen van louter morele verbintenissen die juridisch niet binden.³⁴ Tot slot komen MVO-clausules ook voor in zogenaamde keurmerkovereenkomsten. Met zo’n overeenkomst heeft een partij als doel om van een onafhankelijke organisatie het recht te verkrijgen om een keurmerk aan te brengen op producten en diensten. De vereisten daarvoor kunnen zich in de ethische sfeer bevinden, zoals het geval is bij een sociaal³⁵ of duurzaamheidslabel.³⁶ Deze bijdrage beperkt zich tot de ‘gewone’ MVO-clausule in een contract, omdat dit de meest performante manier blijkt te zijn om ethische verbintenissen op te leggen en af te dwingen van de wederpartij.³⁷

³¹ De Belgische wetgever omschrijft de gedragscode als: “een overeenkomst of een aantal niet bij wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen voorgeschreven regels waarin wordt vastgesteld hoe ondernemingen die zich aan de code binden, zich moeten gedragen met betrekking tot een of meer handelspraktijken of bedrijfssectoren”, zie: art. I.1 Wetboek Economisch Recht van 28 februari 2013, BS 29 maart 2013, 19.975 (hierna ‘WER’).

³² De gedragscode kent sinds de jaren 1990 een sterke opmars, zie B. HEPPEL, “The importance of law, guidelines and codes of conduct in monitoring corporate behavior” in R. BLANPAIN (ed.) *Multinational enterprises and the social challenges of the XXIst century*, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, (3) 6; S. CHASSAGNARD-PINET en G. DELALIEUX, “La privatisation des normes de l’entreprise: codes de conduite, chartes privées, mécanismes et certification sociale et environnementale”, *European Journal of Human Rights* 2013, (83) 92-94.

³³ Voor zover een gedragscode bv. geen loutere intentieverklaring vormt en de ondernemer in de context van zijn handelspraktijk verklaart dat hij deze naleeft, kan de niet-naleving van een gedragscode een misleidende handelspraktijk vormen. Zie art. VI.98 WER. De gemiddelde consument mag immers verwachten dat ondernemingen zich aan hun gedragscodes houden, zie G. CROWN, O. BRAY en R. EARLE, *Advertising Law and Regulation*, Londen, Bloomsbury, 2010, 462.

³⁴ Het niet-bindende karakter van het instrument waarin ethische regels worden opgenomen, beïnvloedt de naleving van deze regels niet per se negatief. Daarover: K. DE FEYTER, “Zacht recht en zelf regel geven” in E. BREMS en P. VANDEN HEEDÉ (eds.), *Bedrijven en mensenrechten. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2003, (21) 31-32.

³⁵ Zo verleent de stichting Fair Trade Belgium (voorheen Max Havelaar) een keurmerk aan fair-tradeproducten. Producten met dit label voldoen aan internationale, sociale (maar ook milieu) criteria die sterk inzetten op het respect voor arbeidsrechten en een transparante, democratische werkwijze in de boerencoöperaties in lageloonlanden.

³⁶ Zo verleent de organisatie Forest Stewardship Council een keurmerk aan houtproducten die afkomstig zijn uit duurzaam beheerde bossen. De organisatie stelt de beheercriteria op met aandacht voor de milieu- (maar ook sociale) impact van houtkap.

³⁷ Zie in dit verband de aanbeveling van EcoVadis en Affectio Mutandi in hun rapport *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility. Study of CSR Contractual Practices Among Buyers and Suppliers*, 2018, 29.

III. STRUIKELBLOKKEN EN PERSPECTIEVEN IN HET CONTRACTENRECHT

A. INTERNE WERKING

13. LEESWIJZER – De opstelling van een contract is maatwerk. Voor MVO-clausules is dat niet anders. In dit deel spitsen we ons toe op enkele aspecten van de interne werking van dergelijke clausules. Daarmee bedoelen we dat de focus hierna ligt op de rechtsverhouding tussen de contractpartijen onderling. Eerst gaan wij de invloed van de positie van de clausule na, om ons vervolgens te richten op de wijze waarop partijen de MVO-verbintenissen precies formuleren. Daarnaast mag ook niet uit het oog verloren worden dat een MVO-clausule maar een tandwielkje vormt in een groter contractueel geheel. Partijen moeten acht slaan op andere aanverwante clausules in het contract die in staat zijn om de afdwingbaarheid van de verbintenissen opgenomen in de MVO-clausule te schragen. Tot slot gaan we de wisselwerking met die andere bedingen na.

1. *Positie van MVO-clausules*

14. CONTRACT, GEDRAGSCODE OF ALGEMENE VOORWAARDEN – Een eerste struikelblok bij de beoordeling van de afdwingbaarheid van een MVO-clausule houdt verband met de plaats waarin zij opduikt. Als een partij de afdwingbaarheid wil maximaliseren, doet zij er goed aan de MVO-clausule in het contract *zelf* op te nemen.³⁸ Kiezen partijen ervoor om de MVO-verbintenissen in een eenzijdige gedragscode of in de algemene voorwaarden van een van de partijen op te nemen, dan dreigt de klassieke discussie of de verbintenissen in de MVO-clausule wel onderdeel zijn geworden van het contract.

15. KENNISNAME EN AANVAARDING – Toch verkiezen ondernemingen vaak om met standaardbedingen te werken opgenomen in een aparte gedragscode of in algemene voorwaarden. Dat is met name vaak het geval wanneer de grootte van de onderneming maakt dat het efficiënter is om met gestandaardiseerde toetredingscontracten te werken.³⁹ Werken met algemene voorwaarden vereist evenwel bijkomende aandacht. Algemene voorwaarden van een partij worden maar onderdeel van het contract indien deze partij kan aantonen dat de wederpartij ten laatste op het ogenblik van contractsluiting kennis heeft genomen van de voor-

³⁸ Zie in dit verband de aanbeveling van EcoVadis en Affectio Mutandi in hun rapport *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility. Study of CSR Contractual Practices Among Buyers and Suppliers*, 2018, 29.

³⁹ Toetredingscontracten omvatten meestal algemene voorwaarden, maar zij kunnen ook op maat van een bepaalde wederpartij zijn opgesteld. Zie I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 136, nr. 161.

waarden en deze ook zo aanvaard heeft – een tweevoudige vereiste waarvan het Hof van Cassatie in 2017 bevestigde dat deze ook tussen ondernemingen geldt.⁴⁰ Toch stelt de rechtspraak zich op dit punt coulant op. Zo volstaat het om aan te tonen dat er een *redelijke* mogelijkheid tot effectieve kennisname voorhanden was en ook de aanvaardingsbeslissing kan uit een omstandig stilzwijgen blijken (*i.e.* een stilzwijgen dat niet anders kan worden uitgelegd dan een aanvaarding).⁴¹ Ondanks die soepelheid is het in geen geval uitgesloten dat een rechter oordeelt dat een MVO-clausule – opgenomen in algemene voorwaarden – geen onderdeel is geworden van het contract. Of de mogelijkheid tot kennisname redelijk was, is immers een feitenkwestie, waarbij de beschikbaarheid, de zichtbaarheid en de begrijpelijkheid van de algemene voorwaarden van belang zijn.⁴² Een probleem kan rijzen bij de loutere verwijzing naar de (online) vindplaats van de algemene voorwaarden (zonder ze mee te delen) of de vermelding dat deze op aanvraag verkrijgbaar zijn. Hier ligt mogelijk geen redelijke mogelijkheid tot kennisname

⁴⁰ Cass. 20 april 2017, AR C.16.0341.F. Vgl. Cass. 19 december 2011, AR C.10.0587.F; Cass. 14 mei 2021, AR C.20.0506.N; M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, (33) 52, nr. 29; R. KRUIHTOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 268-277, nrs. 66-72; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 520, nr. 330; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 129-130, nr. 163; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 138, nr. 166; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 214 e.v., nrs. 194 e.v. Deze tweevoudige vereiste is ook opgenomen in het hervormingsproject verbintenissenrecht, zie art. 5.23 Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, ‘opnieuw’ ingediend wegens verval van de vorige wetsvoorstellen (*cf. Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3709/001 en *Parl.St.* Kamer, BZ 2019, nr. 55-174/001). Hierna halen we het wetsvoorstel van 2021 aan als: “Wetsvoorstel Boek 5”.

⁴¹ Sinds Cass. 11 december 1970, *Arr.Cass.* 1971, 369 aanvaardt het Hof van Cassatie dat zo’n omstandig stilzwijgen volstaat. Zie ook Cass. 20 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1237; Cass. 19 december 2011, AR C.10.0587.F; Cass. 16 september 2016, AR C.14 0424.N; Cass. 20 april 2017, AR C.16.0341.F; A. DE BOECK, “De tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden”, *TBBR* 2019, (63) 65-66, nr. 15. Merk op dat ook een beding in een B2B-contract dat *op onweerlegbare wijze* de kennisname of de aanvaarding van een partij vaststelt van bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst onrechtmatig is (art. VI.91/4, 4° WER). Voor een bespreking, zie I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel I)”, *RW* 2019-20, (323) 335, nrs. 38-40.

⁴² C. HELAS, “L’opposabilité des conditions générales contractuelles en ligne” (noot onder Cass. 16 september 2016), *TBBR* 2018, (155) 156 e.v., nrs. 7 e.v.; A. DE BOECK, “De tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden”, *TBBR* 2019, (63) 66 e.v., nrs. 17 e.v.; R. BORREMAN, “Opname van algemene voorwaarden in contracten tussen ondernemingen: over de mogelijkheid tot effectieve kennisname ervan en de vermoedens van kennisname en aanvaarding” (noot onder Cass. 20 april 2017), *TBBR* 2019, (134) 135-136, nrs. 7-10. Voor contracten langs elektronische weg gesloten moeten die kennisname en aanvaarding ook blijken. Zie daarover: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 142-143, nrs. 172-173.

voor.⁴³ Langs de andere kant bestaat er wel verdeeldheid over de vraag of tussen ondernemingen de enkele verwijzing naar algemene voorwaarden toch niet kan volstaan indien zij regelmatig samenwerken of indien de standaardbedingen gebruikelijk zijn in de sector.⁴⁴ Ook het enkele feit dat algemene voorwaarden werden opgesteld in een taal die de bestemming niet machtig is, sluit niet automatisch de toepasselijkheid van algemene voorwaarden uit.⁴⁵

2. *Libellering verbintenissen in MVO-clausules*

a. Interpretatie

16. GEMEENSCHAPPELIJKE BEDOELING – Partijen kiezen vrij welke verbintenis(sen) zij wensen op te nemen en hoe precies zij deze verplichtingen omschrijven. Al te vaak blijft de formulering van MVO-clausules vaag of open.⁴⁶ Hoe onduidelijker de formulering van een verbintenis in zulke clausules, hoe kleiner de kans dat de schuldenaar zijn verbintenis naleeft. De inhoudelijke ‘hardheid’ van een verbintenis vergroot als het ware de kans op naleving.⁴⁷ Bij twijfel over de kwalificatie is de rechter aan zet en moet hij de gemeenschappelijke bedoeling van partijen achterhalen overeenkomstig de artikelen 1156 en volgende oud BW.⁴⁸ Wanneer de rechter het interpretatieprobleem niet kan oplossen, legt

⁴³ Cass. 14 mei 2021, AR C.20.0506.N. Anders is het wanneer op de voorzijde naar de algemene voorwaarden (op de keerzijde) wordt verwezen, en deze algemene voorwaarden bovendien op de keerzijde integraal werden afgedrukt. Zie Cass. 18 juni 2021, AR C.20.0577.N.

⁴⁴ Zijn van oordeel dat het voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden onvoldoende is dat er in de contractuele documenten sprake is van een loutere verwijzing naar de algemene voorwaarden, die niet in die documenten zijn opgenomen of eraan zijn gehecht: Brussel 25 maart 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2013, 33; Kh. Antwerpen (afd. Turnhout) 14 oktober 2015, *P&B* 2016, 94. De arrondissementsrechtbank van Antwerpen oordeelde op 14 januari 2020 evenwel dat een onderneming gebonden was door een bevoegdheidsbeding opgenomen in algemene voorwaarden die ten tijde van de contractsluiting beschikbaar waren op de website van de tegenpartij en waarnaar in de overeenkomst werd verwezen, omdat deze met “een minimum aan inspanning en bij betrachting van een normale zorgvuldigheid” konden worden opgezocht en doorgenomen. Zie Arrondrb. Antwerpen 14 januari 2020, *DAOR* 2020/1, 74.

⁴⁵ De concrete omstandigheden van het geval zijn richtinggevend. Zie Kh. Tongeren 20 april 2007, *DAOR* 2009/1, 43.

⁴⁶ ECOVADIS en AFFECTIO MUTANDI, *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility. Study of CSR Contractual Practices Among Buyers and Suppliers*, 2018, 14. Deze studie toont aan dat ruim 75% van de onderzochte ethische clausules hooguit algemene principes inhouden, en maar 5% van de clausules precieze doelstellingen opleggen aan de wederpartij.

⁴⁷ K. DE FEYTER, “Zacht recht en zelf regel geven” in E. BREMS en P. VANDEN HEEDÉ (eds.), *Bedrijven en mensenrechten. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2003, (21) 32 en 39.

⁴⁸ Deze regel wordt hernomen in art. 5.64, eerste lid Wetsvoorstel Boek 5.

hij het beding in principe⁴⁹ uit *contra stipulatorem*.⁵⁰ Dat wil zeggen dat de rechter het beding moet uitleggen tegen de bedinger (begunstigde). Het gaat om een *ultimum remedium*, waarvan de rechter maar gebruikmaakt wanneer het onmogelijk is de gemeenschappelijke bedoeling van partijen te achterhalen.⁵¹ Wenst een partij de toepassing van deze regel te vermijden en de juridische afdwingbaarheid van verbintenissen in een MVO-clausule te verhogen, dan slaat zij best acht op een zo precies mogelijke beschrijving van het voorwerp van de verbintenissen en redigeert zij de verbintenissen bovendien best als niet mis te verstane resultaatsverbintenissen (zie over dit begrip *infra*, randnr. 19).

b. Voorwerp

17. BEPAALBAARHEIDSVEREISTE – Een geldige verbintenis vereist dat het voorwerp ervan, dit is de concreet beloofde prestatie, uiterlijk op het ogenblik van de contractsluiting bepaald of minstens bepaalbaar is.⁵² Een schuldenaar moet ten laatste op dat ogenblik weten of kunnen bepalen waartoe hij zich precies verbindt en omgekeerd moet de schuldeiser ten laatste dan weten waarop hij aanspraak kan maken.⁵³ Aan die bepaalbaarheidsvereiste is voldaan indien minstens aan de hand van objectieve gegevens (onttrokken aan de wil van de partijen) afgeleid kan worden tot welke prestatie de schuldenaar zich verbonden heeft⁵⁴ of indien het contract objectieve elementen bevat waardoor het voorwerp van zijn presta-

⁴⁹ Op deze regel bestaan heel wat afwijkingen, bv. voor toetredings- of voor consumentenovereenkomsten. Bij toetredingscontracten interpreteert de feitenrechter bij aanhoudende twijfel vaak *contra proferentem*, dat wil zeggen tegen de opsteller van het contract en ten voordele van de toetredende partij. Zie art. 5.66, eerste lid, 1° Wetsvoorstel Boek 5. Bij consumentenovereenkomsten speelt art. VI.37, § 2 WER: “In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie.” Zie uitgebreid over deze regels van voorkeurinterpretatie: J. WAELKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 613-867.

⁵⁰ Art. 1162 oud BW: “In geval van twijfel wordt de overeenkomst uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft.” Zie ook: art. 5.66, eerste lid, 3° Wetsvoorstel Boek 5.

⁵¹ P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 443, nr. 423. Zie ook: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 303, nr. 365.

⁵² Art. 1108 jo. 1129 oud BW; Zie ook art. 5.49 Wetsvoorstel Boek 5. Voor besprekingen, zie: P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 305, nr. 183; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 105, nr. 134; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 223 e.v., nrs. 347 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 287, nr. 290.

⁵³ B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 223, nr. 347; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 180, nr. 227; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 287, nr. 290.

⁵⁴ Cass. 21 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 84; Cass. 20 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 507. Voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak, zie: Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, 873.

tie kan worden bepaald zonder dat een nieuw akkoord tussen de partijen nodig is.^{55, 56} Bij een al te vrijblijvende formulering van de MVO-verbintenissen valt te betwijfelen of de beloofde prestatie wel duidelijk kan worden vastgesteld. Dat is bijvoorbeeld het geval als de schuldenaar enkel belooft zich in te spannen voor 'een betere wereld', 'de mensenrechten' of 'het milieu'.⁵⁷ Zulke vage en open 'verbintenissen' zijn niet afdwingbaar en dus vernietigbaar.⁵⁸ Bij de libellering van MVO-verbintenissen legt een contractpartij dan ook best concrete, *bepaalbare* verbintenissen op aan de wederpartij. Dat kan door meteen duidelijk te maken op welke deelaspecten de vage en algemene doelstellingen betrekking hebben (bv. 'inzet voor het milieu' houdt in: afbouw broeikasgasemissies, verminderd watergebruik, afvalverwerking ...) en door de opname van concrete numerieke doelstellingen (bv. reductie met x procent ...).

PRAKTIJKVOORBEELD – “*Bekaert suppliers are committed to develop cleaner processes and aim to minimize the impact on the environment and follow best practices in environmental management, including energy and resource efficiency, limitation of CO₂ emissions and other greenhouse gasses responsible water management, waste treatment and reduction and recycling.*”⁵⁹ (eigen onderlijning)

18. MOGELIJKHEIDSVEREIESTE – Een ander knelpunt met betrekking tot het voorwerp van een verbintenis betreft de mogelijkheid van de beloofde prestatie. Ook aan die vereiste besteden contractpartijen best aandacht. Recent onderzoek wijst uit dat MVO-clausules vaak verplichtingen opleggen die volstrekt niet haalbaar zijn.⁶⁰ Pres-

⁵⁵ Cass. 21 februari 1991, *Pas.* 1991, I, 604; Cass. 10 oktober 2003, AR C.02.0486.F; Cass. 13 juni 2005, AR S.04.0109.N.

⁵⁶ In principe kunnen partijen ook overeenkomen de bepaling van het voorwerp aan een derde of aan een van de partijen over te laten. Het gaat dan om een bindende partij- of derdenbeslissing. Daarover: B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 225-229. In dat geval behoudt de rechter een marginaal toetsingsrecht dat kadert in het verbod op rechtsmisbruik. Zie: Cass. 28 oktober 2016, AR C.15.0528.N; Cass. 31 oktober 2008, AR C.07.0201.N.

⁵⁷ ECOVADIS en AFFECTIO MUTANDI, *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility*, 2018, 19. Voor een doeltreffende werking van een ethische clause dringen zij aan op een voldoende specificering van de opgenomen verbintenissen, waarbij onder meer rekening wordt gehouden met het land waar de verbintenissen uitgevoerd moeten worden, de sector waarin de medecontractpartij actief is, de omvang van de medecontractant

⁵⁸ Het gaat om een relatieve nietigheid. Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 146; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 361, nr. 220; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 107-108, nr. 137; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 224, nr. 348 en 240, nr. 378; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 280, nr. 283.

⁵⁹ “The Bekaert Supplier Code of Conduct”, <https://www.bekaert.com/en/product-catalog/content/suppliers>.

⁶⁰ ECOVADIS en AFFECTIO MUTANDI, *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility*, 2018, 14-20.

taties die op het ogenblik van de contractsluiting om materiële of juridische redenen onmogelijk blijken, kunnen niet het voorwerp van een verbintenis uitmaken en zijn vernietigbaar.⁶¹ Het is de prestatie op zich die onmogelijk moet zijn. Irrelevant zijn de persoonlijke kenmerken of kwaliteiten van de persoon die zich verbindt om te beoordelen of de prestatie al dan niet mogelijk is.⁶² In zekere zin doet zich hier het omgekeerde probleem voor als bij de bepaalbaarheidsvereiste: waar de bepaalbaarheid van het voorwerp van een verbintenis in het gedrang komt door algemeen geformuleerde, weinigzeggende bedingen, kunnen ook te ambitieuze, concrete formuleringen problematisch zijn. Men kan zich evenwel de vraag stellen of het wel wenselijk is al te strikt vast te houden aan deze onmogelijkheidsvereiste.⁶³ Dat zou er immers toe kunnen leiden dat men al te ambitieus geformuleerde MVO-clausules aan de kant kan schuiven op grond van de vaststelling dat het voorwerp van de verbintenis(sen) onmogelijk is. Maar wat vandaag niet mogelijk is, is dat morgen misschien wel.

c. Intensiteit van de verbintenis

19. RESULTAATS- OF INSPANNINGSVERBINTENIS – Bij een resultaatsverbintenis wordt van de schuldenaar een bepaald, vast resultaat verwacht. Blijft hij in gebreke, dan moet de schuldeiser enkel het bestaan van de verbintenis aantonen en het feit dat het overeengekomen resultaat is uitgebleven.⁶⁴ Hij hoeft niet te bewijzen dat het uitblijven van het resultaat te wijten is aan een fout van de schuldenaar, omdat het vermoeden geldt dat de schuldenaar een fout heeft gemaakt. De schuldenaar kan zich enkel bevrijden van zijn aansprakelijkheid als hij bewijst dat zijn tekortkoming te wijten was aan een vreemde oorzaak, waardoor de contractuele wanprestatie niet aan

⁶¹ Art. 5.47 Wetsvoorstel Boek 5; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 305, nr. 182; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 229, nr. 360.

⁶² B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 229, nr. 360; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 174, nr. 217; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 280, nr. 285.

⁶³ Zie: M.E. STORME, *Kritische bedenkingen bij Wetsvoorstel 1806 – Boek 5 nieuw verbintenissenrecht*, 21 juni 2021, 6, <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/kritischebemerkingenBoek5nieuwBW22juni2021.pdf>, die stelt dat onmogelijkheid geen rol mag spelen bij de totstandkoming van de overeenkomst, enkel bij de sanctiëring wegens niet-nakoming. Het moet dan ook perfect geldig zijn, aldus deze auteur, om zich te verbinden tot iets wat bij het aangaan van de overeenkomst onmogelijk is.

⁶⁴ Cass. 14 november 2012, AR P.11.1611.F; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 27, nr. 35; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 8, nr. 13; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 558, nr. 547. Zie ook art. 5.72, tweede lid Wetsvoorstel Boek 5: “De resultaatsverbintenis is een verbintenis die de schuldenaar ervan verplicht om een bepaald resultaat te bereiken. Indien het resultaat niet wordt bereikt, wordt de fout van de schuldenaar vermoed, tenzij overmacht wordt aangetoond.”

hem toerekenbaar is.⁶⁵ Ook bij een inspanningsverbintenis wordt een resultaat verwacht, maar is de schuldenaar slechts verplicht om een inspanning te leveren om dat resultaat te bereiken.⁶⁶ De uitkomst is onzeker, omdat de schuldenaar enkel belooft naar best vermogen de verbintenis na te komen zonder absoluut te garanderen dat hij het resultaat ook zal bereiken. Schiet de schuldenaar tekort, dan moet de schuldeiser het moeilijke(re) bewijs leveren dat de schuldenaar bij de uitvoering van zijn verbintenis niet alle nodige inspanningen geleverd heeft die men mag verwachten van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden.⁶⁷ In tegenstelling tot een resultaatsverbintenis, moet de schuldeiser de fout hier wel aantonen.⁶⁸

De praktijk bevat mooie voorbeelden, waarbij er een hemelsbreed verschil is tussen:

*“De leverancier neemt en waarborgt passende maatregelen om zijn energie- en grondstoffengebruik binnen twee jaar met 20% te verminderen en voorkomt dat er enige afvalstof of emissie in de atmosfeer, bodem of water belandt.”*⁶⁹

en:

*“De leverancier streeft ernaar om passende maatregelen te nemen om zijn energie- en grondstoffengebruik te verminderen en probeert zoveel als mogelijk te voorkomen dat er afvalstoffen of emissies in de atmosfeer, bodem of water belanden.”*⁷⁰

⁶⁵ Cass. 18 oktober 2001, RW 2002-03, 1342; L. VAN VALCKENBORGH, “De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis” (noot onder Antwerpen 15 september 2008), *TBBR* 2011, 222; P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 51, nr. 15.

⁶⁶ Art. 1137 oud BW; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 179; L. VAN VALCKENBORGH, “De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis” (noot onder Antwerpen 15 september 2008), *TBBR* 2011, 222.

⁶⁷ P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 51, nr. 15; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 8, nr. 13; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 27, nr. 35; P. WÉRY, *Droit des obligations 1: théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 32-33, nr. 16. Zie ook art. 5.72, eerste lid Wetsvoorstel Boek 5: “De inspanningsverbintenis is een verbintenis die de schuldenaar ervan verplicht om alle zorg te verstrekken die eigen is aan een voorzichtig en redelijk persoon om een bepaald resultaat te bereiken. Het bewijs van de fout van de schuldenaar rust op de schuldeiser.”

⁶⁸ Waarbij het bewijs van een lichte fout volstaat: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 438, nr. 577.

⁶⁹ Zie bv. “SAB Miller Responsible Sourcing Guidelines for packaging carbon emission reduction”, <https://www.sab.co.za/sites/g/files/phfypu1031/f/documents/18.sabmiller-responsible-sourcing-guidelines-for-packaging-carbon-emission-....pdf>: “Suppliers are invited to embed the SABMiller’s targets to reduce our packaging CO₂e by 25% and post-consumer waste to landfill by 10% by 2020, into their own commitments.” Het gebruik van het werkwoord ‘to invite’ (uitnodigen) kan taalkundig aanleiding geven tot onduidelijkheid over de precieze verbindende kracht van de clausule. Het gebruik van een werkwoord waar sterker een verplichting uit blijkt is daarom aan te bevelen. SAB Miller verduidelijkt in zijn gedragscode dat de emissiedoelstellingen in de overeenkomsten zelf met leveranciers in meer detail worden uitgewerkt.

⁷⁰ Zie bv. “bpost Supplier Code of Conduct”, <https://corporate.bpost.be/~media/Files/B/Bpost/sustainability/csr-code-of-conduct-engV2.pdf>: “The Supplier is expected to use natural resour-

In het tweede geval ligt hooguit een inspanningsverbintenis voor. In het eerste geval zet de verbintenis veel scherper uiteen welk resultaat precies wordt verwacht van de schuldenaar.

20. **INTERPRETATIE** – Wenst een schuldeiser de afdwingbaarheid van MVO-verbintenissen te versterken en zijn schuldenaar gemakkelijker aansprakelijk te stellen voor de niet-naleving ervan, dan moet hij nadenken over de libellering en kiest hij best *uitdrukkelijk* voor resultaatsverbintenissen.⁷¹ Bij twijfel over de precieze aard van de verbintenis is de rechter aan zet die op basis van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen beoordeelt of een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis voorligt.⁷² Daarbij speelt het aleatoire karakter van het beoogde resultaat een rol om die gemeenschappelijke partijbedoeling te achterhalen: hoe groter de zekerheid dat het beloofde resultaat bereikt wordt, hoe groter de kans dat partijen voor een resultaatsverbintenis kozen.⁷³ Bij twijfel wordt de verbintenis uitgelegd *contra stipulatorem* (*supra*, randnr. 16) en dus als een inspanningsverbintenis.⁷⁴

3. *Essentieel karakter van MVO-clausules?*

21. **GEVOLGEN EN PERSPECTIEVEN** – Hierboven werden de algemene vereisten voor een geldige en werkbare MVO-clausule besproken. Het contractenrecht biedt echter meer perspectieven die, zeker bij MVO-clausules, een *must* zijn om de goede werking daarvan te garanderen. Een eerste mogelijkheid bestaat erin dat de schuldeiser van verbintenissen opgenomen in een MVO-clausule de juridische waarde ervan versterkt door in de clausule (of op een andere plaats in het contract) te laten opnemen dat deze verbintenissen voor hem een essentieel karakter hebben. De toevoeging van dit adjectief maakt het voor de schuldeiser met name gemakkelijker om zich nadien succesvol te beroepen op het wilsgebrek dwaling

ces (e.g. water, sources of energy, raw materials) in an economical way, minimizing noise, waste, emissions to air, water and soil."

⁷¹ Wenst een schuldeiser dat zijn schuldenaar zich zelfs niet op overmacht kan beroepen, dan kan hij aandringen op de opname van een garantie- of een waarborgverbintenis. Zie I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 440, nr. 581.

⁷² Cass. 3 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1147; Cass. 18 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1195.

⁷³ E. KRINGS, concl. onder Cass. 3 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 1148: "Hoe onderscheidt men de ene categorie van de andere? Meestal wordt uitgegaan van het aleatoire karakter dat aan het resultaat van de verbintenis verbonden is. Hoe groter de onzekerheid omtrent het bereiken van het gestelde doel, des te meer zal men te maken hebben met een verbintenis van middelen, omdat de schuldenaar zich niet zal willen verbinden tot het bereiken van een doel waarvan hij weet dat die bereikbaarheid aan twijfel onderhevig is." Zie ook: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 441, nr. 584.

⁷⁴ L. VAN VALCKENBORGH, "De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis" (noot onder Antwerpen 15 september 2008), *TBBR* 2011, 226, nr. 18.

(onder a.) en ook een gedeeltelijke nietigheid wordt vermeden.⁷⁵ Geven partijen een essentieel karakter aan bepaalde verbintenissen, dan kan de overeenkomst in principe niet verder blijven bestaan wanneer de MVO-clausule naderhand nietig blijkt te zijn. Langs de andere kant is het voor een schuldenaar van een verbintenis die partijen als essentieel bestempelen ook veel moeilijker om zich van zijn aansprakelijkheid te bevrijden door zich op een contractueel exonerationbeding te beroepen (onder b.).

a. Dwaling

22. ALGEMEEN – Hecht een contractpartij een doorslaggevend belang aan de (MVO-)wijze waarop de wederpartij te werk gaat of stelt zij bepaalde MVO-vereisten aan de te leveren prestatie, dan doet deze partij er goed aan om dit zó te expliciteren in het contract zelf.⁷⁶ Als achteraf blijkt dat de schuldenaar minder ethiek aan de dag legt dan verwacht, kan zij zich gemakkelijker beroepen op het wilsgebrek dwaling om de nietigheid van het contract te verkrijgen (al dan niet aangevuld met schadevergoeding). Niet elke dwaling of vergissing komt evenwel in aanmerking. Wij zien met name twee struikelblokken.

23. DOORSLAGGEVEND – De dwaling moet – volgens artikel 1110 oud BW – de zelfstandigheid van de zaak betreffen. Dat betekent dat een dwalende partij moet kunnen aantonen dat de dwaling betrekking heeft op een element dat haar er hoofdzakelijk toe bewogen heeft het contract aan te gaan.⁷⁷ De dwa-

⁷⁵ Gaat het maar om een niet-essentiële dwaling, dan kan dit aanleiding geven tot partiële nietigheid als het behoud van de gedeeltelijk nietige overeenkomst mogelijk is en beantwoordt aan de bedoeling die de partijen voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst. Het Hof van Cassatie oordeelde tenminste in die zin met betrekking tot bedrog. Zie Cass. 23 november 2017, *TBBR* 2018, 208, noot F. PEERAER. Het Hof nuanceerde bovendien zijn eerdere rechtspraak in verband met niet-concurrentiebedingen (Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N en Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0008.F) door te stellen dat de partiële nietigheid geen afbreuk mag doen aan de *'gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van partijen'*. PEERAER verdedigt in zijn noot onder dit arrest de stelling dat partiële nietigheid in het algemeen mogelijk moet zijn bij wilsgebreken, dus o.i. ook bij dwaling. Toegepast op ethische clausules houdt dit in dat een niet-essentiële dwaling niet de volledige nietigheid van de overeenkomst zal bewerkstelligen, maar slechts de nietigheid van de (niet-essentiële) ethische clausule waarover gedwaald werd. Vanuit het standpunt van MVO is dit natuurlijk geen wenselijke situatie.

⁷⁶ Kan de schuldenaar op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst nog niet garanderen dat haar producten of diensten voldoen aan bepaalde ethische vereisten (bv. omdat zij met een onderaannemer werkt), dan kunnen partijen de uitvoering van deze verbintenissen onderwerpen aan een (opschortende of ontbindende) voorwaarde. In dat geval hangt de uitvoering resp. de uitdoving van de verbintenissen (en bij uitbreiding van het contract indien de voorwaardelijke verbintenissen essentieel blijken voor dat contract) af van de vraag of het product of de dienst daadwerkelijk volgens de door de schuldeiser verlangde ethische vereisten tot stand komt.

⁷⁷ Cass. 31 oktober, 1966, *Pas.* 1967, I, 294; Cass. 23 januari 2014, AR C.13.0114.N; Cass. 12 februari 2015, AR C.14.0330.F; Cass. 29 april 2019, AR C.18.0439.N; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVEREN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 117.

ling kan betrekking hebben op de kenmerken of kwaliteiten van de prestatie die het voorwerp van de verbintenis van de schuldenaar uitmaakt, maar ook bepaalde eigenschappen of kwaliteiten van de *persoon* van de schuldenaar komen in aanmerking.⁷⁸ In dat laatste geval spreekt men van een *intuitu personae*-contract. Om de nietigheid van het (volledige) contract te bewerkstelligen, is vereist dat de dwaling essentieel is. Een contractpartij moet dus aantonen dat de ethische kenmerken of kwaliteiten van de beloofde prestatie of van de wederpartij voor haar doorslaggevend waren om het contract te sluiten.⁷⁹ Zonder die (bijzondere) eigenschappen had zij het contract nooit gesloten. Zo kan het *intuitu personae*-karakter van een overeenkomst bijvoorbeeld blijken uit het feit dat de contractpartijen bepalen dat de schuldenaar van de ethische verbintenis geen uitvoeringsagent mag aanduiden om zijn verbintenis uit te voeren zonder voorafgaande toestemming van de schuldeiser (zie hierover *infra*, randnr. 41).

24. KENBAARHEIDSVEREISTE – Naast het doorslaggevende karakter van de dwaling, moet dit determinerende element ook in de contractuele sfeer zijn getreden. De dwalende partij moet met andere woorden kunnen aantonen dat haar wederpartij op de hoogte was (of behoorde te zijn) van het essentieel belang dat zij aan deze persoonlijke eigenschappen van de schuldenaar of de bijzondere kwaliteiten van de beloofde prestatie hechtte.⁸⁰ Door de expliciete toevoeging in het contract zelf dat de ethische wijze waarop de wederpartij te werk gaat of het product tot stand gekomen is, essentieel is voor de schuldeiser, slaat hij twee vliegen in één klap. Enerzijds maakt de toevoeging duidelijk dat deze eigenschappen of kwaliteiten voor hem van doorslaggevend belang waren. Anderzijds voldoet de dwalende partij meteen aan de kenbaarheidsvereiste. Gelet op de explicitering in het contract zelf, kan de wederpartij maar moeilijk voorhouden dat zij *niet* op de hoogte was (kon zijn) van het feit dat bepaalde ethische vereisten voor de dwalende partij van doorslaggevend belang waren.

⁷⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 88, nr. 105. Zie ook: art. 5.34 Wetsvoorstel Boek 5.

⁷⁹ Art. 1110, tweede lid oud BW; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1968, 312-313; G. FIEVET, “Erreur, dol et lésion qualifiée. Chronique de jurisprudence (2006-2016)” in P. WÉRY (ed.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, Brussel, Larcier, 2016, 66; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 182, nr. 285; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 246-247, nr. 239.

⁸⁰ Cass. 23 januari 2014, AR C.13.0114.N; Cass. 12 februari 2015, AR C.14.0330.F; Cass. 29 april 2019, C.18.0439.N; A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele aansprakelijkheidsverplichting” in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 48-49; G. FIEVET, “Erreur, dol et lésion qualifiée. Chronique de jurisprudence (2006-2016)” in P. WÉRY (ed.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, Brussel, Larcier, 2016, 75-76.

b. Exoneratiemogelijkheden

25. **UITHOLLINGSVERBOD** – Stippen partijen in het contract aan dat de verbintenis(sen) opgenomen in de MVO-clausule voor de schuldeiser essentieel is/ zijn, dan wordt het voor de schuldenaar moeilijker om zich bij een toerekenbare tekortkoming succesvol op een (eventueel) exoneratiebeding in het contract te beroepen. Met een exoneratiebeding kan een partij zich geheel of gedeeltelijk bevrijden van de aansprakelijkheid die bij wanprestatie op haar zal rusten. De principiële geldigheid van bedingen die afwijken van de contractuele aansprakelijkheid, wordt op grond van het beginsel van de wilsautonomie algemeen aanvaard. De bepalingen over contractuele aansprakelijkheid zijn immers van aanvullend recht.⁸¹ Wel kent deze geldigheid drie belangrijke beperkingen⁸²: (i) de bevrijding van aansprakelijkheid mag niet wettelijk verboden zijn, (ii) de schuldenaar mag zich niet bevrijden van zijn persoonlijk bedrog en (iii) het beding mag het voorwerp zelf van een essentiële verbintenis uit het contract niet tenietdoen (*i.e.* het uithollingsverbod).⁸³ De rechtspraak past vooral die laatste beperking geregeld toe.⁸⁴

26. **RATIO LEGIS** – Door bepaalde verbintenissen in de MVO-clausule expliciet als ‘wezenlijk’ of als essentieel te bestempelen, geven partijen te kennen dat de nakoming van die verbintenis(sen) aan de essentie van het contract zelf raakt. Als de schuldenaar (bepaalde van) deze verbintenissen niet nakomt, kan hij zich minder eenvoudig op een exoneratiebeding beroepen om zijn aansprakelijkheid te ontlopen. In zo’n geval dreigt het exoneratiebeding het contract uit te hollen. Van uitholling is er sprake indien het exoneratiebeding de schuldenaar toelaat zich van zijn aansprakelijkheid te bevrijden bij niet-nakoming van een essentiële verbintenis uit de overeenkomst.⁸⁵ Het contract zou immers iedere zin of betekenis verliezen indien partijen langs de ene kant bepaalde verbintenissen opnemen

⁸¹ Cass. 23 november 1987, RW 1987-88, 1359; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 160, nr. 226; B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 385, nr. 547; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 782, nr. 764.

⁸² Zie ook art. 5.89 Wetsvoorstel Boek 5. Volledigheidshalve merken we op dat voor B2C- en B2B-contracten strengere regels gelden. Zie art. VI.83, 13°, 25° en VI.91/5, 6° WER.

⁸³ O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen anno 2010 in nationale en internationale overeenkomsten” in *Themis 56 – Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2013, (73) 76-84; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 175-179, nrs. 231-235; T. MALENGREAU, “L’entreprise et les clauses exonératoires de la responsabilité” in C. DELFORGE, S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming*, Brugge, die Keure, 2017, 85-86; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 653-659, nrs. 910-920.

⁸⁴ Luik 28 juni 1994, *JLMB* 1995, 398; Bergen 11 juni 1996, *JLMB* 1997, 635; Brussel 18 november 1999, *TBH* 2000, 680; Antwerpen 26 februari 2007, *RHA* 2008, 39; Antwerpen 11 februari 2015, *TBBR* 2017, 94; Antwerpen 12 september 2016, *RABG* 2018, 869; Antwerpen 15 januari 2018, *IHT* 2018, 98.

⁸⁵ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 656, nr. 916.

(in de MVO-clausule) en zij zich tegelijkertijd (in een exonerationclausule) kunnen bevrijden van hun aansprakelijkheid wanneer zij deze verbintenissen niet nakomen.⁸⁶ “*On ne peut, à la fois, donner et retenir*”, zo merkte advocaat-generaal SOENENS al in 1929 op.⁸⁷ Over dit uithollingsverbod had HERBOTS het toen hij schreef dat het contractpartijen niet is toegelaten een essentiële verbintenis uit het contract ‘schaakmat’ te zetten.⁸⁸

4. *Transparantie en adequate contractuele remedies*

27. AFDWINGING – De nakoming van verbintenissen uit een MVO-clausule dreigt dode letter te blijven als het contract niet voorziet in adequate sancties bij niet-nakoming. Een MVO-clausule krijgt maar echt ‘tanden’ en is maar in staat te ‘bijten’ als contractpartijen ook een goed uitgebouwd, gradueel sanctionerings-mechanisme opnemen in hun overeenkomst.⁸⁹ Enkel in dat geval werkt de niet-nakoming van de verbintenissen voldoende afschrikwekkend. Hierna komen de twee meest gangbare remedies aan bod: het schadebeding en het (uitdrukkelijk) ontbindend beding. Vooraf besteden we ook kort aandacht aan de mogelijkheden om te voldoen aan de bewijslast die op de schuldeiser rust om de niet-nakoming van MVO-verbintenissen aan te tonen.

a. Bewijs en transparantie: opvolging, rapportering en audits

28. BEWIJSVOERING – Zoals eerder vermeld bij het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen, is de niet-nakoming van een verbintenis ook een kwestie van bewijsvoering (*supra*, randnrs. 19 e.v.). Of de schuldenaar zijn MVO-verbintenissen is nagekomen, vereist vaak een inzage in het productieproces, dat voor de schuldeiser mogelijk onzichtbaar blijft. De uitvoering van de verbintenissen zit dan als het ware ‘verscholen’ achter de figuur van de schuldenaar. Denk bijvoorbeeld aan de leverancier van werkkledij die een leveringsovereenkomst afsluit waarin MVO-clausules bepalen dat alle internationale sociale regelgeving moet worden nageleefd. In dat geval is het niet evident voor de schuldeiser om louter op basis van het resultaat van het productieproces (de kledij die wordt geleverd) te bepalen of deze zonder kinderarbeid werd vervaardigd. Er is immers geen zichtbaar verschil tussen werkkledij die op correct ethische wijze en deze die op incorrect ethische wijze werd geproduceerd. Dit is net de essentie van

⁸⁶ Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, 113; Cass. 5 januari 1961, *Pas.* 1961, I, 483; Cass. 23 november 1987, *Pas.* 1988, I, 347; Cass. 27 september 1990, *RW* 1990-91, 854; Cass. 26 maart 2004, *AR* C.02.0038.F.

⁸⁷ Concl. Adv. Gen. SOENENS bij Gent 28 februari 1929, *BJ* 1929, 549.

⁸⁸ J. HERBOTS, “De exonerationbedingen in het gemeen recht” in J. HERBOTS en C. PAUWELS (eds.), *Exonerationbedingen*, Brugge, die Keure, 1993, 11, nr. 13.

⁸⁹ ECOVADIS en AFFECTIO MUTANDI, *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility*, 2018, 54.

een credensgoed (*supra*, randnr. 3). Mocht de schuldeiser een vermoeden hebben van kinderarbeid, dan staat hij voor de uitdaging om daarvan het bewijs te leveren. Opdat de schuldeiser van een adequate naleving van de MVO-clausules kan uitgaan, is een verzekering van transparantie over de productieketen van belang. Hoewel, bij toepassing van het Belgische recht, het bewijsrecht aan elke procespartij een samenwerkingsplicht oplegt (en dus ook de partij die de bewijslast *niet* draagt verplicht om (ook de voor hem nadelige) bewijselementen over te maken)⁹⁰, spreekt het voor zich dat de schuldeiser van MVO-verbintenissen gebaat is bij een contractuele verplichting die hem al tijdens de uitvoering van het contract informeert over dat productieproces en zo nodig zelfs bewijselementen verschaft.⁹¹ Enkel dan kan de schuldeiser met kennis van zaken en op effectieve wijze zijn contractuele remedies uitoefenen.

29. MONITORINGS- EN RAPPORTERINGSVERPLICHTING – In de eerste plaats kunnen de partijen overeenkomen dat op de schuldenaar van MVO-verbintenissen de verplichting rust tot uitbouw van een efficiënt monitoringssysteem dat in kaart brengt hoe de schuldenaar zijn MVO-verbintenissen precies naleeft en – niet onbelangrijk – hoe de hulppersonen die (desgevallend) een deel van het productieproces op zich nemen – de MVO-verbintenissen naleven. Partijen kunnen ervoor kiezen om zelf zo’n monitoringssysteem uit te dokteren. Hierin bepalen zij op welke wijze de schuldenaar de naleving van de MVO-verbintenissen moet opvolgen (bv. via zelfrapportering, interne audits, externe audits door een onderneming die volgens bepaalde parameters certificaten uitreikt ...). Partijen kunnen er ook voor kiezen de schuldenaar van de MVO-verbintenissen te verplichten een technische standaardnorm na te leven die een bepaald managementsysteem bevat of een bepaalde methodologie volgt zoals een ngo of een andere onderneming die opstelt.

⁹⁰ Art. 8.4, derde lid BW. Zie ook A. DE BOECK, T. HICK en I. SAMOY, “Informatieverplichtingen in het gemeen recht” in E. SUZANNE VAN AGGELEN (ed.), *Informatie en recht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (23) 57. N. DE LATHAUWER en W. VANDENBUSSCHE bestempelen de bewijsmedewerking zelfs als de meest aangewezen oplossing voor die gevallen waarin de tegenpartij over de relevante informatie en bewijselementen beschikt. Zie W. VANDENBUSSCHE en N. DE LATHAUWER, “Het hervormde bewijsrecht. Capita selecta” in S. VOET en B. ALLEMEERSCH (eds.), *Themis 113 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2020, (71) 92, nr. 31.

⁹¹ Deze informatieverplichting kunnen we opvatten als een voorbeeld van wat VANDENBUSSCHE in zijn proefschrift aanduidt als een preprocesuele medewerkingsplicht in het vergaren van bewijselementen. Daarmee doelt hij op het vooraf (*i.e.* voor de start van een procedure) ter beschikking stellen van bewijsmateriaal aan de andere partij. Hoewel de auteur geen voorstander is van de aanneming van preprocesuele medewerkingsplichten zonder wettelijke grondslag, valt de aanneming van een bijzondere verplichting op grond van de goede trouw niet uit te sluiten. Zie W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 320-330. Zie ook H. BOCKEN, “De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen”, *RW* 1989-90, (1041) 1043, nr. 12; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2013, 131, nr. 252.

PRAKTIJKVOORBEELD – *“An appropriate system managing, measuring and reporting on impacts should be in place, such as but not limited to ISO 14001, EMAS or equivalent.”*⁹²

EIGEN VOORBEELD – “[Schuldenaar] installeert een effectief monitoringssysteem, waarmee hij de naleving van de verbintenissen in deze overeenkomst die betrekking hebben op de ethische risico’s in de productieketen opvolgt en meet. Dit monitoringssysteem [voldoet aan technische norm X]/[voldoet aan de methodologie opgesteld door Y]/[kent de volgende methodologie:].”

Het ligt voor de hand dat partijen aan het monitoringssysteem best ook een duidelijke rapporteringsplicht koppelen, die inhoudt dat de schuldenaar van de MVO-verbintenissen verslag uitbrengt van de resultaten van de monitoring volgens de door partijen vastgelegde modaliteiten.⁹³ Zo kunnen zij overeenkomen dat de schuldenaar van de MVO-verbintenissen op eenvoudig verzoek van de schuldeiser rapporteert over de inspanningen die hij levert om het resultaat van zijn verbintenissen te bereiken. De rapporteringsplicht kan ook bij vaste tijdsintervallen worden opgelegd. Niet-nakoming van deze verplichtingen kan op zichzelf al aanleiding geven tot contractuele aansprakelijkheid.

PRAKTIJKVOORBEELD – “De opdrachtnemer engageert zich om transparant te zijn over het gevoerde beleid en activiteiten waar zij verantwoordelijk voor is, met focus op de sociale risico’s doorheen de keten. Deze informatie dient objectief en feitelijk te zijn en dient bij eenvoudige vraag tijdig overgemaakt te worden aan de KU Leuven.”⁹⁴

EIGEN VOORBEELD – “[Schuldenaar] communiceert transparant over de naleving van de verbintenissen in deze overeenkomst die betrekking hebben op de ethische risico’s in de productieketen. [Indien monitoringssysteem is overeengekomen: Hij brengt daarom verslag uit van de resultaten van de overeengekomen monitoring]. Deze informatie wordt [overeenskomstig de overeengekomen methodologie en modaliteiten] aan de [schuldeiser] overgemaakt [op eenvoudige vraag]/[volgens tijdsinterval].”

30. AUDITS – Naast de voorgaande opvolgings- en rapporteringsplicht aan schuldenaarszijde kunnen partijen verder bepalen dat de schuldeiser het recht heeft om ook zelf de naleving van de MVO-verbintenissen te controleren door een audit. Die auditmogelijkheid laat toe dat de schuldeiser zichzelf vergewist

⁹² “Elia Supplier Code of Conduct”, <https://www.elia.be/nl/leveranciers/aankoopbeleid-en-procedure/gedragscode-voor-leveranciers>.

⁹³ Een voorbeeld van een uitgewerkt monitoringssysteem met rapporteringsplicht is te vinden in de “SAB Miller Responsible Sourcing Guidelines for packaging carbon emission reduction”, <https://www.sab.co.za/sites/g/files/phfypu1031/f/documents/18.sabmiller-responsible-sourcing-guidelines-for-packaging-carbon-emission-....pdf>. De leveranciers moeten jaarlijks schriftelijk verslag uitbrengen van hun inspanningen om de uitstoot van CO₂ te reduceren. De leveranciers kunnen daarvoor een eigen ontwikkelde ‘scorecard’ gebruiken of gebruikmaken van een methodologie die ontwikkeld is door een ngo.

⁹⁴ “Raamovereenkomst voor de levering van gepersonaliseerd duurzaam textiel voor de KU Leuven”.

van de inspanningen van de schuldenaar. Partijen kunnen (de modaliteiten van) een recht op toegang van de schuldeiser overeenkomen (bv. de locaties die mogen worden bezocht, binnen welk tijdsbestek een bezoek mag plaatsvinden, op welke wijze de schuldenaar van een bezoek op de hoogte moet worden gebracht ...). Contractpartijen verduidelijken best of die auditmogelijkheid van toepassing is op een deel of op de gehele productieketen. In dat laatste geval is het van belang dat de schuldenaar van de MVO-verbintenissen zijn eigen hulp-personen oplegt mee te werken aan deze audit (zie ook *infra*, randnrs. 38 e.v. over kettingbedingen).

PRAKTIJKVOORBEELD – “*Deloitte Netherlands is entitled to conduct or procure an audit of compliance with Supplier’s obligations under this Code of Conduct at least once a year, but as often as reasonably necessary. Deloitte Netherlands will conduct or procure the audit after a reasonable notice period, during normal opening hours, sparing Supplier’s normal business operations as much as possible. Supplier will provide reasonable cooperation in such an audit.*”⁹⁵

EIGEN VOORBEELD – “[Schuldeiser] heeft het recht om zelf een audit uit te voeren of te laten uitvoeren om te controleren dat [schuldenaar] de verbintenissen in deze overeenkomst die betrekking hebben op de ethische risico’s in de productieketen naleeft. Dit recht kan hij [te allen tijde]/[binnen de normale openingsuren] uitoefenen. [Schuldeiser] geeft aan de [schuldenaar] voorafgaandelijk kennis van zijn intentie om dit recht uit te oefenen. [Schuldenaar] levert de nodige inspanningen om deze audit uit te voeren, op de wijze die [schuldeiser] redelijkerwijze voorstelt in de kennisgeving.”

b. Schadebedingen

31. BEGRIP – Met de opname van een schadebeding leggen contractpartijen overeenkomstig artikel 1226 oud BW op voorhand een forfaitaire schadevergoeding vast bij een wanprestatie.⁹⁶ Door zo’n beding in te lassen vermijden partijen achteraf betwistingen over het bestaan en de omvang van de schade. Daarin schuilt meteen het belangrijkste voordeel van een schadebeding: het ontslaat de schuldeiser van de moeilijke bewijslast om (de omvang van) zijn schade te bewijzen.⁹⁷ Net als exoneratiebedingen zijn schadebedingen in prin-

⁹⁵ “Code of Conduct Suppliers Deloitte Netherlands”, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/nl/Documents/about-deloitte/deloitte-nl-code-of-conduct-suppliers-gedragscode-leveranciers.pdf>.

⁹⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 727, nr. 694; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 2. Sources des obligations (deuxième partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 1722-1724, nr. 1166; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 194, nr. 253; C. HENSKENS, “Sancties bij contractbreuk” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019 (403) 416, nr. 509.

⁹⁷ Cass. 3 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 130. Zie ook I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 639, nr. 881, die opmerken

cipe geoorloofd, omdat de regelgeving over contractuele aansprakelijkheid van aanvullende aard is. Omdat het Belgische recht enkel de vergoedende functie van dergelijke bedingen aanvaardt, wordt een schadebeding (vooral nog⁹⁸) getoetst aan het criterium van de potentiële schade.⁹⁹ Naast deze gemeenrechtelijke regeling – die we hierna kort bespreken – bestaan over de geoorloofdheid van schadebedingen ook talloze bepalingen in bijzondere wetgeving.¹⁰⁰

32. BEOORDELINGSCRITERIUM – Om te weten of het beding geoorloofd is, moet de feitenrechter nagaan of het in het schadebeding genoemde bedrag voldoet aan de schade die partijen op het ogenblik van de contractsluiting *konden* verwachten. Enkel indien het bedrag in het schadebeding die voorzienbare potentiële schade *kennelijk* overschrijdt, mag de rechter matigend optreden.¹⁰¹ Matiging betekent een herleiding van het schadebeding naar die potentiële schade (met op basis van art. 1231, eerste lid oud BW als absolute ondergrens¹⁰² de werkelijke schade).¹⁰³ Daarin schuilt meteen een moeilijkheid voor de con-

dat de bewijslastverlichting ook speelt op het niveau van het causaal verband (tussen de wanprestatie en de schade) omdat de forfaitaire vergoeding door een loutere (te bewijzen) wanprestatie verschuldigd wordt.

⁹⁸ Net omdat het niet eenvoudig is voor de rechter om zich naar het ogenblik van de contractsluiting te verplaatsen, wijzigt het Wetsvoorstel Boek 5 de matigingsbevoegdheid van de rechter. Deze mag een schadebeding matigen wanneer dat beding *kennelijk onredelijk is, waarbij hij rekening houdt met de schade en alle andere omstandigheden, in het bijzonder met de rechtmatige belangen van de schuldeiser*. Zie: art. 5.88, § 2 Wetsvoorstel Boek 5.

⁹⁹ Cass. 17 april 1970, *Pas.* 1970, I, 711; Cass. 24 november 1972, *Pas.* 1973, I, 297; Cass. 21 november 1985, *Pas.* 1986, I, 347; Cass. 3 februari 1995, *Pas.* 1995, I, 130; Cass. 26 januari 2001, *RW* 2000-01, 1279; Cass. 22 oktober 2004, AR C.03.0088.N.

¹⁰⁰ Zie in het bijzonder voor B2C- en B2B-contracten: art. VI.83, 17°, 24° resp. art. VI.91/5, 8° WER. In beide gevallen is de sanctie niet de matiging, maar de nietigheid van het onrechtmatig schadebeding.

¹⁰¹ Cass. 18 februari 1988, *RW* 1988-89, 1226; Cass. 21 februari 1992, *RW* 1992-93, 568; Cass. 8 februari 2001, AR C.98.0470.N; E. VAN DEN HAUTE, “Schadebedingen” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules vol. I en II*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1393) 1405-1408; F. AUVRAY en S. JANSEN, “Een onmogelijke zoektocht naar het ideale controlemechanisme bij strafbedingen” in C. DELFORGE, S. STIJNS en P. WERY (eds.), *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming*, Brugge, die Keure, 2017, 118; P. WERY, “La réduction des clauses pénales dans la jurisprudence de la Cour de cassation”, *JT* 2018, (17) 19-21. De rechter mag het overdreven beding evenwel niet vernietigen. Zie Cass. 12 april 2013, AR C.12.0498.N.

¹⁰² Deze ondergrens geldt bij de geldigheidscontrole van het schadebeding. Wanneer er sprake is van rechtsmisbruik van een beding dat op zich geoorloofd is, kan de rechter de uitoefening van het recht van de schuldeiser om zich op het schadebeding te beroepen matigen op zo’n manier dat de schuldeiser zich helemaal niet meer op het beding kan beroepen. Zie I. SAMOY en K. VANDERSCHOT, “Nietigheid van ongeoorloofde schadebedingen in het gemene recht: welles nietes...” (noot onder Antwerpen 20 september 2004), *RW* 2006-07, (797) 800, nr. 8; E. VAN DEN HAUTE, “Schadebedingen” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1393) 1422; B. VERKEMPINCK, “Neutralisering van schadebedingen bij rechtsmisbruik”, *RW* 2019-20, (112) 112-113.

¹⁰³ Cass. 22 oktober 2004, AR C.03.0088.N; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 1732.

tractpartijen: wat is immers de voorzienbare potentiële schade die de schuldeiser op het ogenblik van de contractsluiting verwacht te lijden indien de schuldenaar de verbintenissen in de MVO-clausule niet nakomt? Zijn schade is vaak indirect van aard, en bestaat bijvoorbeeld uit reputatieschade¹⁰⁴ of de gemiste kans met een ethischere derde een contract te sluiten. Toch zijn ook concrete schadepos-ten denkbaar, wanneer geleverde goederen voor een onderneming bijvoorbeeld onbruikbaar zijn omdat zij op haar beurt met een andere onderneming overeen-gekomen is ('back-to-back') uitsluitend goederen te leveren of in samenwerking te gebruiken die volgens een ethisch procedé tot stand zijn gekomen. Alles hangt van de feitelijke situatie af. Wensen partijen dat het forfaitaire schadebedrag stand-houdt, dan doen zij er in elk geval goed aan om de voorzienbare potentiële schade zo goed mogelijk te verwoorden.

EIGEN VOORBEELD – “Bij [elke] toerekenbare niet-nakoming van de verbintenissen in deze overeenkomst die betrekking hebben op de ethische risico's in de productieketen betaalt de [schuldenaar] [schuldeiser] een forfaitaire schadevergoeding van [bedrag uitgedrukt in percentage van de waarde van de overeenkomst/vast bedrag]. Die schadevergoeding dekt op niet-limitatieve wijze de volgende te verwachten schade: [beschrijving voorzienbare potentiële schade].”

c. Uitdrukkelijk ontbindend beding

33. BEGRIP – Komt de schuldenaar de verbintenissen uit de MVO-clausule niet na, dan kan de schuldeiser beslissen om de overeenkomst op eenzijdige partijver-klaring buitengerechtelijk te ontbinden. Traditioneel was de ontbindingssanctie naar Belgisch recht een gerechtelijke sanctie bij wederkerige contracten. Sinds de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 erkende het hoogste rechts-college (in anticipatie op het komende verbintenissenrecht) expliciet de mogelijk-heid voor de schuldeiser om een wederkerig contract *buitengerechtelijk* te ontbin-den op kennisgeving (en dus los van een beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding of UOB in het contract zelf).¹⁰⁵ Het voorgaande neemt niet weg dat een schuldeiser erbij gebaat blijft om in het contract zelf te voorzien in een UOB. Hoe-wel een dergelijk beding vandaag niet langer nodig is om een buitengerechtelijke ontbinding te realiseren – dat kan voortaan ook op eenzijdige partijverklaring en

¹⁰⁴ Over de invulling van reputatieschade, zie uitgebreider: B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 751-755, nrs. 2371-2380.

¹⁰⁵ Cass. 23 mei 2019, AR C.16.0254.F en Cass. 11 december 2020, AR C.20.0210.N. Voor een ontleding van het arrest van 23 mei 2019, zie S. STIJNS en S. JANSEN, “De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisge-ving”, *TBBR* 2019, 476-490; S. STIJNS en P. WÉRY, “La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation”, *JT* 2020, 21-25; S. VAN LOOCK, “Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht”, *TBH* 2020, 499-512. Voor een ontleding van het arrest van 11 december 2020, zie S. STIJNS en S. DECLERCQ, “De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet”, *TBBR* 2022, 71-90.

na gemotiveerde kennisgeving – blijft het interessant om de precieze modaliteiten van die eenzijdige ontbindingsbeslissing in een UOB vast te leggen. Zo kunnen partijen afspraken maken over de wanprestaties die de ontbinding kunnen verantwoorden of over de precieze vorm en inhoud van de kennisgeving die nodig is om aan de ontbindingsbeslissing uitwerking te geven. Ook kunnen partijen vastleggen dat er geen voorafgaande ingebrekestelling vereist zal zijn.¹⁰⁶

34. **CONTROLE DOOR DE RECHTER** – De schuldeiser neemt zijn ontbindingsbeslissing altijd op eigen risico.¹⁰⁷ Bij betwisting voert de rechter een *a posteriori*-controle uit. Hierbij gaat hij zowel de *regelmaticheid* als de *rechtmatigheid* van de ontbindingsbeslissing na.¹⁰⁸ Bij zijn *regelmaticheidscontrole* toetst de rechter de naleving van de vormelijke en inhoudelijke toepassingsvoorwaarden van het UOB door de schuldeiser.¹⁰⁹ Controleert de rechter de *rechtmatigheid*, dan voert hij een controle op rechtsmisbruik door¹¹⁰, in die zin dat hij nagaat of de schuldeiser zijn

¹⁰⁶ Zoals bij elke sanctie, is een voorafgaande ingebrekestelling in beginsel ook vereist voor de inwerkingstelling van een UOB. Een gebrek aan aanmaning kan een miskenning van de toepassingsvoorwaarden van het UOB opleveren. Dat neemt niet weg dat partijen deze voorafgaande ingebrekestelling wel mogen wegbedingen. Zie T. TANGHE, “Ontbindingsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1557) 1572.

¹⁰⁷ Zo benadrukt het Hof van Cassatie opnieuw in de arresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020. In het Frans: “*Cette règle ne fait pas obstacle à ce qu’en cas d’inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier décide à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur.*” (Cass. 23 mei 2019, AR C.16.0254.F); in het Nederlands: “*Deze regel staat niet eraan in de weg dat, in geval van een wanprestatie die voldoende ernstig is om de gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen, de schuldeiser de overeenkomst op eigen risico kan ontbinden door daarvan uitdrukkelijk kennis te geven aan de schuldenaar.*” (Cass. 11 december 2020, AR C.20.0210.N).

¹⁰⁸ Over deze tweevoudige controle na inwerkingstelling van een UOB: J.-F. GERMAIN, “Le contrôle de la gravité du manquement en présence d’une clause résolutoire expresse” (noot onder Cass. 9 maart 2009), *TBBR* 2010, 133-136; P. WÉRY, “Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre d’une clause résolutoire expresse” (noot onder Luik 8 maart 2012), *JLMB* 2013, 1025-1031; S. STIJNS en F. VERMANDER, “Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (79) 126-131, nrs. 58-61; S. DE REY, “Uitdrukkelijk ontbindend beding”, *Comm.BO*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 52-59.

¹⁰⁹ Zie bv. Brussel 22 november 2013, *JLMB* 2016, 165. Legt het beding termijnen of modaliteiten op voor een voorafgaande ingebrekestelling en/of voor de kennisgevingsplicht, dan valt de naleving hiervan door de schuldeiser onder de rechterlijke controle van de toepassingsvoorwaarden: Luik 8 maart 2012, *JLMB* 2013, 1021, noot P. WÉRY; Luik 15 februari 2008, *JLMB* 2008, 1191; Bergen 13 maart 2008, *JLMB* 2009, 366; Luik 7 december 2006, *RRD* 2006, 329; Kh. Dinant 3 maart 2006, *TBBR* 2006, 629. Zie verder J.-F. GERMAIN, “Le contrôle de la gravité du manquement en présence d’une clause résolutoire expresse” (noot onder Cass. 9 maart 2009), *TBBR* 2010, (133) 134, nr. 3; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, 772-775, nr. 756.

¹¹⁰ J.-F. GERMAIN, “Le contrôle de la gravité du manquement en présence d’une clause résolutoire expresse” (noot onder Cass. 9 maart 2009), *TBBR* 2010, (133) 134-135, nr. 5; T. TANGHE, “Ontbindingsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1557) 1564; S. STIJNS en F. VERMANDER, “Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (79) 126-127,

ontbindingsbevoegdheid niet uitoefende op een wijze die kennelijk de grenzen van een normale rechtsuitoefening te buiten gaat in de gegeven, concrete omstandigheden.¹¹¹ Om de *a posteriori*-controle door de rechter te beperken (en dus meer zekerheid te verkrijgen dat het contract ontbonden blijft), doet de schuldeiser er goed aan om de niet-nakoming van de MVO-verbintenissen duidelijk op te nemen als een van de wanprestaties die de buitengerechterlijke ontbinding rechtvaardigen. Door in het UOB wanprestaties op te sommen (en zeker wanneer partijen aanvullend aangeven dat de opsomming limitatief is) geven de contractpartijen aan dat de genoemde wanprestaties voor hen voldoende zwaarwichtig zijn om de ontbinding van hun contract te rechtvaardigen. De rechter die in het kader van zijn regelmatigheidscontrole vaststelt dat de ingeroepen wanprestatie inderdaad voorhanden is, kan bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de ontbinding niet meer de ernst van de wanprestatie evalueren, maar kan enkel nog oog hebben voor de begeleidende omstandigheden waarin de schuldeiser een beroep deed op de sanctie.¹¹² Bevat het UOB daarentegen een algemene formule ('bij elke toerekenbare niet-nakoming van een verbintenis uit dit contract'), dan toetst de rechter in het kader van de regelmatigheid van de ontbinding enkel de realiteit van de ingeroepen wanprestatie. Hij kan in het kader van de rechtmatigheidstoets wel nagaan of de ingeroepen tekortkoming voldoende ernstig was om de ontbinding te rechtvaardigen.¹¹³

PRAKTIJKVOORBEELD – “*Unauthorized Subcontracting, whether by the Supplier or Facility, may result in the termination of Costco’s contractual relationship with the violating Supplier and/or Facility, cancellation of orders, suspension of the business relationship, and/or the indemnification of costs associated with the unauthorized activity.*”¹¹⁴

PRAKTIJKVOORBEELD – “*Factories failing to undertake sustainable improvements within the stipulated time-frame would seriously damage its relationship with Zeeman. Unwillingness to cooperate or repeated serious violations of Zeeman’s Code of Conduct and local law may lead to reduced business and ultimately termination of the business relationship with Zeeman.*”¹¹⁵

nr. 58; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 203-204; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, 772-775, nr. 756; S. DE REY, “Uitdrukkelijk ontbindend beding”, *Comm.BO*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 57 en verwijzingen aldaar.

¹¹¹ Het Hof van Cassatie heeft deze rechtmatigheidscontrole uitdrukkelijk aanvaard in een geval waarin de schuldeiser een beroep deed op een UOB. Zie: Cass. 9 maart 2009, AR C.08.0331.F, met andersluidende concl. GENICOT; Cass. 8 februari 2010, AR C.09.0416.F.

¹¹² S. STIJNS en F. VERMANDER, “Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (79) 122, nr. 52; S. DE REY, “Uitdrukkelijk ontbindend beding”, *Comm.BO*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 54.

¹¹³ S. STIJNS en F. VERMANDER, “Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (79) 122, nr. 52, vn. 193.

¹¹⁴ “Costco Wholesale supplier code of conduct”, <https://investor.costco.com/static-files/4563ac77-f3ca-45a8-a9d1-545c56339d92>.

¹¹⁵ “Zeeman code of conduct for suppliers”, https://cdn.zeeman.com/media/wysiwyg/pdf/Appendix_I_Code_of_conduct_November_2018.pdf?_ga=2.249894661.2070980358.1548056533-174646870.1528362210.

EIGEN VOORBEELD – “Partijen komen uitdrukkelijk overeen dat deze bepaling een ontbindend beding uitmaakt. [Schuldeiser] kan de overeenkomst [zonder voorafgaande ingebrekestelling] bij wijze van eenvoudige schriftelijke kennisgeving eigenmachtig en zonder tussenkomst van de rechter ontbinden bij volgende wanprestaties (niet-limitatieve opsomming) die betrekking hebben op de ethische risico’s in de productieketen en die voor partijen als voldoende ernstig worden beschouwd om de ontbinding te rechtvaardigen:

- [bv. de niet nakoming van de verplichting om een effectief monitoringssysteem te installeren;]
- ...

B. EXTERNE WERKING

35. LEESWIJZER – Contracten brengen alleen gevolgen teweeg tussen de contracterende partijen. Dit is het beginsel van de relativiteit, zoals verwoord in artikel 1165 oud BW. Een derde kan in principe dus geen *rechten* ontlelen aan een contract waaraan hij geen partij is (een contract strekt de derde niet tot voordeel), evenmin kan een contract *plichten* doen ontstaan in hoofde van die derde (een contract strekt een derde ook niet tot nadeel).¹¹⁶ Toch dreigt een MVO-clausule tot een papieren tijger te vervallen als dit beding op geen enkele wijze derdenwerking heeft. Zo krijgt een MVO-clausule maar tanden als een belanghebbende derde (zoals een werknemer van de schuldenaar) zich kan beroepen op de clausule en zo de schuldenaar kan aanspreken tot nakoming van de door hem opgenomen verbintenissen (zoals vastgelegd in de MVO-clausule). Eerst gaan we na of en zo ja, onder welke voorwaarden, een derde (begunstigde van de MVO-clausule) *rechten* kan ontlelen aan de MVO-clausule. Vervolgens bespreken we hoe contractpartijen ook een derde (zoals een onderaannemer of leverancier van de schuldenaar) ertoe kunnen *verplichten* de verbintenissen (zoals vastgelegd in de MVO-clausule) na te leven.

1. Derdenbeding

36. CONTRACTRELATIVITEIT: DERDENBEGUNSTIGING – Wat het eerste vraagstuk betreft (*kan een derde rechten ontlelen aan een contract waaraan hij geen partij is?*), behoeft het beginsel van de relativiteit nuancering. In een modernere visie is het rela-

¹¹⁶ Cass. 4 oktober 2010, AR C.09.0623.N. Zie ook S. STIJNS, “Les contrats et les tiers” in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, 198; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 645, nr. 411; N. CARETTE en V. WITHOFS, “Gevolgen voor derden van de overeenkomst” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (593) 593, nr. 788; P. WERY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 875-876, nr. 840.

tiviteitsbeginsel beperkt tot de obligatoire gevolgen van een overeenkomst.¹¹⁷ Een derde kan (behoudens toestemming) nooit schuldenaar zijn van andermans overeenkomst, maar kan uitzonderlijk wel schuldeiser worden van die overeenkomst.¹¹⁸ Dat betekent dat een derde soms wel degelijk rechten uit een contract kan putten zonder zelf partij te worden. Dat is met name het geval indien partijen in hun contract in een derdenbeding voorzien (art. 1165 *juncto* 1121 oud BW). In dat geval laat een contractpartij haar medecontractant beloven dat deze een prestatie uitvoert ten gunste van een (bepaalde of bepaalde) derde die geen partij is bij het contract.¹¹⁹ Partijen komen met andere woorden overeen om aan die belanghebbende derde een eigen, rechtstreeks vorderingsrecht toe te kennen.¹²⁰ Indien de MVO-clausule de vorm aanneemt van zo'n beding ten behoeve van een derde, kan de derde – net als de contractuele schuldeiser – de nalatige schuldenaar tot nakoming van zijn MVO-verbintenissen aanspreken en desgevallend (contractueel¹²¹) aansprakelijk stellen.

37. INTENTIONALITEITSVEREISTE – Of er in een contract sprake is van een beding ten behoeve van een derde is een feitenkwestie waarover de rechter soeverein oordeelt.¹²² De Belgische rechtspraak in dit verband is streng in die zin dat een derdenbeding nooit wordt vermoed.¹²³ De libellering ervan moet dus

¹¹⁷ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 213, nr. 298; N. CARETTE en V. WITHOFS, “Gevolgen voor derden van de overeenkomst” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019 (593) 594, nr. 789 en 608-610, nr. 802.

¹¹⁸ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 382, nr. 492.

¹¹⁹ P. VAN OMMEFLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 815, nr. 860; P. VAN OMMEFLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 2. Sources des obligations (deuxième partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 684, nr. 440; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 241, nr. 336; N. CARETTE en V. WITHOFS, “Gevolgen voor derden van de overeenkomst” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (593) 614-615, nr. 806. Zie in het bijzonder: N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, xxi + 848 p.

¹²⁰ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 79; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 349; N. CARETTE, “Derdenbedingen” in G.-L. BALLON e.a. (eds.), *Contractuele clausules, Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (831) 834; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, 230, nr. 301; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 389, nr. 505.

¹²¹ De derde beschikt over een eigen contractuele vordering, zie Cass. 2 mei 1930, *Pas.* 1930, I, 193; Cass. 11 december 2003, AR C.01.0206.N. Die contractuele aard is onder andere van belang om de precieze verjaringstermijn te bepalen.

¹²² Het eigen vorderingsrecht van de derde kan ook voortvloeien uit een uitdrukkelijke wettekst. In bepaalde gevallen is het immers de uitdrukkelijke wens van de wetgever om een persoon die geen partij is bij het contract toch toe te laten de schuldenaar van de MVO-verbintenissen tot nakoming aan te spreken. Zie daarover *supra*, randnr. 11.

¹²³ Cass. 27 september 1974, *Pas.* 1975, I, 113; Cass. 4 februari 2013, AR C.10.0120.F; Cass. 25 april 2013, AR C.12.0114.F. Zie voor een overzicht van rechtspraak: N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 294-296, nr. 369.

goed zitten, willen partijen voorkomen dat de rechter tot de *afwezigheid* van een derdenbeding besluit. Het grootste struikelblok hier vormt de intentionaliteitsvereiste. Het moet duidelijk zijn dat partijen de bedoeling hadden een derde te bevoordelen door hem een contractueel recht toe te kennen.¹²⁴ Die intentionaliteit kan onduidelijk zijn indien contractpartijen niet expliciet bepalen dat zij aan een derde rechten gunnen. Veel MVO-clausules bepalen zelden dat ‘de werknemer recht heeft op’, maar slechts dat ‘de schuldenaar ervoor zorgt dat de rechten die de werknemer heeft worden gerespecteerd’ of ‘zich zal inzetten voor huidige en toekomstige generaties’.¹²⁵ Hoewel het Belgische recht aanvaardt dat een derdenbeding stilzwijgend overeengekomen wordt¹²⁶, is de rechter bij een impliciet derdenbeding gedwongen de clausule te interpreteren en na te gaan of de intentie van de partijen (om aan derden rechten toe te kennen) wel voldoende duidelijk aanwezig is. Zo is er niet noodzakelijk sprake van een derdenbeding indien blijkt dat een derde een belang of voordeel heeft bij het contract, zelfs indien de contractpartijen dat voordeel voor de derde hebben gewild.¹²⁷

EIGEN VOORBEELD – “Partijen beschouwen deze bepaling uitdrukkelijk als een derdenbeding op grond waarvan [gewenste derde: specifieke omschrijving op basis waarvan de derde bepaald is of generieke omschrijving op basis waarvan de derde bepaalbaar is (bv. de werknemers van [schuldenaar])] in eigen naam de nakoming kan afdwingen van volgende verbintenissen in deze overeenkomst die betrekking hebben op de ethische risico’s in de productieketen: ...”

2. Kettingbeding

38. CONTRACTRELATIVITEIT: GEEN DERDENBINDING – Waar derden onder bepaalde omstandigheden rechten kunnen putten uit een contract, blijft derden-

¹²⁴ N. CARETTE, “Het derdenbeding: wanneer heeft een beding de strekking van een derdenbeding naar Belgisch recht?” in I. SAMOY (ed.), *Derden in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 81 e.v.; N. CARETTE, “Derdenbedingen” in G.-L. BALLON e.a. (eds.), *Contractuele clausules, Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (831) 843 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. II. Les obligations. Vol. 1. Introduction. Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2013, 686, nr. 444; P. WÉRY, *Droit des obligations. Vol. 1. Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 890, nr. 866.

¹²⁵ Zie bv. “Bpost Supplier Code of Conduct”, <https://corporate.bpost.be/~media/Files/B/Bpost/sustainability/csr-code-of-conduct-engV2.pdf>: “The Supplier ensures that employees are provided a safe and healthy work environment, and are not subject to unsanitary or hazardous conditions.”

¹²⁶ N. CARETTE, “Derdenbedingen” in G.-L. BALLON e.a. (eds.), *Contractuele clausules, Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (831) 844. Zie ook art. 5.107, derde lid Wetsvoorstel Boek 5: “Een dergelijk beding kan uitdrukkelijk overeengekomen zijn of voortvloeien uit de aard en strekking van het contract.”

¹²⁷ Zie het overzicht van rechtspraak en rechtsleer bij N. CARETTE en V. WITHOFS, “Gevolgen voor derden van de overeenkomst” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019 (593) 617, nr. 808, vn. 3782. Zie ook I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 387, nr. 499-2.

binding uit den boze.¹²⁸ Een derde kan nooit schuldenaar zijn van verbintenissen die voortvloeien uit andermans contract en kan ook nooit worden gedwongen om deze verbintenissen na te komen. Toch beschikt het verbintenissenrecht over een aantal juridische technieken om hetzelfde resultaat te bereiken.¹²⁹ Eén daarvan is het gebruik van een kettingbeding.

39. KETTINGBEDING – In het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen is *supply chain governance* een niet te onderschatten bouwsteen van een ethische bedrijfsvoering (zie ook *supra*, randnr. 5 e.v.). Een kettingbeding kan helpen om de productieketen zuiver te houden. Met een kettingbeding belooft de schuldenaar dat hij de MVO-verbintenissen waartoe hij zelf gehouden is, bij clause zal inlassen in iedere overeenkomst die hij nadien met een derde (zoals een onderaannemer of subleverancier) zou sluiten in het kader van de uitvoering van de hoofdovereenkomst. Het kettingbeding roept zo een resultaatsverbintenis in het leven voor de belover, schuldenaar van de MVO-verbintenissen.¹³⁰ Bij gebruik van een kettingbeding is de derde maar gebonden door de verbintenissen opgenomen in de MVO-clause voor zover hij met die verbintenissen instemt.¹³¹ De gebondenheid van de derde vloeit dus voort uit zijn eigen toestemming en niet uit de toestemming van de schuldenaar van de MVO-verbintenissen.¹³²

40. DOORGEVEN BIJ IEDERE SCHAKEL – Het gebruik van een kettingbeding houdt evenwel een belangrijk risico in: de ketting is maar zo sterk als haar zwakste schakel. Het welslagen ervan is in belangrijke mate afhankelijk van het ‘doorgeven’ van het beding en de verbintenissen waarop het betrekking heeft.¹³³ Bij de

¹²⁸ Cass. 18 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 458; S. STIJNS, “Contractanten en derden: derde-medeplichtigheid en actio pauliana, sterkmaking en schijnvertegenwoordiging, derdenbegunstiging” in V. SAGAERT, I. SAMOY, S. STIJNS en E. SWAENENPOEL (eds.), *Themis 41 – Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 28; N. CARETTE, “Bedingen ten gunste en ten laste van derden in handelscontracten” in S. STIJNS e.a. (eds.), *Distributiecontracten*, Herentals, Knops Publishing, 2011, 171.

¹²⁹ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 449-450; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht, deel III: verbintenissen, bewijsleer, gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 89.

¹³⁰ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 407, nr. 531.

¹³¹ Zie over het kettingbeding: V. SAGAERT, “Kwalitatieve verbintenissen in het Belgische en Nederlandse recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 356-359; S. DEMEYERE, “Erfdienstbaarheden, kwalitatieve verbintenissen en kettingbedingen” in V. SAGAERT (ed.), *De betekenis van erfdienstbaarheden bij vastgoedtransacties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 37-43.

¹³² N. CARETTE en V. WITHOFS, “Gevolgen voor derden van de overeenkomst” in B. WEYTS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019 (593) 638, nr. 824.

¹³³ V. SAGAERT, “Kwalitatieve verbintenissen in het Belgische en Nederlandse recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 357; J. HIJMA, G. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst in Studiereeks burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 349.

libellering van een kettingbeding waakt de schuldeiser er dan ook best over dat de schuldenaar van de MVO-verbintenissen zich ertoe verbindt om én het kettingbeding én de MVO-verbintenissen zelf over te nemen (te incorporeren) in de onderliggende contracten die hij met derden afsluit. Als de schuldenaar van de MVO-verbintenissen de MVO-clausule(s) niet incorporeert in het contract met zijn eigen onderaannemer of subleverancier of als die persoon dat op zijn beurt niet doet met zijn eigen contractpartijen, is de ketting onherroepelijk doorbroken. Stipuleren partijen dat de schuldenaar van de MVO-verbintenissen louter belooft dat zijn onderaannemers of subleveranciers de MVO-verbintenissen naleven (zonder dat afgesproken wordt dat de schuldenaar de MVO-clausule moet inlassen in de onderliggende overeenkomsten met derden), ligt hooguit een sterkmakingsbeding voor.¹³⁴ Komen die onderaannemers en subleveranciers in zo'n geval deze verbintenissen niet na, dan riskeert enkel de wederpartij bij de hoofdovereenkomst contractuele aansprakelijkheid. De derden blijven uit het vizier: zij verbonden zichzelf immers tot niets.

PRAKTIJKVOORBEELD – “*You must flow down the principles set forth in this Code to these business partners and we will hold you responsible for ensuring compliance by your business partners.*”¹³⁵

EIGEN VOORBEELD – “[Schuldenaar] verbindt zich ertoe om ingeval hij het geheel of een deel van deze overeenkomst laat uitvoeren door een onderaannemer of subleverancier, de bepalingen over de verbintenissen die betrekking hebben op de ethische risico's in de productieketen, op te nemen in de overeenkomst die hij met die partij sluit.”

“[Schuldenaar] verbindt er zich toe ook dit kettingbeding in die overeenkomst op te nemen, opdat de onderaannemer of subleverancier op dezelfde wijze deze verbintenis moet naleven wanneer hij op zijn beurt een nieuwe overeenkomst sluit.”

“[Schuldeiser] heeft het recht rechtstreeks de personen aan wie bovenstaande verbintenissen werden opgelegd aan te spreken bij miskenning van één van die verbintenissen.”

41. VOORAFGAANDE GOEDKEURING CONTRACTPARTIJ – Om het risico op doorbreking van de ketting te vermijden, kunnen partijen ook overeenkomen dat onderaannemers en subleveranciers eerst ter goedkeuring worden voorgelegd aan

¹³⁴ Is hooguit een sterkmakingsbeding: de laatste inleidende zin van de gedragscode van winkelketen JBC (geraadpleegd op: http://content.jbc.be/pdf/Code_of_Conduct_JBC_nl.pdf): “*It is a non-negotiable requirement from JBC N.V.'s side that all its contractors and their subcontractors, without exception, should follow this Code. Each contractor shall therefore effectively make available to all its subcontractors, as well to its own co-workers, the content of this Code of Conduct and ensure that all measures required are implemented accordingly.*”

¹³⁵ Zie voor een voorbeeld: “Raytheon Technologies Supplier Code of Conduct”, https://www.rtx.com/-/media/project/united-technologies/rtx/home/suppliers/media/rtx-supplier-code-of-conduct/supplier-code-of-conduct_english.pdf?rev=1b8b32ddee6e44c68e3c057c5231bb86&hash=514850967D95594E5FBBF32E0787E514E.

de schuldeiser van de MVO-verbintenissen.¹³⁶ De toestemming van de schuldeiser kan dan afhankelijk gesteld worden van de bereidwilligheid van de onderaannemers en de subleveranciers om in te stemmen met de MVO-clausule. Met deze voorafgaande toestemming behoudt de schuldeiser van de MVO-verbintenissen absolute controle, nog meer dan met een enkel kettingbeding het geval is.

PRAKTIJKVOORBEELD – “*Suppliers may not subcontract any part of the production process without prior written consent from C&A, and only after a) the subcontractor has agreed to comply with the Code of Conduct, and b) the subcontractor has passed an audit.*”

EIGEN VOORBEELD – “[Schuldenaar] mag geen deel van de overeenkomst laten uitvoeren door een onderaannemer of subleverancier zonder voorafgaandelijke schriftelijke toestemming door [schuldeiser].”¹³⁷

IV. STRUIKELBLOKKEN EN PERSPECTIEVEN IN HET VENNOOTSCHAPSRECHT¹³⁸

A. VERENIGBAARHEID MVO EN VENNOOTSCHAPSRECHT

42. GEOORLOOFDHEID MVO IN VENNOOTSCHAPSRECHTELIJKE CONTEXT? – Mag een vennootschap zich überhaupt inlaten met niet-economische activiteiten, zoals deze die onder de noemer ‘MVO’ vallen? De vraag is uiteraard niet zonder belang: als immers de vennootschapsvorm onverenigbaar zou zijn met MVO, zet dit ook de haalbaarheid van allerlei MVO-clausules op de helling. Hoewel het ingaat tegen de huidige tijdsgeest, zijn er nog steeds goede argumenten om te beweren dat het antwoord op de bovenstaande vraag ‘nee’ is. Wellicht het meest bekend is de ‘Friedman-doctrine’, die ervan uitgaat dat de enige maatschappelijke verantwoordelijkheid die vennootschappen¹³⁹ hebben, erin bestaat winst na te streven (binnen de grenzen van de wet).¹⁴⁰ Hoewel deze doctrine op het eerste

¹³⁶ ECOVADIS en AFFECTIO MUTANDI, *Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility*, 2018, 22.

¹³⁷ Zie voor een voorbeeld: “C&A Code of Conduct for the Supply of Merchandise”, https://www.c-and-a.com/uk/en/corporate/fileadmin/user_upload/Assets/2_Sustainability/2.3.1/CoC_English.pdf.

¹³⁸ Enkele alinea’s van dit hoofdstuk werden – onder gewijzigde vorm – gepubliceerd als B. TILLEMANS en K. DEWAELE, “Organieke vertegenwoordiging van de BV, NV en CV” in A.L. VERBEKE en F. BUYSENS (eds.), *Notariële actualiteit 2019-2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 391-476.

¹³⁹ In principe verwijst FRIEDMAN naar ondernemingen, maar hij geeft zelf aan dat hij vooral vennootschappen bedoelt.

¹⁴⁰ R.D. FRIEDMAN en R. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1963, 133 en M. FRIEDMAN, “A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits”, *New York Times* 13 september 1970.

gezicht bijzonder scherp is, wijst FRIEDMAN toch op enkele fundamentele problemen die gepaard gaan met vennootschaps-MVO, in het bijzonder het democratisch deficit.¹⁴¹ FRIEDMAN'S visie wordt vaak gereduceerd tot een karikatuur, maar – eerder dan een pleidooi voor ongeremd neoliberalisme – komt zijn betoog ons over als een waarschuwing voor de te grote macht van private bedrijven op het publieke leven. Ook vandaag rijzen er immers vragen over de legitimiteit van private filantropie waarbij miljardairs hun vermogen aanwenden om ‘goed’ te doen, maar daarmee ook het publieke debat sturen.¹⁴²

Geldt dit dan niet *a fortiori* voor vennootschappen, die het vermogen van derden aanwenden? Bestuurders die zich ‘sociaal verantwoordelijk’ gedragen en daar in het bestuur van hun onderneming gevolg aan geven, besteden immers *anderms* vermogen aan doelen waarvan *zij* vinden dat ze lovenswaardig zijn op een manier die *volgens hen* het beste lijkt. Zo begrepen besteden MVO-gezinde bestuurders middelen uit die toebehoren aan aandeelhouders¹⁴³, aan schuldeisers¹⁴⁴, aan consumenten¹⁴⁵, aan werknemers¹⁴⁶ en/of aan de Staat en de burgergemeenschap in zijn geheel¹⁴⁷, zonder dat deze partijen daar (veel) zeggenschap over kunnen hebben.¹⁴⁸ Dit geldt des te meer, gelet op de contigente invulling van MVO (*supra*, randnr. 3 e.v.). In de woorden van FRIEDMAN: “*one man’s good is another’s evil*”.¹⁴⁹ Net om die reden worden vennootschappen politieke rechten ontzegd en zijn er – tenminste in België – grenzen aan hun politieke beïnvloeding.¹⁵⁰ Gelet op het voorgaande, hoeft het niet te verbazen dat principieel de mogelijkheden voor vennootschappen om zich in te laten met MVO traditioneel nogal beperkt zijn.

¹⁴¹ R.D. FRIEDMAN en R. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1963, 133 en M. FRIEDMAN, “A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits”, *New York Times* 13 september 1970. Vgl. recent: A. MACHILDON, “Corporate responsibility or corporate power? CSR and the shaping of the definitions and solutions to our public problems”, *JPP* 2016, nr. 1, (45) 45–64.

¹⁴² Zie populariserend R. GOOSSENS, “De goede werken van Bill Gates”, *De Standaard* 27 februari 2021.

¹⁴³ In de mate dat hun inbreng wordt aangewend.

¹⁴⁴ In de mate dat hun verhaalsmogelijkheden beperkt worden.

¹⁴⁵ In de mate dat prijzen stijgen.

¹⁴⁶ In de mate dat lonen lager zijn.

¹⁴⁷ In de mate dat kosten worden afgetrokken van de belastingen en dus van de overheidsmiddelen.

¹⁴⁸ Met uitzondering wellicht van de aandeelhouders, tenminste wanneer het niet gaat om minderheidsaandeelhouders.

¹⁴⁹ M. FRIEDMAN, “A Friedman doctrine – The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”, *NY Times* 13 september 1970.

¹⁵⁰ Art. 16bis wet 4 juli 1989 betreffende de beperking en controle van de verkiezingsuitgaven voor de verkiezingen van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, de financiering en de open boekhouding van de politieke partijen, *BS* 20 juli 1989. Zie uitvoerig over de historie van deze gedachte en de bezorgdheden van de wetgever: L. MICHOUX e.a., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* (3^e éd.), II, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932, 97 e.v. en B. TILLEMANS en K. DEWAELE, “Organieke vertegenwoordiging van de BV, NV en CV” in A.L. VERBEKE en F. BUYSSENS (eds.), *Notariële actualiteit 2019-2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 428.

43. ERKENNING SOCIAAL ONDERNEMERSCHAP – De laatste jaren nemen we echter ook in het vennootschapsrecht een paradigmashift waar.¹⁵¹ Niet alleen is de publieke opinie gunstiger voor MVO in het algemeen, ook de wetgever lijkt meer te vertrouwen op de mogelijkheden van het privéinitiatief.¹⁵² Dit vertrouwen komt in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna ‘WVV’) expliciet tot uiting in de ‘sociale onderneming’ (SO).¹⁵³ Ter vervanging van de vroegere VSO, heeft de wetgever de mogelijkheid ingevoerd om een CV als ‘sociale onderneming’ te laten erkennen. Voorwaarde voor de ‘erkende CVSO’ of ‘CV erkend als SO’ is dat zij hoofdzakelijk tot doel heeft een positieve maatschappelijke impact te bewerkstelligen op mens, milieu en samenleving.¹⁵⁴ Daarnaast geldt eveneens een uitkeringsgrens (*asset lock*), zowel wat betreft rechtstreekse als onrechtstreekse vermogensvoordelen voor de aandeelhouders als de eventuele bestemming van het liquidatiesaldo.¹⁵⁵ Het Erkennings-KB werkt deze voorwaarden concreet uit en voegt nog enkele nevenvoorwaarden toe.¹⁵⁶ Zo moet het bestuur in principe onbezoldigd optreden en geldt er binnen de algemene vergadering een stemkrachtbeperking.¹⁵⁷

Eenzijds biedt de wettelijke grondslag voor deze figuur en de erkenning van MVO-doelstellingen een (beperkte?) democratische legitimiteit aan het door FRIED-

¹⁵¹ A. FRANÇOIS, “Editoriaal: Op naar een BBC (‘Belgische Benefit Corporation’), *TRV-RPS* 2019, nr. 7, (683) 683-684 en M. DENEFF en A. FRANÇOIS, “Editoriaal: Van social profit naar social impact: een nakende paradigmashift?”, *TRV-RPS* 2020, nr. 7, (801) 801-802. Zie ook voor een uitgebreide bespreking van deze paradigmashift en de regelgeving in Frankrijk, Duitsland, de Verenigde Staten en Duitsland: H. FLEISCHER, “Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law”, *ECFR* 2021, nr. 2, (161) 161-189. Ook in Frankrijk valt een dergelijke beweging waar te nemen, zie over onder meer art. 1833 CC, j° art. L 225-102-1 tot L 225-102-5 C. Comm. en L. 512-17 C. Envir. Zie ook Versailles 10 december 2020, 20/01693.

¹⁵² Ook de rechtsleer besteedt steeds meer aandacht aan dit onderwerp, zie bv. het recent gestart doctoraatsonderzoek aan het Jan Ronse Instituut (KU Leuven) over *social profit* vennootschappen (M. VERHEYDEN).

¹⁵³ Art. 8:5 WVV. Zie voor een algemene bespreking van deze rechtsvorm: M. D’HERDE, “Van VSO naar CV erkend als SO: geslaagde *restyling* of doorgeslaagde striptease” *TRV-RPS* 2018, nr. 8, (817) 817-836; A. FRANÇOIS en M. VERHEYDEN, “Onerkend is onbemind. Over erkende vennootschappen in het nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in X, *Vennootschappen en Verenigingen: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2018, 159-181 en M. DENEFF en B. VAN BAELEN, “Sociaal ondernemerschap in vergelijkend perspectief: juridische variaties van een ontluikende paradigmashift?”, *TRV-RPS* 2020, nr. 8, (942) 942-956.

¹⁵⁴ Art. 8:5, § 1, 1° WVV. Wat dit doel is, is vatbaar voor discussie (*supra* de “zinledigheid” van MVO). Zie daarover: D. COECKELBERG, M. BOSSCHAERT en L. JACOBS (eds.), *Praktijkboek: de vennootschap met sociaal oogmerk: twee decennia vso theorie en praktijk (1995-2015)*, Mechelen, Kluwer, 2016, 56-61.

¹⁵⁵ M. D’HERDE, “Van VSO naar CV erkend als SO: geslaagde *restyling* of doorgeslaagde striptease” *TRV-RPS* 2018, nr. 8, (817) 817-836; A. FRANÇOIS en M. VERHEYDEN, “Onerkend is onbemind. Over erkende vennootschappen in het nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in X, *Vennootschappen en Verenigingen: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2018, 159-181 en M. DENEFF en B. VAN BAELEN, “Sociaal ondernemerschap in vergelijkend perspectief: juridische variaties van een ontluikende paradigmashift?”, *TRV-RPS* 2020, nr. 8, (942) 942-956.

¹⁵⁶ KB 28 juni 2019 tot vaststelling van de voorwaarden van de erkenning als landbouwonderneming en als sociale onderneming, *BS* 11 juli 2019.

¹⁵⁷ Art. 6, 4° en 5° Erkennings-KB.

MAN verguisde sociaal ondernemerschap. Anderzijds bekritiseert de rechtsleer de hervorming als te rigide.¹⁵⁸ Zo lijkt de stemkrachtbeperking overbodig – en nefast voor sociaal ondernemerschap in gecontroleerde vennootschappen – maar ook het voorbehouden van de SO-erkenning aan de coöperatieve vennootschap voelt contra-productief aan. Niet alleen ontzegt dit andere vennootschappen de mogelijkheid om zich specifiek op MVO toe te spitsen, maar ook wordt de beweging om de CV terug haar eigenheid te laten herwinnen hiermee gecompromitteerd.¹⁵⁹ Wellicht was een openstelling van de SO-erkenning voor alle vennootschapsvormen zinvol geweest.¹⁶⁰

44. LEESWIJZER – Onder meer wegens de gemengde gevoelens bij de nieuwe SO in het WVV, lijkt een deel van de rechtsleer zijn heil te zoeken in het meer ‘gemeen’ vennootschapsrecht. Ook daar werden immers enkele (schijnbare) MVO-barrières uit het verleden weggewerkt met de invoering van het WVV. Dit biedt het bestuur de mogelijkheid om zich op MVO-vlak te engageren (o.m. door het aangaan van MVO-contracten en de opname van MVO-clausules). Eerst brengen we enkele basisprincipes in herinnering. Daarna bespreken wij achtereenvolgens drie kernbegrippen die cruciaal zijn, met name de wettelijke specialiteit, het voorwerp en het vennootschapsbelang. Deze begrippen bepalen binnen welke grenzen het vennootschapsbestuur moet handelen (in het algemeen) en dus hoever zij kan gaan in haar (contractueel) MVO-beleid. We focussen daarbij enkel op de meest voorkomende vennootschappen *met* rechtspersoonlijkheid. De maatschap, de VOF en de Comm.V. blijven dus buiten beschouwing.

B. MVO-PERSPECTIEVEN IN HET ‘GEMEEN’ VENNOOTSCHAPSRECHT

1. Basisprincipes

45. ROL VAN HET BESTUUR EN ORGANIEKE VERTEGENWOORDIGING – De vennootschap-rechtspersoon (hierna gewoon vermeld als ‘vennootschap’) mag dan wel een rechtssubject zijn, maar dit blijft natuurlijk steeds een immateriële juri-

¹⁵⁸ M. D’HERDE, “Van VSO naar CV erkend als SO: geslaagde *restyling* of doorgeslaagde strip-tease”, *TRV-RPS* 2018, nr. 8, (817) 832-833 en M. DENEFF en B. VAN BAELEN, “Sociaal ondernemerschap in vergelijkend perspectief: juridische variaties van een ontluikende paradigma-shift?”, *TRV-RPS* 2020, nr. 8, (942) 954-955.

¹⁵⁹ M. D’HERDE, “Van VSO naar CV erkend als SO: geslaagde *restyling* of doorgeslaagde strip-tease”, *TRV-RPS* 2018, nr. 8, (817) 832-833 en M. DENEFF en B. VAN BAELEN, “Sociaal ondernemerschap in vergelijkend perspectief: juridische variaties van een ontluikende paradigma-shift?”, *TRV-RPS* 2020, nr. 8, (942) 954-955.

¹⁶⁰ Vgl. A. FRANÇOIS en M. VERHEYDEN, “Onerkend is onbemind. Over erkende vennootschappen in het nieuw Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen” in X, *Vennootschappen en Verenigingen: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2018, 176.

dische fictie. De vennootschap wordt weliswaar behandeld als een natuurlijk persoon en is in principe volledig rechtsbekwaam met dezelfde rechten en plichten als natuurlijke personen¹⁶¹, maar het *is* geen natuurlijk persoon. Een logisch gevolg is dat de vennootschap steeds (indirect) door een natuurlijk persoon wordt vertegenwoordigd in het rechtsverkeer.¹⁶² De natuurlijke personen die de vennootschap bestendig vertegenwoordigen, vormen de organen van de vennootschap.¹⁶³ Ten aanzien van derden vallen zij samen met de vennootschap, tenminste als zij optreden binnen hun bevoegdheid. De bestuurders van de vennootschap vormen het orgaan bij uitstek.¹⁶⁴ Hun mandaat strekt zich uit tot alle handelingen die nodig of dienstig zijn voor de verwezenlijking van het voorwerp van de vennootschap, met uitzondering van die handelingen die door de wet aan de algemene vergadering zijn voorbehouden.¹⁶⁵ De visie van het bestuur op MVO is dan ook in vele gevallen doorslaggevend. De vraag rijst echter hoever een bestuur kan en mag gaan in de ontwikkeling van een MVO-beleid en het aangaan van MVO-clausules en -overeenkomsten.

¹⁶¹ Cass. 31 mei 1928, *Pas.* 1928, I, 168; Cass. 13 april 1989, *Pas.* 1989, I, 825; Cass. 9 maart 2000 *RW* 2000-01, nr. 16, (622) 622-623; *TRV* 2001, nr. 2, (94) 94-100 (noot D. NAPOLITANO); Cass. 7 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 794; *JLMB* 2005, nr. 20, (866) 866-867; *RABG* 2006, nr. 4, (280) 280-290 (noot S. LOOSVELD); *RW* 2007-08, nr. 29, (1221) 1221; Cass. 30 september 2005, *Arr. Cass.* 2005, 1777; *TBH* 2006, nr. 10, (1028) 1028-1034 (noot P.A. FORIERS); *TRV* 2006, nr. 7, (592) 592-597 (noot F. JENNE; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, 255; D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen in het algemeen, verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke rechtspersonen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 46; K. GEENS, M. MYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 306 en D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, 2020, 310-311 (e.v.).

¹⁶² Cass. 14 juni 1957, *RW* 1957-58, (kol. 939), kol. 941, voorlaatste alinea (een rechtspersoon die alleen door zijn organen handelt, oefent geen gezag uit of brengt geen wil uit dan door bemiddeling van diezelfde organen. Het rechtsfeit van ondergeschiktheid, waardoor de gedwongen onderwerping van de ondergeschikte aan het krachtens het contract uitgeoefend gezag tot uiting komt, kan maar worden verwezenlijkt, in de mate waarin het orgaan van de vennootschap dit gezag werkelijk kan uitoefenen). Indirect, aangezien de vennootschap ook door een andere vennootschap kan worden vertegenwoordigd (bijvoorbeeld een managementsvennootschap in het bestuursorgaan). In dat geval dient echter wel een vaste vertegenwoordiger te worden ingesteld. Deze nuance voegt weinig toe voor ons betoog; wij gaan er dan ook niet verder op in. Zie in extenso: art. 2:55 WVV; A. FRANCOIS en N. VAN DER ECKT, "Met rustige vastheid vijlen aan de vaste vertegenwoordiger" in E. WYMEERSCH, R. HOUBEN en E. DIRIX (eds.), *In het vennootschapsbelang. Liber amicorum Herman Braeckmans*, Mortsel, Intersentia, 2017, 193-212.

¹⁶³ B. TILLEMEN en K. DEWAELE, "Organieke vertegenwoordiging van de BV, NV en CV" in A.L. VERBEKE en F. BUYSSENS (eds.), *Notariële actualiteit 2019-2020*, Mortsel, Intersentia, 2020, 393.

¹⁶⁴ In de BV en CV gaat het om de bestuurders (die al niet een collegiaal orgaan vormen). In de monistische NV gaat het om de leden van de raad van bestuur (steeds een collegiaal orgaan). In de duale NV gaat het voornamelijk om de leden van de (collegiale) directieraad. Ook vereffenaars, vaste vertegenwoordigers en/of voorlopig bewindvoerders zijn organen van de vennootschap. Wij gaan op deze hypothesen echter niet verder in.

¹⁶⁵ Art. 5:73, 6:61, 7:93, 9:7 en 11:7 WVV.

46. VERTEGENWOORDIGINGSMACHT VS. VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID – Vooraleer verder te gaan, is een korte heropfrissing van de Prokuraleer echter noodzakelijk. Dit leerstuk vertrekt van het onderscheid tussen vertegenwoordigingsmacht en vertegenwoordigingsbevoegdheid.¹⁶⁶ Vertegenwoordigingsmacht heeft betrekking op de vraag of een orgaan de vennootschap *kan* verbinden, terwijl vertegenwoordigingsbevoegdheid de vraag stelt of dit orgaan de vennootschap ook *mag* verbinden. Het onderscheid tussen beide wordt relevant in vennootschappen met een meerhoofdig bestuur waarbij vertegenwoordigingsmacht en -bevoegdheid niet samenvallen.¹⁶⁷ Een statutaire beperking aan de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur heeft immers – anders dan wettelijke beperkingen – in principe geen invloed op diens vertegenwoordigingsmacht.¹⁶⁸ In die gevallen *kan* het bestuursorgaan de vennootschap dus wel verbinden, zonder dat zij dit *mag*. De onbevoegd gestelde handeling wordt dus wel degelijk toegerekend aan de vennootschap die – ondanks de bevoegdheidsoverschrijding – daardoor gebonden is ten aanzien van derden te goeder trouw.¹⁶⁹

¹⁶⁶ B. ALLEMEERSCH en J. VANANROYE, “Het optreden in rechte van vennootschappen enkele actuele aandachtspunten voor advocaten” in B. ALLEMEERSCH en V. SAGAERT, *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 256; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 474-480; R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 324-325; D. BIJNENS en J. THEUNIS, “Rechtspersonen in het publiekrechtelijke contentieux: mandaat ad litem, Prokura en collectief belang”, *Themis* 90, 2014, (67) 80-84; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, Larcier, 2016, 642-644 en F. MESSINES e.a., “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in R. AYDOGDU, *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, 208-209 en B. TILLEMEN en K. DEWAELE, “Organieke vertegenwoordiging van de BV, NV en CV” in A.L. VERBEKE en F. BUYSENS (eds.), *Notariële actualiteit 2019-2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 407 e.v. In het verleden maakte de rechtsleer ook gebruik van de termen “bestuursbevoegdheid” (voor wat nu vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt genoemd) en “vertegenwoordigingsbevoegdheid” (voor wat nu – enigszins verwarrend – vertegenwoordigingsmacht wordt genoemd)

¹⁶⁷ B. ALLEMEERSCH en J. VANANROYE, “Het optreden in rechte van vennootschappen enkele actuele aandachtspunten voor advocaten” in B. ALLEMEERSCH en V. SAGAERT, *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 256; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 474-480; R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Morsel, Intersentia, 2011, 324-325; D. BIJNENS en J. THEUNIS, “Rechtspersonen in het publiekrechtelijke contentieux: mandaat ad litem, Prokura en collectief belang” *Themis* 90, 2014, (67) 80-84; F. MESSINES e.a., “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in R. AYDOGDU, *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, 208-209 en B. TILLEMEN en K. DEWAELE, “Organieke vertegenwoordiging van de BV, NV en CV” in A.L. VERBEKE en F. BUYSENS (eds.), *Notariële actualiteit 2019-2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 407 e.v.

¹⁶⁸ Dit is anders voor numerieke beperkingen op voorwaarde dat zij algemeen zijn. Zie hierover *in extenso*: B. TILLEMEN en K. DEWAELE, “Organieke vertegenwoordiging van de BV, NV en CV” in A.L. VERBEKE en F. BUYSENS (eds.), *Notariële actualiteit 2019-2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 451 e.v.

¹⁶⁹ B. ALLEMEERSCH en J. VANANROYE, “Het optreden in rechte van vennootschappen enkele actuele aandachtspunten voor advocaten” in B. ALLEMEERSCH en V. SAGAERT, *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 256; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 474-480; R.

Het bestuur kan echter wel intern aansprakelijk worden gesteld, tenminste op voorwaarde dat de vennootschap ook effectief schade geleden heeft door de overschrijding.¹⁷⁰ Sinds de invoering van het WVV geldt de Prokureur niet langer alleen binnen de BV(BA) en de NV, maar ook binnen CV, VZW en Stichting.

2. Wettelijke specialiteit, vennootschapsvoorwerp en vennootschapsbelang

47. WETTELIJKE SPECIALITEIT – Hoewel de rechtspersoon in principe volledig rechtsbekwaam is, is enige nuancering toch op zijn plaats. De rechtspersoon kan immers maar drager zijn van rechten en plichten binnen de grenzen die de wetgever voor die rechtspersoon heeft afgebakend.¹⁷¹ Deze grenzen vormen de ‘wettelijke specialiteit’ van de rechtspersoon waarbuiten zij niet kan optreden. Deze wettelijke specialiteit raakt bovendien de openbare orde: rechtshandelingen gesteld met miskenning van de wettelijke specialiteit zijn absoluut nietig.¹⁷²

HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 324-325; D. BIJNENS en J. THEUNIS, “Rechtspersonen in het publiekrechtelijke contentieux: mandaat ad litem, Prokura en collectief belang”, *Themis* 90, 2014, (67) 80-84; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, 2016, 642-644 en F. MESSINES e.a., “La gouvernance des sociétés, spécialement des sociétés par actions” in R. AYDOGDU, *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, 208-209.

¹⁷⁰ K. GEENS, “De tegenwerpelijheid van de meerhandtekeningsclausule in een B.V.B.A.” (noot onder RvS 10 november 1987), *TRV* 1988, (360), 361.

¹⁷¹ D. VAN GERVEN, “Sanctie bij schending van de wettelijke specialiteit van de vennootschap” (noot onder Gent 12 januari 2009), *TRV* 2009, nr. 8, (736) 746; R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 22-23; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 307 en R. VAN CLEEMPUT, “There is no such thing as a free lunch”, *Jura Falc.* 2013-14, nr. 1, (3) 5.

¹⁷² Cass. 13 april 1989, *Pas.* 1989, I, 825, *TRV* 1989, nr. 4, (321) 321-332 (noot F. BOECKAERT); Cass. 9 maart 2000 *RW* 2000-01, nr. 16, (622) 622-623, *TRV* 2001, nr. 2, (94) 94-100 (noot D. NAPOLITANO); Cass. 7 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 794, *JLMB* 2005, nr. 20, (866) 866-867, *RABG* 2006, nr. 4, (280) 280-290 (noot S. LOOSVELD), *RW* 2007-08, nr. 29, (1221) 1221; Cass. 30 september 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1777, *TBH* 2006, nr. 10, (1028) 1028-1034 (noot P.A. FORIERS), *TRV* 2006, nr. 7, (592) 592-597 (noot F. JENNE); Antwerpen, 26 september 2005, *RW* 2008-09, nr. 15, (614) 614-618; Gent 12 januari 2009, *TRV* 2009, nr. 8, (736) 747 (noot D. VAN GERVEN); Luik 4 december 2009, *JLMB* 2010, nr. 29, (1371) 1371-1373; Gent 16 mei 2012, *RABG* 2014, nr. 16, (1137) 1137-1151; Gent 30 mei 2012, *TRV* 2013, nr. 7, (717) 717-722 (noot D. VAN GERVEN); Gent 23 april 2014, *TRV* 2015, nr. 5, (465) 465-469 (noot); Gent 22 december 2014, *RABG* 2016, nr. 6, (422) 422-436 (noot M. ZADWORNÝ); Antwerpen 15 juli 2017, *LiRe* 2018, nr. 1, (22) 22-28 (noot M. ORHAY en H. VAN GOMPEL); T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Brussel, Kluwer, 1996, 684; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgisch recht: inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 591; S. MAQUET en C. DUPONT, “Au coeur de la société: son objet social” in B. CARTUYVELS (ed.), *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*, Brussel, Bruylant, 1999, 225; F. JENNE, “Welke sancties in geval van overschrijding van de wettelijke en statutaire specialiteit en miskenning van het vennootschapsbelang?” (noot onder Gent 1 februari 2001), *TRV* 2002, nr. 5, (388) 389; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, nr. 903, 684; D. VAN GERVEN, “Sanctie bij schending van de wettelijke specialiteit van de vennootschap” (noot onder Gent 12 januari 2009), *TRV* 2009, nr. 8, (736) 746; R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 22-23; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 307 en R. VAN CLEEMPUT, “There is no such thing as a free lunch”, *Jura Falc.* 2013-14, nr. 1, (3) 5; D. VAN GERVEN, “Schending van

48. VÓÓR WV – Vóór de invoering van het WV werd aanvaard dat de wettelijke specialiteit van de vennootschap er louter in bestond winst na te streven, zodat handelingen om niet principieel werden uitgesloten. MVO-initiatieven in de zuivere zin van het woord konden dan ook niet door de beugel.¹⁷³ Deze vereiste werd echter niet bijzonder stringent ingevuld. Het nastreven van een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel volstond om in overeenstemming te zijn met het vereiste winstoogmerk en daardoor de wettelijke specialiteit.¹⁷⁴ Bovendien werd het winstoogmerk ook ‘toekomstgericht’ ingevuld, zodat handelingen die niet onmiddellijk gericht zijn op winst, maar wel kaderen in een ruimer geheel van handelingen die winst nastreven, aanvaard werden.¹⁷⁵ Mecenaat, sponsoring en commerciële ‘liefdadigheid’ waren in dat opzicht dan ook niet uitgesloten. Een minder idealistische visie op MVO als pr-instrument en waarborg voor het winststreven op lange termijn (bv. gelet op de mogelijk negatieve gevolgen voor de economie van klimaatverandering) viel eveneens te verantwoorden. Terecht werd de vraag gesteld wat dan nog de toegevoegde waarde was van het winstoogmerk als ‘wettelijke specialiteit’.¹⁷⁶ Niet alleen leek het winstoogmerk overbodig, maar – wat erger was – in de praktijk leidde het ook vaak tot onduidelijkheid.

49. NA WV – Met de invoering van het WV is de wetgever tegemoetgekomen aan de kritiek binnen de rechtsleer. Voor de vennootschappen bepaalt artikel 1:1 WV nu duidelijk dat het maar *één van de doelen* is van de vennootschap om aan haar vennoten/aandeelhouders een direct of indirect vermogensvoordeel te verschaf-

wettelijke specialiteit naar huidig en komend recht” (noot onder Antwerpen 7 februari 2019), TRV-RPS 2019, nr. 4, (392) 396 en D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, Larcier, 2020, 317. Anders: R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 24. De auteurs verdedigingen de stelling dat de nietigheid niet langer de gepaste sanctie is voor een doeloverschrijding (en bijgevolg miskenning van de wettelijke specialiteit).

¹⁷³ In de praktijk ging het echter eerder om handelingen om niet die bepaalde insiders van de vennootschap bevoordeelden (bv. door het betalen van schulden of kosteloze borgstellingen). Zuivere MVO-initiatieven waren en zijn relatief zeldzaam.

¹⁷⁴ Zie o.m. J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, Story-Scientia, 1973, 141; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 223; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, Larcier, 2020, 536-537 en R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 181.

¹⁷⁵ Cass. 9 maart 2000, RW 2000-01, nr. 16, (622) 622-623, TRV 2001, nr. 2, (94) 94-100 (noot D. NAPOLITANO); Rb. Gent 10 februari 2004, RW 2005-06, nr. 10, (1593) 1593-1595; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgisch recht: inhoud en grondslagen*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 591 en K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 236.

¹⁷⁶ M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Roeselare, Roularta Media Groep, 2004, 540; K. GEENS, “Een nieuw wetboek van vennootschappen en verenigingen: lean en mean, fit en proper” in K. BOSQUET e.a., *Quid leges sine cogitationes? Enkele reflecties over het vennootschapsrecht aangeboden aan Jean-Marie Nelissen Grade*, Schoten, Roularta Media Group, 2011, 86; D. VAN GERVEN, “Editoriaal: Het oogmerk is verouderd”, TRV 2012, nr. 5, (371) 371-372; J. VANANROYE, “‘t Amendement: De parabel van het afgesneden worstje (of: het winstoogmerk)”, TRV 2015, nr. 5, (482) 489 en D. VAN GERVEN, “Schending van wettelijke specialiteit naar huidig en komend recht” (noot onder Antwerpen 7 februari 2019), TRV-RPS 2019, nr. 4, (392) 396.

fen.¹⁷⁷ De vennootschap kan dus ook andere doelen nastreven.¹⁷⁸ Zo kan een vennootschap, naast een klassiek winstdoel, duidelijk ook een belangeloos doel hebben waartoe zij een deel van haar winsten bestemt.¹⁷⁹ Het voorbeeld van de Amerikaanse *benefit corporation* werkte daarbij inspirerend.¹⁸⁰ Meer zelfs, zolang de vennootschap een (beperkt) winstdoel behoudt, mag dit winstdoel zelfs ondergeschikt zijn aan de overige doelen van de vennootschap. Weliswaar moeten deze overige doelen gepubliceerd worden. Anders dan het winstdoel, volgen zij immers niet uit de wet.¹⁸¹ Daarmee wordt duidelijk de deur opengezet naar vennootschappen die meer aandacht wensen te besteden aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid en er zelfs een idealistische MVO-visie op na houden. Een mogelijke schending van de wettelijke specialiteit ligt dan ook quasi nooit (meer) voor wegens participatie aan MVO-samenwerking.¹⁸² Dit heeft sommige rechtsleer er zelfs (al te?) enthousiast toe aangezet te pleiten voor de afschaffing van de VZW, ten voordele van de vennootschap met gemengd doel.¹⁸³

50. NUANCERING HERZIENING – Het voluntarisme binnen de rechtsleer om aan de herziening van het WVV verregaande gevolgen te koppelen, moet echter getemperd worden. Ten eerste betreft de wijziging, volgens ons, in grote mate een bevestiging van wat in het verleden al mogelijk was, zodat van een ‘revolutie’ hoegenaamd geen sprake is.¹⁸⁴ Een tweede nuancering betreft de mogelijke gevolgen die aan een doeloverschrijding van een van de ‘andere doelen’ moet worden gegeven. Wat betreft het winstoogmerk werd in het verleden traditioneel aangenomen

¹⁷⁷ Het amendement dat deze bepaling te elfder ure invoerde had de bedoeling te verduidelijken dat de vennootschapsvorm ook voor sociale doeleinden kon worden ingezet). Vgl. Frankrijk art. 1833 CC: “*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.*” Zie ook voor een bespreking: DALLOZ, *Fiches d'orientation – responsabilité sociétale des entreprises*, september 2021.

¹⁷⁸ M. VERHEYDEN, “De rol van het winstoogmerk in het vennootschapsrecht revisited” in X, *Juridische meesterwerken 2015-2016*, Brussel, Larcier, 2016, 129-174 en X. DIEUX, “Le principe de la légalité spéciale aujourd'hui et demain peut-être” in P. LAMBRECHT e.a., *Actualités en droit commercial et bancaire*, Brussel, Larcier, 2017, 252-253.

¹⁷⁹ Omgekeerd is nu ook duidelijk dat de VZW wel economische activiteiten kan nastreven in het kader van een belangeloos doel zolang zij geen vermogensvoordelen verstrekt aan de oprichters, bestuurders, leden of derden (los van dit belangeloos doel) (zie art. 1:2 WVV). Ook dit vormt in feite een bevestiging van een bestaande realiteit.

¹⁸⁰ P.A. FORIERS, “L'intérêt social et la spécialité légale à la lumière de la réforme du Code des Sociétés: une lecture et quelques reformes” in P. LAMBRECHT e.a., *Actualités en droit commercial et bancaire*, Brussel, Larcier, 2017, 278; A. FRANÇOIS, “Op naar een BBC (Belgische Benefit Corporation)”, *TRV-RPS* 2019, nr. 7, (683) 683-684.

¹⁸¹ A. FRANÇOIS en M. VERHEYDEN, “Ceci n'est pas une société” in P. FORIERS, *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, II, Brussel, Larcier, 2021, 1066.

¹⁸² Dit neemt niet weg dat het wettelijke specialiteitsbeginsel wel nog kan worden ingeroepen tegen handelingen (om niet) die noch in het winst(verdelings)doel, noch in een alternatief ideëel doel kunnen kaderen. Bovendien zijn deze handelingen ook in strijd met het vennootschapsbelang (R. HOUBEN en H. BRAECKMANS, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 24).

¹⁸³ D. VAN GERVEN, “Editoriaal: Wettelijk doel anno 2020, een stap naar de afschaffing van de vereniging zonder winstoogmerk”, *TRV-RPS* 2020, nr. 3, (227) 227-228.

¹⁸⁴ Dit volgt ook uit het amendement zelf, dat aangeeft de bestaande situatie te bevestigen (Amendement nr. 331 DE LAMOTTE, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/08, 190).

dat een miskenning absoluut nietig was (*supra*). De ratio hiervoor is er echter in te vinden dat in principe iedereen geacht wordt de draagwijdte van het winstoogmerk te vatten, zodat het gaat om een wettelijke beperking waarvan iedereen op de hoogte is (of minstens geacht wordt te zijn). Dit is echter anders voor de ‘andere doelen’ die de vennootschap kan hebben. Zij vloeien niet voort uit de wet (*supra*) en de draagwijdte ervan is eenvoudig vatbaar voor discussie. In dat opzicht hebben de ‘andere doelen’ van de vennootschap meer gemeen met het statutaire voorwerp (*infra*) zodat een deel van de rechtsleer ervoor pleit om – naar analogie met het voorwerp – een doeloverschrijding van een van de andere, bijkomende doelen van de vennootschap niet tegenwerpelijk te maken aan derden te goeder trouw.¹⁸⁵ Tot slot moet er (opnieuw) op gewezen worden dat de ‘andere doelen’ van de vennootschap niet noodzakelijk zo nobel zijn als ze lijken. De wetgever heeft immers nagelaten om te specificeren welke andere doelen in aanmerking komen en hoe de vennootschap kan/moet aangeven hoe deze doelen worden nagestreefd.¹⁸⁶ Dit opent de deur voor misbruik, zoals het opnemen van ‘asociale’ doelen¹⁸⁷, de (indirecte) benadeling van schuldeisers of minderheidsaandeelhouders of *corporate greenwashing*.¹⁸⁸ Daarmee is de cirkel in feite rond en zijn we opnieuw aangekomen bij het zinledige karakter van MVO en FRIEDMANS verzuchting dat wat een nobel doel zal zijn voor de ene, dat wellicht net niet is voor de ander ...

51. VOORWERP – Dat de wettelijke specialiteit niet langer als toetssteen wordt beschouwd voor handelingen verricht om niet door de vennootschap, betekent echter niet dat deze volledig ongecontroleerd voorbijgaan. Dergelijke handelingen moeten immers steeds in overeenstemming zijn met het voorwerp van de vennootschap zoals dat omschreven werd in de statuten (vroeger: het statutaire doel).¹⁸⁹ In principe bakent het voorwerp af welke handelingen het bestuur al dan niet kan stellen.¹⁹⁰ Het bestuursorgaan is immers enkel bevoegd om die handelin-

¹⁸⁵ A. FRANÇOIS en M. VERHEYDEN, “Ceci n’est pas une société” in P. FORIERS, *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, II, Brussel, Larcier, 2021, 1077.

¹⁸⁶ M. VERHEYDEN en A. FRANÇOIS, “De vennootschap met ‘andere doelen’: anders is niet per se beter”, *corporatfinancelab*. Zie ook beperkter: A. FRANÇOIS en M. VERHEYDEN, “Ceci n’est pas une société” in P. FORIERS, *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, II, Brussel, Larcier, 2021, 1077 en uitgebreidere bijdrage van deze auteurs in het verslagboek van de jonge balie-conferentie op 16 september aanstaande (T. TILQUIN (ed.), *Les instruments des droit de sociétés et de droit financier de l’économie durable*).

¹⁸⁷ *Ibid.* De auteurs geven het (fictieve) voorbeeld van een vennootschap tot klimaatontkenning, maar vele andere voorbeelden zijn denkbaar.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ D. VAN GERVEN, “Schending van wettelijke specialiteit naar huidig en komend recht” (noot onder Antwerpen 7 februari 2019), *TRV-RPS* 2019, nr. 4, (392) 400.

¹⁹⁰ Cass. 31 mei 1957, *RCJB* 1958, nr. 6, (283) 283-301 (noot P. VAN OMMESLAGHE); F. JENNE, “Welke sancties in geval van overschrijding van de wettelijke en statutaire specialiteit en miskenning van het vennootschapsbelang?” (noot onder Gent 1 februari 2001), *TRV* 2002, nr. 5, (388); D. VAN GERVEN, *Rechtspersonen in het algemeen, verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke rechtspersonen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 115; J. RONSE, “De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Belgisch recht” in J. RONSE, *Gebruikt dese mynen arbeit*

gen te stellen die nodig of nuttig zijn voor de realisatie van het voorwerp.¹⁹¹ Het is echter gebruikelijk om te opteren voor een ruime omschrijving van het voorwerp, zodat de begrenzing van de bestuursbevoegdheden eerder beperkt blijft. Bovendien moet aan het bestuur een ruime beoordelingsmarge worden gegeven. Het volstaat dat een handeling nodig of nuttig zou kunnen zijn voor de realisatie van het voorwerp. Het komt immers niet toe aan de rechter om zich bij de evaluatie van het voorwerp in de plaats te stellen van het bestuur.¹⁹² Enkel wanneer het bestuur kennelijk het voorwerp van de vennootschap miskent, handelt zij buiten haar residuaire bevoegdheden (tenminste wat het respect voor het voorwerp betreft). In de praktijk blijkt het voorwerp vooral een beperking uit te maken wanneer bepaalde handelingen *expressis verbis* worden uitgesloten.¹⁹³ Dit komt echter maar zeer uitzonderlijk voor.

Zelfs bij miskennning van het statutair voorwerp is de vennootschap onderworpen aan de Prokuraal gebonden ten aanzien van derden te goeder trouw.¹⁹⁴ Het statutaire voorwerp raakt – anders dan de wettelijke specialiteit – immers niet aan de openbare orde.¹⁹⁵ Het voorwerp vormt dan ook een statutaire (materiële) beperking aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar niet aan de vertegenwoordigingsmacht van het bestuursorgaan. Dergelijke beperkingen zijn niet tegenwerpelijk aan derden te goeder trouw, aangezien zij onmogelijk de exacte draagwijdte van deze beperking *a priori* kunnen inschatten.

52. VENNOOTSCHAPSBELANG – Een laatste element waar in het bijzonder rekening mee moet worden gehouden, is het vennootschapsbelang. Ter aanvulling bij het voorwerp, moet ook worden nagegaan of de handeling (om niet) verenigbaar is met het vennootschaps- of verenigingsbelang. Over de exacte draagwijdte van het vennootschapsbelang wordt al geruime tijd een diepgaande discussie gevoerd

tot uwen besten. *Verspreide Geschriften Jan Ronse*, Roeselare, Roularta, 2007, 477-478; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 176 en E. JANSSENS, “Contracteren met vennootschappen: do’s en don’t’s”, *In foro* 2012, nr. 4, (6) 7.

¹⁹¹ Art. 5:73, 6:61, 7:93, 9:7 en 11:7 WVV.

¹⁹² J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, 300; M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, Brussel, Larcier, 1982, 202; D. NAPOLITANO, “Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen – vennootschapsrechtelijke aandachtspunten: het specialiteitsbeginsel en het vennootschapsbelang”, *RW* 1999-2000, nr. 13, (417) 423; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 176.

¹⁹³ Zie bv. Cass. 31 mei 1957, *RCJB* 1958, nr. 6, (283) 283-301 (noot P. VAN OMMESLAGHE).

¹⁹⁴ BV: art. 5:73, § 1, tweede lid WVV; CV: art. 6:61, § 1, tweede lid WVV; NV: art. 7:93, § 1, tweede lid WVV en VZW: art. 9:7, § 1, tweede lid WVV.

¹⁹⁵ K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 363; T. HAUWAERT, *Inleiding tot het wetboek van vennootschappen en verenigingen*, Limal, Anthemis, 2019, 100 en 139; O. STOLLENWERCK en B. SAMYN, “Het nieuwe vennootschapsrecht (2)”, *T.Not.* 2019, nr. 6, (459) 471-592 en D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen*, Gent, Larcier, 2020, 543 e.v.

in de rechtsleer.¹⁹⁶ Volgens een enge visie valt het vennootschapsbelang samen met dat van de aandeelhouders (al dan niet op lange termijn).¹⁹⁷ Een ruimere opvatting neemt echter aan dat ook de belangen van derden (*stakeholders*) zoals werknemers of de achterliggende gemeenschap in acht moeten worden genomen.¹⁹⁸ Het is evident dat vooral deze laatste, ruime benadering aansluiting vindt bij de achterliggende ratio van MVO, terwijl de eerste – enge – benadering daarmee net op gespannen voet staat.

53. ONBESLIST NAAR BELGISCH RECHT – Ook naar Belgisch recht blijft de discussie vooralsnog onbeslist. Zo sprak het Hof van Cassatie zich in 2013 enigszins in dubbelzinnige termen over dit vraagstuk uit in het voordeel van de (gematigd) enge benadering.¹⁹⁹ Volgens het Hof wordt het vennootschapsbelang ingevuld als

¹⁹⁶ Voor een kort overzicht, zie F. MAGNUS, “Appréciations des contours de l’intérêt social: regard critique à travers les enseignements tirés des notions d’intérêt de groupe et d’avantage anormaux ou bénévoles”, *RPS* 2011, nr. 3, (324) 330-353 en F. DE LEO, “Het vennootschaps- en boedelbelang in de queeste van dionysos: naar nieuwe wijn in oude zakken?”, *TPR* 2018, (465) 470-476.

¹⁹⁷ B. GLANSORFF, “Interventions nouvelles du juge en droit des sociétés” in X. DIEUX (ed.), *Colloque: l’entreprise économique sous tutelle judiciaire*, Brussel, Servais, 1989, 46; J.M. GOLLIER, “Le dirigeant et la responsabilité sociétale des entreprises” in Y. DE CORDT, *Le statut du dirigeant de l’entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, 315; X. DIEUX, “Shareholdership v Stakeholdership: What else?” in IBJ (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, Corporate Governance: Keurslijf of sleutels tot succes?*, Brussel, Bruylant, 2010, 110-113; A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 659-662; D. WILLERMAIN, “L’intérêt social selon la Cour de Cassation: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, *TBH* 2014, nr. 9, (855) 856-858 (noot onder Cass. 28 november 2013). Zie ook A. KEAY, “Shareholder Primacy in Corporate Law: Can it Survive? Should it Survive?”, *ECFR* 2010, nr. 10, (369) 375.

¹⁹⁸ P. VAN OMMESLAGHE, “L’acquisition du contrôle d’une société anonyme et l’information à l’acquéreur” in R. DALCQ (ed.), *Mélanges Roger O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 606; J.M. GOLLIER, “Le dirigeant et la responsabilité sociétale des entreprises” in Y. DE CORDT, *Le statut du dirigeant de l’entreprise*, Brussel, Larcier, 2009, 295-330; X. DIEUX, “Shareholdership v Stakeholdership: What else?” in IBJ (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, Corporate Governance: Keurslijf of sleutels tot succes?*, Brussel, Bruylant, 2010, 107-108; Y. DE CORDT en J.M. GOLLIER, “La responsabilité des entreprises sous le prisme du droit des sociétés” in C. GRENSON, *Tien jaar na het Wetboek van Vennootschappen: Waar staan we? Dix ans après le code des sociétés: où en sommes-nous arrivés?*, Brussel, Bruylant, 2011, 123-129 en D. WILLERMAIN, “L’intérêt social selon la Cour de Cassation: The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits”, *TBH* 2014, nr. 9, (855) 855.

¹⁹⁹ Cass. 28 november 2013, *Arr.Cass.* 2013, 2571, *TRV* 2014, nr. 3, (327) 327-338 (noot N. COOREMAN), *TBH* 2014, nr. 9, (855) 855-856 (noot D. WILLERMAIN), *RPS* 2014, nr. 1, (46) 46-63 (noot J. GOLLIER), *JDSC* 2015, nr. 7, (62) 62-65 (noot M. COIPEL) en *JT* 2018, nr. 26, (597) 597-600 (noot X. DIEUX). Zie ook: A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 795 p. en I. CORBISIER, *La société: contrat ou institution?*, Brussel, Larcier, 2011, 719 p.; A. FRANÇOIS, “Eng is niet steeds eng: het vennootschapsbelang eindelijk gedefinieerd” in E. ALOFS, H. CASMAN en A. VAN DEN BOSSCHE, *Liber amicorum: André Michielsens*, Mechelen, Kluwer, 2015, 343-360; F. DE LEO, “Het vennootschaps- en boedelbelang in de queeste van dionysos: naar nieuwe wijn in oude zakken?”, *TPR* 2018, (465) 470-476 en F. HELLEMANS en F. PARREIN, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen” in M. WYCKAERT e.a., *Themis 105*, Brugge, die Keure, 2018,

het “*collectief winstbelang van haar huidige en toekomstige aandeelhouders*”.²⁰⁰ Toch is duidelijk dat het belang van de rechtspersoon niet een-op-een kan worden gelijkgesteld met het belang van de aandeelhouders, zodat alvast principieel de participatie aan MVO niet kan worden uitgesloten met verwijzing naar het vennootschapsbelang, tenminste in zoverre dit ook (indirect) de aandeelhouder aanbelangt (op middellange termijn). De draagwijdte van het bovenstaande arrest moet bovendien genuanceerd worden, nu het maar betrekking heeft op een zeer specifieke context, met name deze van overdrachtsbeperkingen.²⁰¹ Daarnaast wordt overtuigend verdedigd dat het vennootschapsbelang minstens ook de belangen van schuldeisers als ondergrens in rekening moet brengen.²⁰² Deze visie vindt ook weerklank in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In zijn arrest van 9 juni 2021 verduidelijkt het Hof immers dat ook de enige aandeelhouder zich schuldig kan maken aan het misdrijf van misbruik van vennootschapsgoederen (art. 492bis Sw.).²⁰³ Hieruit volgt – tenminste volgens een deel van de rechtsleer – dat ook de enige aandeelhouder “*steeds gezelschap heeft*”²⁰⁴, met name van de vennootschapsschuldeisers. Tot op zekere hoogte lijkt het Belgische vennootschapsrecht vandaag dus wel degelijk van een (weliswaar beperkte)²⁰⁵ vorm van ‘stakeholderisme’ uit te gaan.

54. VOORAL ACADEMISCHE DISCUSSIE – De discussie over de enge of ruime invulling van het vennootschapsbelang is trouwens eerder academisch van aard. Allereerst verzet ook een enge invulling van het vennootschapsbelang zich niet tegen de bescherming van derden. Deze worden immers steeds *indi-*

²⁰⁰ Ass. 28 november 2013, *Arr.Cass.* 2013, 2571, *TRV* 2014, nr. 3, (327) 327-338 (noot N. COOREMAN), *TBH* 2014, nr. 9, (855) 855-856 (noot D. WILLERMAIN), *RPS* 2014, nr. 1, (46) 46-63 (noot J. GOLLIER), *JDSC* 2015, nr. 7, (62) 62-65 (noot M. COIPEL) en *JT* 2018, nr. 26, (597) 597-600 (noot X. DIEUX).

²⁰¹ J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpe, Intersentia, 2015, 55.

²⁰² (Kort) J. VANANROYE, “Editoriaal: Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, nr. 5, (424) 424-425 en G. LINDEMANS, *Schuldeiser en rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 286.

²⁰³ Cass. 9 juni 2021, AR P.210298.F. Zie ook eerder in die zin: B. TILLEMANS en P. TRAEST, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in H. BRAECKMANS, e.a. (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 955 en I. DELBROUCK, “Misbruik van vennootschapsgoederen M.86” in X (ed.), *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Wolters, Kluwer, 2021 (bijdrage: 2018), losbl. (M.86/6).

²⁰⁴ J. VANANROYE, “Ook de enige aandeelhouder heeft altijd gezelschap”, *corporatefinancelab*; zie ook eerder: J. VANANROYE, “Editoriaal: Ook de enige vennoot heeft altijd gezelschap”, *TRV* 2014, nr. 5, (424) 424-425.

²⁰⁵ We kunnen zeker niet zover gaan als te beweren dat er een volledig stakeholderisme zou zijn, waarbij ook de belangen van een ruimere groep van derden in overweging moeten worden genomen, tenzij de wet daar specifiek anders over oordeelt (bv0 door het opleggen van milieunormen, het arbeidsrecht ...). Zie echter voor een (impliciete) verruiming van het vennootschapsbelang op basis van de algemene zorgvuldigheidsnorm in Nederland het (weliswaar gecontesteerde) vonnis in de zaak *Milieudefensie/Shell* (Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337).

rect beschermd, buiten het vennootschapsbelang om (bv. via het insolventierecht, het gemeen aansprakelijkheidsrecht ...).²⁰⁶ Ten tweede vormt de toetsing aan het vennootschapsbelang slechts een marginale toetsing voor handelingen die *prima facie* verenigbaar zijn met het voorwerp.²⁰⁷ Het gaat om een ‘noodrem’. Het is namelijk in eerste instantie aan het bestuur om de vennootschap te besturen en niet aan de rechter om zijn oordeel daarvoor in de plaats te stellen op vraag van deze of gene misnoegde partij.²⁰⁸ In tegenstelling tot het voorwerp dat objectief vastligt in de statuten, is het vennootschapsbelang immers eerder van subjectieve aard, te beoordelen bij iedere transactie, en geldt er een ruime beleidsmarge. Ook bij deze complementaire toetsing moet bovendien niet meer exclusief rekening gehouden worden met het winstoogmerk.²⁰⁹ Tot slot geldt ook (opnieuw) de *Pro-kuraleer*. Een overschrijding van het vennootschapsbelang is met andere woorden niet tegenwerpelijk aan derden te goeder trouw.

55. MVO-PERSPECTIEVEN – Anders dan wat vroeger soms – ten onrechte – beweerd werd, verzet het vennootschapsrecht zich niet (langer) principieel tegen een MVO-geïnspireerd vennootschapsbestuur. Zolang de vennootschap een winstdoel behoudt, is zij vrij ook andere doelen na te streven. Ook het vennootschapsvoorwerp en -belang verzetten zich, alle academische discussies ten spijt, niet tegen het nastreven van MVO-doelstellingen als het bestuur van de vennootschap dit wenst. Het is evident dat het bestuur daarbij de vennootschap niet geheel mag ‘uitkleden’.²¹⁰ In de praktijk lijkt dit echter in geen geval een probleem te zijn.²¹¹ Vennootschapsrechtelijk zijn de ‘struikelblokken’ uit het verleden dan ook grotendeels schijn.

²⁰⁶ F. DE LEO, *Schuldeiser en behoorlijk insolventiebestuur*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 35 (en verwijzingen aldaar).

²⁰⁷ D. NAPOLITANO, “Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen – vennootschapsrechtelijke aandachtspunten: het specialiteitsbeginsel en het vennootschapsbelang”, *RW* 1999-2000, nr. 13, (417) 421.

²⁰⁸ Vgl. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1954, 300; M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, Brussel, Larcier, 1982, 202; D. NAPOLITANO, “Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen – vennootschapsrechtelijke aandachtspunten: het specialiteitsbeginsel en het vennootschapsbelang”, *RW* 1999-2000, nr. 13, (417) 423; K. GEENS, M. WYCKAERT e.a., *De vennootschap. Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 176.

²⁰⁹ .A. FORIERS, “L’intérêt social et la spécialité légale à la lumière de la réforme du Code des Sociétés: une lecture et quelques reformes” in P. LAMBRECHT e.a., *Actualités en droit commercial et bancaire*, Brussel, Larcier, 2017, 279. Zie voor een pleidooi in deze zin reeds eerder: D. VAN GERVEN, “De toekomst van de rechtspersoon. World is Mine”, *TRV* 2013, nr. 1, (85) 90.

²¹⁰ Dit zou bovendien ook de schuldeisers de mogelijkheid geven om zich te beroepen op een *actio pauliana*. Zie *in extenso*: G. LINDEMANS, *Schuldeiser en rechtspersoon*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 286 en 533 e.v.

²¹¹ Althans geen probleem dat specifiek gelinkt kan worden aan het nastreven van MVO-doelstellingen. Dit neemt uiteraard niet weg dat minder scrupuleus gebruik van de vennootschapsvorm en alle misbruik dat daarbij komt kijken wel degelijk een feit is.

V. STRUIKELBLOKKEN EN PERSPECTIEVEN IN HET MEDEDINGINGSRECHT

56. LEESWIJZER – In dit derde deel gaan we dieper in op de impact van het mededingingsrecht – in het bijzonder het kartelverbod – op MVO-clausules en -overeenkomsten. Na een algemene bespreking van de ruimte die het Europees mededingingsrecht laat voor ‘niet-economische’²¹² initiatieven, staan we stil bij de toepassing van het kartelverbod in het VWEU. Artikel 101 (1) VWEU verbiedt immers *“alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”*. Het nationaal mededingingsrecht (art. IV.1 WER) is grotendeels geënt op deze bepaling en bevat dus een gelijkaardig verbod. We bespreken de algemene toepassingsvoorwaarden en hoe MVO-clausules daar onder kunnen vallen aan de hand van enkele concrete voorbeelden. We bespreken kort waarom de klassieke ‘ontsnappingsweg’ volgens artikel 101 (3) VWEU geen soelaas biedt en gaan vervolgens dieper in op de *Wouters*-doctrine en de (betwistbare) mogelijkheden die zij biedt.

A. CONFLICTERENDE RATIO MVO EN KARTELRECHT

57. WAARDEN EN DOELSTELLINGEN VAN DE EUROPESE UNIE – Een laatste domein dat zijn stempel drukt op de geldigheid en bruikbaarheid van MVO-clausules, betreft het (Europees) mededingingsrecht.²¹³ Dit recht zou te ‘economisch’ zijn en daardoor onvoldoende ruimte laten voor MVO-initiatieven die niet in een dergelijke economische logica passen. Toch is de primaire doelstelling van de Unie net *niet* economisch: de Unie heeft immers als doel de vrede binnen Europa te bewaren, haar waarden te verdedigen en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.²¹⁴ De middelen waarmee die doelstellingen worden nagestreefd, zijn echter wel economisch, met name de integratie van de economieën van de lidstaten via een eengemaakte markt.²¹⁵ Dit kan echter maar slagen wanneer noch de lidstaten, noch particuliere ondernemingen die eengemaakte markt kunstmatig kunnen compartimenteren. Daarop zien respectievelijk het interne marktrecht (‘de vier vrijheden’) en het Europese mededingingsrecht toe. Ook dan

²¹² Vanuit een economisch standpunt is het niet geheel correct om het over ‘niet-economische’ initiatieven te hebben. We gebruiken de term ‘niet-economisch’ dan ook in juridische zin.

²¹³ Ook het nationale mededingingsrecht is uiteraard relevant, maar dit is grotendeels geïnspireerd op (en overgenomen van) het Europese model.

²¹⁴ Art. 2 (1) VEU.

²¹⁵ W. DEVROE, “Waarden in het Europees economisch recht” in P. D’HOINE en B. PATTYN (eds.), *Herdenken en Vooruitgaan*, Leuven, Universitaire Pers, 2014, 218-220.

moet echter rekening gehouden met de niet-economische waarden van de Unie. Dit volgt onder meer uit de ‘algemeen toepasselijke bepalingen’ opgenomen in het VWEU, waaronder we ook de typische MVO-waarden van sociale bescherming, milieubescherming en dierenwelzijn terugvinden.²¹⁶

Dat het Europees recht ruimte laat voor niet-economische waarden, waaronder ook deze die traditioneel onder de ‘MVO-paraplu’ worden geplaatst, valt dan ook moeilijk te betwisten. Zo wordt in de Europese rechtspraak over de interne markt onder meer een ‘*rule of reason*’ erkend die – onder voorwaarden – toelaat het vrij verkeer te beperken om bepaalde doelstellingen van algemeen belang te realiseren.²¹⁷ Een gelijkaardige ruimte wordt gelaten bij de verlening van staatssteun of de gunning van overheidsopdrachten, waar ‘sociale clausules’ steeds meer ingeburgerd raken.²¹⁸ Belangrijk is echter dat al deze voorbeelden steeds de tussenkomst van een overheid veronderstellen. Deze wordt immers geacht het algemeen belang voor ogen te hebben, anders dan private ondernemingen, die vooral hun eigen belang (moeten) nastreven. MVO gaat echter uit van de omgekeerde premisse: ‘verantwoordelijke’ ondernemingen hebben ook het algemeen belang voor ogen en handelen ook in die zin.²¹⁹ Deze conflicterende ratio is vooral van belang voor de toepassing van het kartelrecht op private initiatieven en MVO-clausules of -overeenkomsten.

58. DRIEVOUDIGE RATIO KARTELRECHT EN MVO-INITIATIEVEN – Het kartelrecht, als onderdeel van het mededingingsrecht *sensu lato*, vertrekt vanuit een drievoudige ratio en doelstelling: (1) bijdragen tot het Europees project en de handhaving van de eengemaakte markt, (2) machtsconcentraties van één of enkele actoren voorkomen (ordoliberalisme) en (3) de bevordering en het bewaren van de consumentenwelvaart.²²⁰ Het is vooral dit laatste aspect dat sinds de hervorming van het Europese mededingingsrecht in 2004 op de voorgrond is getreden en heeft bijgedragen tot een (min of meer) strikt economische redeneerwijze binnen het kartelrecht.²²¹

²¹⁶ Resp. art. 9, 11 en 13 VWEU; W. DEVROE, “Waarden in het Europees economisch recht” in P. D’HOINE en B. PATTYN (eds.), *Herdenken en Vooruitgaan*, Leuven, Universitaire Pers, 2014, 220.

²¹⁷ Zie *in extenso*: K. MORTELMANS, “Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition”, *CMLRev.* 2001, nr. 3, (613) 613-649.

²¹⁸ W. DEVROE, “Waarden in het Europees economisch recht” in P. D’HOINE en B. PATTYN (eds.), *Herdenken en Vooruitgaan*, Leuven, Universitaire Pers, 2014, 231.

²¹⁹ Cf. *supra*.

²²⁰ Voor een kort overzicht: R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 403-404.

²²¹ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 4 januari 2003, 1-25; Richtsnoeren Comm. 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pb.C.* 27 april 2004, 101, nr. 13; P. LUGARD en L. HANCHER, “Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission’s Notice on Article 81 (3) of the EC Treaty”, *ECLR* 2004, nr. 7, (1) 1-9; K.J. CSERES, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *CLR* 2007, nr. 2, (121) 121-173; H. VEDDER, “Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be used to protect consumers even better – or not?”, *EBL Rev.* 2006, nr. 1,

Afspraken die de mededinging kunnen beperken, kunnen in principe enkel op basis van economische argumenten worden verantwoord wanneer zij (netto) ten goede komen aan de consument. Abstracte voordelen die typisch zijn aan MVO-samenwerkingsverbanden, zoals een beter leefmilieu, worden niet in rekening gebracht tenzij zij leiden tot een direct aantoonbare waardecreatie die meetbaar is in een toegenomen betalingsbereidheid van de consument.²²² Het is duidelijk dat dit voor een groot aantal (zometer alle) MVO-initiatieven niet het geval is (*infra*).

59. OPENING NAAR MVO ONDER HET EUROPEES KARTELRECHT? – Toch groeit de druk vanuit onder meer het middenveld en de doctrine om niet alle vormen van MVO-clausules en -overeenkomsten onder het mededingingsrecht in de ban te slaan: bij de beoordeling van een (beweerd) MVO-kartel zouden ook de voordelen voor het algemeen belang in rekening moeten worden genomen.²²³ Het mededingingsrecht (inclusief kartelrecht) moet immers ook geïnterpreteerd worden in het licht van de verscheidene doelstellingen van de Unie.²²⁴ Ook bevoegd eurocommissaris VESTAGER lijkt zich hier steeds meer van bewust te zijn in het kader van de Europese *Green Deal*.²²⁵ Eind vorig jaar vroeg de Commissie dan ook input over het onderwerp, een vraag waarop het middenveld, de ondernemingssector, academici en de bevoegde autoriteiten massaal reageerden. Hoewel het nog te vroeg is om aan deze bevraging definitieve conclusies te verbinden²²⁶, geven de reacties alvast de urgentie van het probleem aan, temeer daar tussen de nationale autoriteiten de meningen verdeeld lijken.²²⁷ Een duidelijker beleidslijn dringt zich op. In theorie zijn er *de lege lata* twee mogelijkheden om MVO-overwegingen binnen het kartelrecht op te nemen.²²⁸ Ofwel neemt de beoordeling van een mogelijke vrijstelling onder artikel 101 (3) VWEU de niet-economische belangen in overweging. Ofwel wordt,

(83) 83-93; A.C. WITT, "Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order", 2012, nr. 3, (443) 453 e.v.; R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, "Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation", *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 404 en G. MONTI, "Four options for a Greener Competition Law", *J. ECLP* 2020, nr. 3-4, (124) 128.

²²² Richtsnoeren Comm. 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pb.C.* 27 april 2004, 101, 97 e.v. (nr. 88); K.J. CSERES, "The Controversies of the Consumer Welfare Standard" *CLR* 2007, nr. 2, (121) 166-167.

²²³ S. HOLMES, "Climate change, sustainability and competition law" *J. Antitrust Enforcement* 2020, nr. 2, (354) 354-405. *Infra* over de nieuwe benadering die door de Nederlandse ACM overwogen wordt.

²²⁴ HvJ 21 februari 1973, nr. C-6/72, ECLI:EU:C:22, *Europembalage*, nr. 24.

²²⁵ M. VESTAGER, *The Green Deal and competition policy*, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en.

²²⁶ Zie echter voor een korte bespreking: L. VAN ACKER, Antitrustpolicy and the Green Deal: national competition authorities calling for action? CCMblog.

²²⁷ Zie voor een uitgebreide bespreking: O. BROOK, "Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging approaches of the Commission, EU Courts, and five Competition Authorities", *CMLR* 2019, nr. 1, (121) 121-156.

²²⁸ Zie ook: O. ODUU, *The Boundaries of EC Competition Law: The scope of Article 81*, Oxford, Oxford University Press, 159-174 en A. ORTEGA GONZALEZ, *The enforcement of EU competition law in cartel cases: Seeking effectiveness in divergence*, thesis Antwerpen, 2017, 86-87.

naar analogie met het interne marktrecht, meer fundamenteel gebruik gemaakt van een '*rule of reason*' die dwingt tot een evenwichtsoefening bij de vaststelling van een kartelinbreuk onder artikel 101 (1) VWEU. Beide visies vinden beperkte steun in de rechtspraak, maar de draagwijdte daarvan is bijzonder onduidelijk.

60. TERMINOLOGIE – Vooraleer verder te gaan is enige opheldering op zijn plaats. De term '*rule of reason*' heeft immers een dubbele betekenis. Klassiek wordt hiermee in het mededingingsrecht verwezen naar de (grotendeels procedurele) denkoefening waarbij een evaluatie wordt gemaakt van de voor- en nadelen voor de mededinging die uit een (beweerde) overtreding van het kartelverbod volgen.²²⁹ Overstijgen de voordelen de nadelen, dan ligt er geen schending van het verbod voor. Daartegenover staat de tweede betekenis van '*rule of reason*', met name deze die het Europese interne marktrecht (informeel) hanteert. Daarmee wordt verwezen naar een belangenafweging die gemaakt wordt en die kan rechtvaardigen dat een van de vier vrijheden van verkeer (onder voorwaarden) beperkt wordt ten bate van een publiek belang.²³⁰ Het gaat dus om juridische homoniemen. Verwarrend wordt het wanneer geargumenteed wordt dat het mededingingsrecht, in het bijzonder het kartelrecht, ook een '*rule of reason*' in de zin van het interne marktrecht zou moeten bevatten, met andere woorden dat publieke belangen een *prima facie*-inbreuk op het kartelverbod zou moeten rechtvaardigen. Om deze verwarring te vermijden, verwijst het vervolg van deze bijdrage naar deze tweede betekenis als '*rule of reason*+'.²³¹

B. MVO-CLAUSULES EN MVO-KARTELS

1. Toepassingsvoorwaarden

a. Algemene werkingssfeer

61. ONDERNEMINGEN – Het kartelverbod is gericht tot *ondernemingen*, (in principe) ongeacht de sector waarin zij actief zijn. Op zich leidt dit niet tot verrassende

²²⁹ Recent: G. MONTI, *EU Competition Law and the Rule of Reason Revisited*, Tilburg, Tilc, 2020-21, 33 p.

²³⁰ K. MORTELMANS, "Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition", *CMLRev.* 2001, nr. 3, (613) 613-649.

²³¹ We kiezen deze terminologie omdat zij illustreert dat de *rule of reason*+ hoofdzakelijk een niet-economische finaliteit heeft en de analogie met het interne marktrecht beklemtoont. We wijken daarmee af van de visie dat het maar gaat om 'nevenrestricties' (*ancillary restraints*) zoals die bij distributieovereenkomst aanvaard zijn als deze noodzakelijk en proportioneel zijn (zie – o.m. – HvJ 28 januari 1986, nr. C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41, *Pronuptia*). In die zin: K. MORTELMANS, "Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition", *CMLRev.* 2001, nr. 3, (613) 645 e.v.; C. CALLERY, "Should the European Union embrace or exorcise Leegin's rule of reason?", *ECLR* 2011, nr. 1, (42) 48; J.C.A. HOUDIJK, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer, Kluwer, 2009, 96-97; G. MONTI, *EU Competition Law and the Rule of Reason Revisited*, Tilburg, Tilc, 2020-21, 27.

conclusies op het vlak van MVO-samenwerking, die sowieso uitgaat van ondernemingen, zodat wij hier ook niet al te diep op ingaan.²³² Een onderneming wordt gedefinieerd als “*elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”.²³³ Dit begrip sluit ook dicht aan bij het Belgische ondernemingsbegrip.²³⁴ Relevant is dat ook sociale ondernemingen (*supra*) in principe niet zijn uitgesloten van de toepassing van het mededingingsrecht.²³⁵ Hetzelfde geldt voor verenigingen en ngo's die goederen en diensten aanbieden op de markt (een ‘economische activiteit uitoefenen’)²³⁶, ongeacht of zij een winstootmerk hebben.²³⁷ Voor de *aficionado's* van het mededingingsrecht komt dit wellicht niet als een verrassing; voor de betrokken (*non profit*-) organisaties ligt dit soms anders.

Weliswaar is in het licht van artikel 101 VWEU (en corresponderende bepalingen) vereist dat het gaat om overeenkomsten tussen *onafhankelijke* ondernemingen. Productietekens die via een *corporate governance*-model worden georganiseerd (*supra*) en waarbij ondernemingen samen een economische eenheid²³⁸ vormen, vallen dan ook buiten de toepassing van het kartelverbod. Deze productietekens blijven buiten beschouwing in deze bijdrage, maar vanuit MVO-standpunt is het relevant te wijzen op de verschillende behandeling van beide organisatievormen. Voorwaarde is wel dat de betrokken dochteronderneming(en) geen zelfstandige economische entiteit zijn en niet in de mogelijkheid zijn hun eigen beleid uit te tekenen.²³⁹ Daarnaast pleit een moderne strekking in de rechts-

²³² Het mededingingsrecht gaat uit van een materiële omschrijving in plaats van een functionele, zoals thans het geval is in art. I.1, eerste lid, 1° WER (zie daarover G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht (deel 1)”, *NjW* 2020, nr. 419, (234) 234-258.

²³³ HvJ 23 april 1991, nr. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, *Höfner en Elser*, nr. 21; HvJ 22 januari 2002, nr. C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, *Cisal*; HvJ 16 maart 2004, nr. C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, *AOK Bundesverband* en HvJ 5 maart 2009, nr. C-350/07, ECLI:EU:C:2009:127, *Kattner Stahlbau*.

²³⁴ De nieuwe definitie in het WER zou op het eerste gezicht voor wat verwarring kunnen zorgen, maar wat het mededingingsrecht betreft, blijft de ‘oude’ definitie van “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”. Zie J. STUYCK, “Het nieuwe ondernemingsrecht. Kritische evaluatie en vooruitblik” in D. VAN GERVEN en J. VANANROYE (eds.), *Leerstukken ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 232 en 237.

²³⁵ Wij gaan niet dieper in op de uitzonderingen die bestaan voor socialezekerheidsinstellingen en overheidsprerogatieven.

²³⁶ HvJ 12 september 2000, nr. C-180/98 – C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, *Pavel Pavlov*; HvJ 24 oktober 2002, nr. C-82/01, ECLI:EU:C:2002:617, *Aéroports de Paris*; HvJ 12 juli 2012, nr. C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, *Compass Datenbank* en HvJ 3 maart 2011, nr. C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112, *AG2R Prévoyance*.

²³⁷ HvJ 16 november 1995, nr. C-49/07, ECLI:EU:C:1995:392, *Fédération française des Sociétés d'Assurance*; A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Duiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 1.1.

²³⁸ HvJ 4 mei 1988, nr. C-30/87, ECLI:EU:C:1988:225, *Corinne Bodson*.

²³⁹ HvJ 24 oktober 1996, nr. C-73/95, ECLI:EU:C:1996:405, *Viho*; A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Duiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 1.1. Zie ook meer in detail: W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 230 e.v. (en verwijzingen aldaar).

leer ervoor om bepaalde, milieugerelateerde, activiteiten als ‘niet-economisch’ te bestempelen en zo te onttrekken aan het toepassingsgebied van het kartelverbod.²⁴⁰ Dit blijft echter bijzonder speculatief en kan bovendien weinig steun bieden voor actoren die zich niet *louter* met milieugerelateerde doelstellingen inlaten. Wij gaan er dan ook niet verder op in.

62. INVLOED INTERNE MARKT EN INTERSTATENHANDEL – Dat de betrokken ondernemingen in het buitenland gevestigd zijn, doet geen afbreuk aan de toepassing van het kartel; er anders over oordelen zou het immers al te gemakkelijk maken het kartelverbod te ontduiken.²⁴¹ Het is voldoende dat de mededingingsbeperkende gedragingen uitwerking hebben binnen de Unie en de interne markt.²⁴² Weliswaar is vereist dat ook de interstatenhandel tussen lidstaten in het gedrang is. De Commissie gaat daarvoor na of er sprake is van een voorzienbare, al dan niet rechtstreekse, actuele of potentiële invloed op de interstatenhandel.²⁴³ Louter nationale (MVO-)initiatieven blijven echter niet geheel buiten schot. Ook het nationale mededingingsrecht kan immers van toepassing zijn. Zo is het voldoende dat een overeenkomst de mededinging op de relevante Belgische markt of een (wezenlijk) deel daarvan beperkt of vervalst opdat de Belgische Mededingingsautoriteit zou kunnen optreden.²⁴⁴ Heeft een afspraak bovendien ook invloed op de interne markt en de interstatenhandel, dan is het Europese kartelrecht cumulatief van toepassing.

b. (MVO-)overeenkomsten

63. OVEREENKOMSTEN, BESLUITEN VAN ONDERNEMINGSVERENIGINGEN OF ONDERLING AFGESTEMDE FEITELIJKE GEDRAGINGEN – Het kartelverbod viseert in eerste instantie bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen (onafhankelijke) ondernemingen.²⁴⁵ Het gaat daarbij zowel om horizontale overeenkomsten tussen concurrenten als verticale overeenkomsten tussen ondernemingen op verschillende niveaus van de productieketen.²⁴⁶ Het verschil heeft enige relevantie voor de toepassing van de *de minimis*-bekendmaking en eventuele groepsvrij-

²⁴⁰ D. GOUPU, “All antitrust roads can lead to sustainability” in EUROPEAN COMMISSION, *Competition Policy Brief. Young Experts View on the Greening of Competition Policy*, 2021, 4.

²⁴¹ HvJ 27 september 1988, nr. C-89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85-129/85 (gev.z.), ECLI:EU:C:1988:447, *Åhlström*.

²⁴² W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 134 en A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Duiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 2.2.2.

²⁴³ Mededeling van de Europese Commissie inzake de “beïnvloeding van de handel” in art. 81 en 82 van het Verdrag, Pb.C. 27 april 2004, nr. 101, nr. 100.

²⁴⁴ Art. IV.1 WER; A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Duiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 1.1. Zie ook meer in detail: W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 230 e.v. (en verwijzingen aldaar).

²⁴⁵ Art. 101 (1) VWEU; art. IV.1 WER.

²⁴⁶ Zie o.m. A. EZRACHI, *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2014, 233 e.v.; W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*,

stellingen (*infra*). Het begrip ‘overeenkomst’ wordt zeer ruim geïnterpreteerd en het onderscheid met ‘onderling afgestemde feitelijke gedragingen’ is ook niet van doorslaggevend belang wanneer partijen de intentie hebben een gezamenlijke positie op de markt in te nemen.²⁴⁷ Ook informele of stilzwijgende akkoorden komen in aanmerking.²⁴⁸ Bij MVO-clausules of -overeenkomsten is dat laatste trouwens minder het geval. Een deel van de commerciële waarde van dergelijke afspraken ligt immers net in de publicitaire waarde daarvan (“*good must not only be done, it must be seen to be done*”).

Alleen MVO-initiatieven die volledig unilateraal worden genomen, vallen buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod. Ook dan is voorzichtigheid echter geboden. Niet alleen kan er sprake zijn van een overeenkomst als de (schijnbaar) unilaterale gedraging stilzwijgend wordt aanvaard²⁴⁹, maar – bovendien – kan een dergelijke gedraging eventueel kwalificeren als misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU, art. IV.2 WER).²⁵⁰ Op het eerste gezicht minder relevant vanuit het standpunt van MVO-overeenkomsten zijn de besluiten van ondernemingsverenigingen. Toch valt niet geheel uit te sluiten dat zij ook initiatieven op touw zetten (bv. *Energie Nederland, infra*). Wel bijzonder relevant is de verder besproken *Wouters*-doctrine die zijn grondslag vindt in enkele besluiten van ondernemingsverenigingen (*infra*).

Een zeer specifieke uitzondering waar niet-economische belangen centraal staan, (indirect) gelieerd aan MVO, betreft collectieve arbeidsovereenkomsten. Als een cao (1) gesloten wordt tussen een vakbond en werkgever(sorganisatie) en (2) betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden, valt zij buiten het kartelverbod.²⁵¹ Deze uitzondering blijft echter bijzonder beperkt. Hoewel sommigen pleiten voor een uitbreiding van deze doctrine naar samenwerkingsverbanden in andere domeinen die directer gelinkt zijn aan MVO (bv. milieu)²⁵², wordt dit niet aangenomen. Wij gaan er dan ook niet verder op in.

Heidelberg, Springer, 2015, 242 e.v.; A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Guiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 4.1.

²⁴⁷ De OAFG vormen in zekere zin een vangnetbepaling. De enige relevantie die het onderscheid met zich meebrengt lijkt op bewijsrechtelijk vlak te zijn. Indien vaststaat dat er een overeenkomst is, hoeft er immers geen gecoördineerde gedraging meer worden bewezen (W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 243).

²⁴⁸ HvJ 30 januari 1985, nr. C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33, *BNIC* (de kwalificatie van de overeenkomst is irrelevant); W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 246-247.

²⁴⁹ HvJ 6 januari 2004, nr. C-2/01 en C-3/01, ECLI:EU:C:2004:2, *BAI en Commissie/Bayer*, nrs. 101-102.

²⁵⁰ Uiteraard indien het aan alle voorwaarden voldoet; wij gaan er hier niet dieper op in. Zie voor een bondig overzicht: W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 639 e.v.; A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Guiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 5 e.v.

²⁵¹ HvJ 21 september 1999, nr. C-115/97 – C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, *Brentjens*; HvJ 21 september 1999, nr. C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, *Albany International* en HvJ 21 september 1999, nr. C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437, *Drijvende Bokken*. Vgl. echter (minder genereus): HvJ 12 september 2000, nr. C-180/98 – C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, *Pavel Pavlov*.

²⁵² J.W. VAN DE GRONDEN en K.J.M. MORTELMANS, “Conclusies: Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?” in J.W. VAN DE GRONDEN en K.J.M.

64. NOOD AAN MVO-SAMENWERKING – De ratio achter bovenstaand verbod op samenwerking, in welke vorm dan ook, is duidelijk. Elke onderneming dient zelfstandig haar economisch beleid vorm te geven om een zo fair en competitief mogelijke markt te garanderen. Onderlinge afspraken in formele overeenkomsten, onder het mom van gedragsregels van een koepelorganisatie of gewoon clandestien als feitelijke gedraging, doen daaraan afbreuk en gaan ten koste van de consument. Deze redenering loopt echter spaak wanneer MVO-belangen in het gedrang zijn. Deze kunnen immers maar slagen als meerdere partijen samenwerken, gelet op de complexiteit van de engagementen en het *first mover disadvantage*.²⁵³ Enkele voorbeelden van drie veelvoorkomende MVO-typeafspraken kunnen dit verduidelijken. Opvallend is vooral dat de Nederlandse mededingingsautoriteiten zich geregeld over deze problematiek dienen uit te spreken.

65. MVO-PRIJSAFSPRAKEN – Een eerste type betreft afspraken tussen verschillende partijen om een maximum- of (vaker voorkomend) minimumprijs te hanteren. De motivering kan daarbij uiteenlopen. Zo valt te denken aan initiatieven die een ‘eerlijke prijs’ willen garanderen of een compensatie bieden voor een onvoorziene gebeurtenis. Een mooi voorbeeld daarvan betreft het Nederlandse ‘melkdubbeltje’. In 2001 werden melkveehouders zwaar getroffen door een uitbraak van mond-en-klauwzeer. De Nederlandse melkproducenten besloten hen daarvoor te compenseren door de prijs van hun producten gedurende enkele maanden met tien cent per liter op te drijven.²⁵⁴ Soms is de motivatie voor een prijsstijging niet zozeer ingegeven door bezorgdheid om het welzijn van de producenten, maar om dat van de consument zelf. Zo werd in het Verenigd Koninkrijk nagedacht over de mogelijkheid voor supermarktketens om een gezamenlijke minimumprijs voor alcoholmixen in te voeren. Deze zou kaderen in een campagne die *binge-drinking* onder jongeren probeerde te ontmoedigen.²⁵⁵

MORTELMANS (eds.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer, Kluwer, 2001, 311 en M. KOSKELA, “Why Albany should cover sustainability agreements” in EUROPEAN COMMISSION, *Competition Policy Brief. Young Experts View on the Greening of Competition Policy*, 2021, 57-58.

²⁵³ C. TOWNLEY, “Is anything more important than Consumer Welfare (in Article 81 EG)? Reflections of a Community” in C. BARNARD (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Volume 10, 2007-2008*, Londen, Hart Publishing, 2008, 348-349 en R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 406.

²⁵⁴ W. DUBBINK en F.W. VAN DER PUTTEN, “Is competition law an impediment to CSR?”, *J. Bus. Ethics* 2007, nr. 3, (381) 389. Zie ook de website van de ACM: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/4960/Supermarkten-trekken-melkdubbeltje-in-NMa-ziet-af-van-dwangsom>.

²⁵⁵ Ook dit initiatief strandde door de angst een mededingingsinbreuk te vormen. C. TOWNLEY, “Is anything more important than Consumer Welfare (in Article 81 EG)? Reflections of a Community” in C. BARNARD (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Volume 10, 2007-2008*, Londen, Hart Publishing, 2008, 348-349 en R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 406.

66. MVO-AANBODSBEPERKING – Een tweede courante vorm van MVO-overeenkomsten betreft aanbodsbeperkingen: producten die niet aan bepaalde MVO-standaarden voldoen, worden niet meer gemaakt, gekocht en/of van de markt geweerd. Zo werd eind jaren 1990 een akkoord gesloten door de leden van de vereniging van fabrikanten van huishoudtoestellen (CECED).²⁵⁶ Deze beslisten om geen wasmachines voor particulier gebruik meer te maken of aan te schaffen die niet langer aan bepaalde energiezuinigheidsstandaarden voldeden. Een gelijkaardig, recenter voorbeeld betrof het akkoord tussen de leden van *Energie Nederland* om enkele verouderde energiecentrales vijf jaar vroeger te sluiten dan voorzien. Dit zou onder meer de uitstoot van broeikasgassen moeten beperken en bijdragen in de strijd tegen klimaatverandering.²⁵⁷

67. MVO-PRODUCTIEAFSPRAKEN – De derde en laatste veelvoorkomende categorie MVO-overeenkomsten heeft betrekking op productieafspraken. Waar voorgaande overeenkomsten typisch horizontaal zijn, gaat het hier meestal om verticale overeenkomsten waarbij een akkoord getroffen wordt over de manier waarop bepaalde goederen geproduceerd worden. In de regel wordt daarbij gedacht aan minimale werkomstandigheden of dierenwelzijn. Berucht is de – opnieuw Nederlandse – *Kip van Morgen*. Supermarkten, vleesverwerkingsbedrijven en pluimveehouders bereidden een akkoord voor om tegen 2020 enkel nog ‘duurzame’ kippen op de markt te brengen en bepaalde dierenwelzijnsstandaarden te garanderen.²⁵⁸ Nog zeer recent zag een gelijkaardig initiatief het levenslicht in België, nu verschillende supermarktketens aankondigden af te zien van de verkoop van plofkippen.²⁵⁹

c. Ongunstige beïnvloeding mededinging

68. VERHINDERING MEDEDINGING – Tot slot is ook vereist dat de overeenkomst in kwestie ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging op de relevante geografische markt en productmarkt (merkbaar) wordt verhinderd.²⁶⁰ De vraag

²⁵⁶ Beschikking Comm. 24 januari 1999, nr. IV.F.1/36.718, CECED. Voor een korte bespreking: J.C.A. HOUDJIK, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer, Kluwer, 2009, 667. Vgl. Beschikking Comm. 14 januari 1992, nr. IV/33.100, *Assurpol*; Beschikking Comm. 18 mei 1994, nr. IV/33.640, *Exxon Shell* en Beschikking Commissie 21 december 1994, nr. IV/34.252, *Philips-Osram*.

²⁵⁷ ACM, Analyse ACM met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord.

²⁵⁸ ACM, Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken “De Kip van Morgen”, ACM/DM/2014/206028. Zie ook voor een bondige bespreking van deze zaak: J.M. BOS, H. VAN DEN BELT en P.H. FEINDT, “Animal welfare, consumer welfare and competition law: the Dutch debate on the Chicken of Tomorrow”, *Animal Frontiers* 2018, nr. 1, (20) 20-26.

²⁵⁹ Zie <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2021/08/16/colruyt-en-okay-bannen-plofkippen-tegen-2026/>. Vgl. ook gelijkaardig de campagne die GAIA recent voerde tegen Carrefour omwille van de vermeende verkoop van vlees van mishandelde paarden. GAIA moest zijn campagne stopzetten wegens strijdigheid met de eerlijke handels- en marktpraktijken.

²⁶⁰ Art. 101 (1) VWEU. Vgl. art. IV.1, § 1 WER.

rijst of eventuele positieve neveneffecten daarbij in rekening mogen worden genomen of niet. Kan met andere woorden worden geargumenteed dat een MVO-overeenkomst weliswaar de mededinging op het eerste gezicht negatief beïnvloedt, maar ook positieve neveneffecten teweegbrengt zodat zij buiten de toepassing van artikel 101 (1) VWEU (en corresponderende bepalingen) valt?²⁶¹ In *Métropole Télévision* kreeg het Gerecht deze vraag voorgeschied op basis van economische argumenten. Partijen voerden aan dat het Gerecht de voor- en nadelen van de betwiste overeenkomst diende af te wegen onder de toepassingsvoorwaarden van artikel 85 (1) EG-verdrag (nu 101 VWEU). Het Gerecht oordeelde echter dat “*slechts binnen het strikte kader van [artikel 101 (3) VWEU] [...] de positieve en negatieve gevolgen van een restrictie voor de mededinging tegen elkaar [kunnen] worden afgewogen*”.²⁶² Het Hof verwierp met andere woorden expliciet de toepassing van een ‘rule of reason’.²⁶³ A fortiori moet worden aangenomen dat hetzelfde geldt voor niet-economische argumenten, zodat er principieel evenmin sprake kan zijn van een ‘rule of reason+’. Een eventuele vrijstelling, om welke reden dan ook, kan enkel worden beoordeeld in het licht van artikel 101 (3) VWEU.²⁶⁴

Volgens artikel 101 (1) VWEU is het voldoende dat een overeenkomst tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging ongunstig wordt beïnvloed. Het gaat om alternatieve voorwaarden.²⁶⁵ Anders gezegd, is een overeenkomst die tot doel heeft de mededinging te beperken maar daarin faalt, toch verboden. Bijzonder relevant voor MVO-clausules en -overeenkomsten is dat de subjectieve intentie

²⁶¹ Het gaat om een van de meest gecontesteerde vragen binnen het Europese mededingingsrecht. Het valt dan ook buiten het bestek van deze bijdrage. Zie echter voor een korte bespreking: J.W. VAN DE GRONDEN en K.J.M. MORTELMANS, “Conclusies: Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?” in J.W. VAN DE GRONDEN en K.J.M. MORTELMANS (eds.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer, Kluwer, 2001, 316-317; K. MORTELMANS, “Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition”, *CMLRev.* 2001, nr. 3, (613) 613-649; P. MANZINI, “The European rule of reason-crossing the sea of doubt”, *ECLR* 2002, nr. 8, (392) 392-399; C. CALLERY, “Should the European Union embrace or exorcise Leegin’s rule of reason?”, *ECLR* 2011, nr. 1, (42) 48; A. ORTEGA GONZALEZ, *The enforcement of EU competition law in cartel cases: Seeking effectiveness in divergence*, thesis Antwerpen, 2017, 85-87; (in extenso) G. MONTI, *EU Competition Law and the Rule of Reason Revisited*, Tilburg, Tilc, 2020-21, 27.

²⁶² Ger. 18 september 2001, nr. T-112/99, ECLI:EU:C:2001:215, *Métropole Télévision*, nr. 74. Weliswaar is de rechtspraak hier niet bijzonder standvastig, zodat enige twijfel blijft bestaan. Niet alleen stelde de rechtspraak zich in het verleden soepeler op (zie de hierboven aangehaalde rechtsleer), maar ook na *Métropole Télévision* lijkt het Hof van Justitie soms aan te sturen op een *a priori*-afweging van de nettovoordelen voor de mededinging (zie bv. HvJ 12 juni 2008, nr. C-533/06, ECLI:EU:C:2008:339, O2).

²⁶³ P. MANZINI, “The European rule of reason-crossing the sea of doubt”, *ECLR* 2002, nr. 8, (392) 392-399 en C. CALLERY, “Should the European Union embrace or exorcise Leegin’s rule of reason?”, *ECLR* 2011, nr. 1, (42) 42 e.v.

²⁶⁴ Zie echter genuanceerder *infra* de rechtspraak van het Hof in *Wouters* en navolgende arresten.

²⁶⁵ HvJ 13 juli 1966, nr. C-56/64 en C-68/64 (gev.z.), ECLI:EU:C:1966:41, *Consten en Grundig*, 342 en HvJ 13 december 2012, nr. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, *Expedia*, nr. 35.

van partijen daarbij grotendeels irrelevant is.²⁶⁶ Van bepaalde gedragingen wordt objectief verondersteld dat zij tot doel hebben de mededinging te beperken. In die gevallen is het dan ook niet nodig om het effect op de relevante markt na te gaan en deze 'objectrestricties' kunnen niet genieten van de *de minimis*-bekendmaking of groepsvrijstellingen. Het gaat onder meer om marktverdeling en prijsafspraken. Dit laatste is bijzonder relevant voor MVO-clausules omdat initiatieven die een 'eerlijke' of 'gezonde' minimumprijs hanteren, in principe dus als objectrestrictie moeten worden behandeld.

69. MERKBAARHEIDSVEREISTE – Vereist is wel dat de afspraak in kwestie een *merkbare* (negatieve) invloed uitoefent op de mededinging. In het licht van de rechtszekerheid heeft de Commissie duidelijk gemaakt welke criteria zij daarbij hanteert in haar *de minimis*-bekendmaking.²⁶⁷ Voor horizontale overeenkomsten mag het gezamenlijke marktaandeel van partijen niet hoger zijn dan 10% van de relevante markt; bij verticale overeenkomsten gaat het om een gezamenlijk marktaandeel van 15% op de relevante markt.²⁶⁸ Let wel, de *de minimis*-bekendmaking is geen wet van Meden en Perzen. Uitzonderlijk kan er toch sprake zijn van een merkbare beïnvloeding van de mededinging, ook als voornoemde drempels niet worden overschreden. Opnieuw moet er echter op worden gewezen dat de *de minimis*-bekendmaking geen 'veilige haven' biedt voor objectrestricties, zoals prijsafspraken, productiebeperkingen en marktverdelingsafspraken.²⁶⁹ Uit de aangehaalde voorbeelden (*supra*) blijkt dat vooral deze eerste twee categorieën problematisch zijn vanuit MVO-standpunt.

d. Vrijstellingen

70. GROEPSVRIJSTELLINGEN – Eens vaststaat dat een overeenkomst wel degelijk een merkbare ongunstige invloed op de mededinging binnen de interne markt heeft en de interstatenhandel kan beïnvloeden, is nog niet alles verloren. Partijen kunnen een beroep proberen te doen op groepsvrijstellingen of individuele vrijstellingen. Omdat bepaalde overeenkomsten immers netto een batig effect hebben op de vrije mededinging, werden binnen de EU zowel voor horizontale als verticale overeenkomsten groepsvrijstellingen uitgevaardigd.²⁷⁰ Deze worden door het nationale mededingingsrecht van de lidstaten bovendien overgenomen.

²⁶⁶ HvJ 20 november 2008, nr. C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, *Beef Industry*, nr. 16 en 21; HvJ 4 juni 2009, C8/08, ECLI:EU:C:2009:343, *T-Mobile*, nr. 27.

²⁶⁷ Mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), *Pb.C.* 30 augustus 2014, nr. 291, 1-4.

²⁶⁸ *De minimis*-bekendmaking, punt 8.

²⁶⁹ *Idem*, punt 13. Zie ook al eerder (en als grondslag voor deze uitsluiting): HvJ 13 december 2012, nr. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, *Expedia*.

²⁷⁰ A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Guiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 4.5 en 4.6.

Het gaat onder meer om de ‘Groepsvrijstelling Onderzoek en Ontwikkeling’ en de ‘Groepsvrijstelling Specialisatie’ voor horizontale overeenkomsten.²⁷¹ Voor verticale overeenkomsten geldt dan weer de specifieke ‘Groepsvrijstelling Verticalen’.²⁷² De Groepsvrijstelling Verticalen wordt momenteel wel herzien.²⁷³ Deze vrijstellingen zijn niet ontwikkeld om rekening te houden met MVO-initiatieven, zodat wij er niet dieper op ingaan. Opnieuw moet er bovendien op gewezen worden dat objectrestricties zoals deze die regelmatig voorkomen in MVO-clausules, de toepassing van een groepsvrijstelling verhinderen.²⁷⁴

71. INDIVIDUELE VRIJSTELLING (ART. 101 (3) VWEU) – In laatste instantie kan er steeds een beroep worden gedaan op een individuele vrijstelling onder artikel 101 (3) VWEU (of corresponderende nationale bepalingen). De bewijslast ligt daarbij – evident – op de partij die zich op de vrijstelling wenst te beroepen.²⁷⁵ Vereist is dat aan vier (cumulatieve en exhaustieve) voorwaarden is voldaan: de overeenkomst moet (1) bijdragen tot een verbetering in productie, distributie of leiden tot technische en/of economische vooruitgang, (2) een billijk aandeel ten goede doen komen aan de consument, (3) zich onthouden van beperkingen die niet onmisbaar zijn en (4) de vrije mededinging niet volledig uitsluiten.²⁷⁶ Een

²⁷¹ Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten Voor de EER relevante tekst, *Pb.L.* 18 december 2010, 283-289; C. SEITZ, “One Step in the Right Direction – The New Horizontal Guidelines and the Restated Block Exemption Regulations”, *J. ECLP* 2011, nr. 5, (452) 542-562 en D.J. CLARK, A. MICHALSEN en L.R. OLSEN, “The EU Block Exemption and Horizontal R&D Agreements”, *Int’l. J. Econ.&Business* 2020, (1) 1-25 en Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, *Pb.L.* 18 december 2010, 290-294.

²⁷² Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.L.* 23 april 2010, 1-7 en R. WHISH en D. BAILEY, “Regulation 330/2010: the commission’s new block exemption for vertical agreements”, *Common Market* 2010, nr. 6, (1751) 1751-1791.

²⁷³ Zie voor het herzieningsproces en de meest recente documenten de website van de Europese Commissie.

²⁷⁴ Art. 5-6 Groepsvrijstelling Onderzoek en Ontwikkeling; art. 4 Groepsvrijstelling Specialisatie en art. 4-5 Groepsvrijstelling Verticalen. Anders: L. VAN ACKER, “How to greenify the Vertical Block Exemption Regulation: The incorporation of sustainability concerns in the assessment of vertical agreements” in EUROPEAN COMMISSION, *Competition Policy Brief. Young Experts View on the Greening of Competition Policy*, 2021, 59-61. De auteur meent dat (althans milieugerelateerde) MVO-afspraken slechts uitzonderlijk een objectrestrictie zullen bevatten en dus veelal wel op een groepsvrijstelling een beroep kunnen doen.

²⁷⁵ Art. 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 4 januari 2003, 1-25.

²⁷⁶ Art. 101 (3) VWEU; Richtsnoeren Comm. 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pb.C.* 27 april 2004, 101, 97-118; J.C.A. HOUDRIJK, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer, Kluwer, 2009, 49-58; W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 435 e.v. en G. MONTI

vijfde (impliciete) voorwaarde vereist dat de baten ook de kosten overtreffen.²⁷⁷ Is aan deze voorwaarden voldaan, iets wat partijen zelf dienen na te gaan, dan kan de aangevochten overeenkomst gerechtvaardigd worden, zelfs als zij objectrestricties bevat (al is deze laatste optie eerder theoretisch). De vraag rijst in welke mate artikel 101 (3) VWEU ruimte laat voor een niet-economische rechtvaardiging op basis van MVO-belangen.²⁷⁸ Op het eerste gezicht lijken de mogelijkheden op dit vlak beperkt te zijn: uit de handhavingspraktijk van de Commissie (en verscheidene nationale autoriteiten) blijkt dat vooral het criterium van de consumentenwelvaart doorslaggevend is (*infra*). Wat vooral verbaast, is dat de positie van de Commissie op dat vlak strikter geworden is, terwijl het maatschappelijk belang van MVO steeds is toegenomen.²⁷⁹

72. ECONOMISCHE BEOORDELING – Bij de beoordeling van een (beweerd) kartel, houdt de Commissie enkel rekening met niet-economische voordelen in de mate dat deze verenigbaar zijn met de hierboven beschreven voorwaarden. Bijzondere aandacht lijkt daarbij uit te gaan naar de winsten voor de consument en het criterium van de consumentenwelvaart.²⁸⁰ Toch was dit niet altijd (volledig) het geval. In de hierboven aangehaalde *CECED*-zaak overwoog de Commissie dat “[...] de overeenkomst zowel voor gebruikers als voor consumenten wellicht individuele en gemeenschappelijke voordelen [zal] opleveren”.²⁸¹ Daarbij ging de Commissie niet

en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 647-649.

²⁷⁷ HvJ 13 juli 1966, nr. C-56/64 en C-68/64 (gev.z.), ECLI:EU:C:1966:41, *Consten en Grundig*.

²⁷⁸ Voor een extensieve bespreking: C. TOWNLEY, *Article 81 EC and public policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 141-176; J.C.A. HOUDIJK, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer, Kluwer, 2009, 49-58; W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Heidelberg, Springer, 2015, 435 e.v.; A. MAZIARZ, “Do Non-Economic Goals Count in Interpreting Article 101 (3) TFEU”, *ECJ* 2014, nr. 2, (341) 341-360 en G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 647-649.

²⁷⁹ S. KINGSTON, “Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn’t Special”, *ELV* 2010, nr. 6, (780) 782-783; G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU competition law. Pathways to assess private sustainability initiatives”, *EU.L.Rev.* 2017, nr. 5, (635) 647-648.

²⁸⁰ Richtsnoeren Comm. 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pb.C.* 27 april 2004, 101, nr. 13; P. LUGARD en L. HANCHER, “Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission’s Notice on Article 81 (3) of the EC Treaty”, *ECLR* 2004, nr. 7, (1) 1-9; K.J. CSERES, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *CLR* 2007, nr. 2, (121) 121-173; H. VEDDER, “Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be used to protect consumers even better – or not?”, *EBL Rev.* 2006, nr. 1, (83) 83-93; A.C. WITT, “Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order”, 2012, nr. 3, (443) 453 e.v.; B. BAARSMA en N. ROSENBOOM, “A veritable tower of Babel: on the confusion between the legal and economic interpretations of Article 101 (3) of the Treaty of the Functioning of the European Union”, *ECJ* 2015, nr. 3, (402) 402-425; R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 404 en G. MONTI, “Four options for a Greener Competition Law”, *J. ECLP* 2020, nr. 3-4, (124) 128.

²⁸¹ Beschikking Comm. 24 januari 1999, nr. IV.F.1/36.718, *CECED*. Voor een korte bespreking: J.C.A. HOUDIJK, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer, Kluwer, 2009, 667.

alleen in op de baten voor de individuele consument (kostenbesparing), maar ook op de baten voor de maatschappij als geheel.²⁸² Eerder had de Commissie al een gelijkaardige positie ingenomen in de zaken *Assurpol*, *Exxon Shell* en *Philips Osram*, waar telkens milieubescherming en de algemene voordelen die daaruit voortvloeiden in rekening werden genomen.²⁸³ Deze open positie werd echter na de invoering van Verordening 1/2003 verlaten voor de hierboven beschreven ‘economische’ positie.²⁸⁴ Recent moet deze positie echter genuanceerd worden. Sinds de uitbraak van de corona-pandemie lijkt de Commissie – weliswaar uitzonderlijk – terug te grijpen naar de beproefde methode waarbij “*comfort letters*” enige duidelijkheid scheppen over de (il)legaliteit van bepaalde (kartel)afspraken. Daarbij lijkt de Commissie de deur voor MVO-innovatie (beperkt) open te zetten. Het is echter geenszins duidelijk welke draagwijdte aan deze nieuwe wending in het beleid van de Commissie gegeven moet worden.²⁸⁵

73. DIVERGERENDE HANDHAVING NATIONALE MEDEDINGINGSAUTORITEITEN? – Ook nationale mededingingsautoriteiten vertrekken principieel van een economische logica.²⁸⁶ Zowel in *Kip van Morgen* als *Energie Nederland* woog de NCA de voor- en nadelen voor de individuele consument tegen elkaar af om te concluderen dat de nadelen niet opwogen tegen de voordelen.²⁸⁷ Toch lijken – sommige – nationale autoriteiten meer flexibiliteit aan de dag te leggen. Het gaat daarbij

²⁸² Beschikking Comm. 24 januari 1999, nr. IV.F.1/36.718, CECED, nr. 56: “Redelijke uitgangspunten lijken erop te wijzen dat de maatschappelijke voordelen die uit de CECED-overeenkomst voortvloeien, meer dan zevenmaal groter zijn dan de stijging van de aanschafkosten van wasmachines met een betere energie-efficiëntie. Deze maatschappelijke milieuvoordelen zouden in voldoende mate naar de verbruikers toevloeien, ofschoon de kopers van wasmachines zelf geen individuele voordelen zouden ontvangen.”

²⁸³ Beschikking Comm. 14 januari 1992, nr. IV/33.100, *Assurpol*; Beschikking Comm. 18 mei 1994, nr. IV/33.640, *Exxon Shell* en Beschikking Comm. 21 december 1994, nr. IV/34.252, *Philips-Osram*. Vgl. Beschikking Comm. 20 april 2001, nr. D3/33493, *DSD*. Vgl. echter ook (anders) Beschikking Comm. 17 december 1981, nr. IV/29.995, *NAWEA-ANSEAU*. Voor een overzicht: J.C.A. HOUDIJK, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer, Kluwer, 2009, 660-669 en A.C. WITT, “Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order”, 2012, nr. 3, (443) 454-453.

²⁸⁴ S. LAVRIJSEN, “What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?”, *E.L. Rev.* 2010, nr. 5, (659) 659; A.C. WITT, “Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order”, 2012, nr. 3, (443) 453 en G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 647-649.

²⁸⁵ Zie ook L. MICHAUX en L. VAN ACKER, *Sustainability and competition law: the resurrection of comfort letters?*, CCM-blog (en verwijzingen aldaar). De auteurs besteden bijzondere aandacht aan de vraag of de Commissie zich baseert op art. 101 (1) VWEU dan wel op art. 101 (3) VWEU bij het toekennen van uitzonderingen.

²⁸⁶ Zie echter enigszins genuanceerd (over interne benaderingsverschillen tussen mededingingsautoriteiten): S. LAVRIJSEN, “What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?”, *E.L. Rev.* 2010, nr. 5, (659) 667.

²⁸⁷ ACM, Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken “De Kip van Morgen”, ACM/DM/2014/206028 en ACM, Analyse ACM met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord.

hoofdzakelijk om de Nederlandse, Griekse en (uitzonderlijk) Franse mededingingsautoriteiten.²⁸⁸ Zo vaardigde de Nederlandse overheid een 'Beleidsrichtlijn Duurzaamheid' uit die de ACM oplegt rekening te houden met de duurzaamheidsvoordelen in het algemeen bij de toepassing van artikel 6 (3) Mw.²⁸⁹ In een 'interactieve beslissingsboom' geeft de ACM aan dat ook 'toekomstige voordelen' voor 'consumenten als geheel' in rekening worden genomen, wat volledig in lijn is met de oudere beslissingen van de Commissie (CECED).²⁹⁰ Ook zal zij niet actief optreden bij 'breed gedragen' projecten en geen boetes opleggen bij goedbedoelde samenwerkingen die achteraf niet geheel aan de normen voldoen.²⁹¹ Momenteel is bovendien een nieuwe Leidraad Duurzaamheidsafspraken in consultatie als correctie op haar visiedocument van 2014.²⁹² Als deze wordt aangenomen, zal de ACM in het vervolg expliciet de maatschappelijke voordelen in haar geheel (bv. luchtkwaliteit) meenemen in haar beoordeling.²⁹³ De ACM geeft zelf trouwens aan dat dit haar oordeel in *Energie Nederland* zou veranderen.²⁹⁴ Het gaat momenteel nog maar om een tweede concept, maar deze evolutie zou – op termijn – verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor de toepassing van het mededingingsrecht.

Enkele nuances zijn echter op hun plaats. Het gaat immers 'maar' om een *Nederlands* initiatief. Andere nationale mededingingsautoriteiten zijn hierdoor in geen geval gebonden, zodat zij strikter kunnen optreden. Hetzelfde geldt voor het Europese niveau: sinds de uitspraak van het Hof van Justitie in *Tele2 Polska* staat immers vast dat nationale mededingingsautoriteiten niet de bevoegdheid hebben om te beslissen dat het Europees kartelverbod *niet* geschonden is.²⁹⁵ Als de

²⁸⁸ O. BROOK, "Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging approaches of the Commission, EU Courts, and five Competition Authorities", *CMLR* 2019, nr. 1, (121) 142 e.v.

²⁸⁹ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 30 september 2016, nr. WJZ/16145098, houdende beleidsregels inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, *Staatscourant van het Koninkrijk der Nederlanden* 5 oktober 2016. Deze werd echter ook fel bekritiseerd. Zo liet de Europese Commissie in een brief aan de Nederlandse Tweede Kamer weten dat het bewerkstelligen van niet-economische doelstellingen via specifieke regelgeving en niet via het mededingingsrecht dient te gebeuren (Kamerbrief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake Mededinging en Duurzaamheid d.d. 23 juni 2016, *Tweede Kamer* 2015-16, dossier 30196, nr.463 en de betreffende brief van de Europese Commissie als bijlage bij bovenstaande Kamerbrief). Bovendien doet dit ook vragen rijzen over de onafhankelijkheid van de marktregulator.

²⁹⁰ <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/afspraken-tussen-bedrijven-over-duurzaamheid>.

²⁹¹ Zie daarover de website van de ACM (cf. vorige voetnoot).

²⁹² ACM, *Leidraad Duurzaamheidsafspraken. Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht (concept)*, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-nw.pdf>.

²⁹³ *Idem*.

²⁹⁴ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-biedt-meer-mogelijkheden-voor-samenwerking-tussen-bedrijven-om-klimaatdoelen-te-halen>.

²⁹⁵ HvJ 3 mei 2011, nr. C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270, *Tele2 Polska*, nr. 36 (*dictum*).

Europese Commissie voet bij stuk zou houden in haar economische benadering, valt dan ook ten eerste te bezien of de soepele visie van één nationale autoriteit (*in casu* de Nederlandse) veel verschil zal maken. Het is dan ook uitkijken naar de reactie van de Commissie en andere nationale autoriteiten tijdens de huidige consultatie.

74. RUIMTE ONDER DIVERGERENDE RECHTSPRAAK? – De vraag rijst of er ook binnen de Europese context vandaag ruimte is voor een soepelere benadering. De strikt economische lezing van artikel 101 (3) VWEU door de Commissie is immers niet helemaal onbetwistbaar, gelet op de rechtspraak van het Gerecht en het Hof. Al in 1977 gaf het Hof in *Metro* immers aan dat “uit de in artikel 85 [nu: 101], lid 3, aan de Commissie verleende bevoegdheden blijkt dat de noodzaak van handhaving van een doeltreffende mededinging in overeenstemming kan worden gebracht met het behoud van doelstellingen van andere aard en dat daartoe bepaalde concurrentiebeperkingen toelaatbaar zijn, wanneer zulks onmisbaar is voor het bereiken van deze doelstellingen en niet leidt tot uitschakeling van de concurrentie voor een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.”²⁹⁶ Meer recent gaf het Hof aan dat de bepalingen van het mededingingsrecht “beogen juist te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en [zij] dragen aldus bij tot het welzijn in de Unie.”²⁹⁷ Ook het Gerecht oordeelde in *Stim* dat “bij de toepassing van artikel 81 EG [nu: 101] de Commissie rekening dient te houden met de doelstelling culturele diversiteit te handhaven en promoten, in het bijzonder wanneer de toepassing van deze bepaling betrekking heeft op een culturele activiteit”.²⁹⁸ Opvallend is daarbij dat het Gerecht nalaat te preciseren onder welk lid van artikel 81 (101) de Commissie met deze doelstelling rekening dient te houden. In *Protimonopolny*, ten slotte, leek het Hof te aanvaarden dat een akkoord om illegale bankactiviteiten te verhinderen onder artikel 101 (3) gekwalificeerd kan worden als een akkoord dat bijdraagt aan ‘economische vooruitgang’, tenminste wanneer aan de overige drie voorwaarden ook voldaan is.²⁹⁹

Sommige auteurs betogen dan ook dat de rechtspraak zeker voldoende ruimte laat om deze belangen in overweging te nemen onder de vrijstellingsbepaling.³⁰⁰ De hier geciteerde rechtspraak is echter fragmentarisch, zodat niet duidelijk is in welke mate hier conclusies aan verbonden kunnen worden. De heersende opvat-

²⁹⁶ HvJ 25 oktober 1977, nr. C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, *Metro*, nr. 50.

²⁹⁷ HvJ 17 februari 2011, nr. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, *Konkurrensverket*, nr. 22. Vgl. HvJ 6 oktober 2009, nr. C-501/06, ECLI:EU:C:2009:610, *GlaxoSmithKline*, nr. 63.

²⁹⁸ Ger. 12 april 2013, nr. T-451/08, ECLI:EU:T:2013:189, *Stim*, nr. 73 (eigen vertaling).

²⁹⁹ HvJ 7 februari 2013, nr. C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71, *Protimonopolny*, nr. 33 j° 35; Vgl. HvJ 23 november 2006, nr. C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, *Asnef Equifax*, nr. 67.

³⁰⁰ A.C. WITT, “Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order”, 2012, nr. 3, (443) 468 en G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law” *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 648.

ting is nog steeds dat er onder artikel 101 (3) VWEU niet langer ruimte is voor niet-economische afwegingen.³⁰¹

75. RECHTVAARDIGING ECONOMISCHE BEOORDELING – Op het eerste gezicht lijkt dit een bijzonder hardvochtige positie, die de hierboven aangehaalde kritiek op de EU mooi illustreert. Er moet echter rekening gehouden worden met de praktische³⁰² omstandigheden waarin de Europese Commissie (als EU-mededingingsautoriteit) en de nationale mededingingsautoriteiten opereren. *Greenwashing* is immers een realiteit, zodat moeilijk kan worden nagegaan of een extra kost voor de consument ook daadwerkelijk verantwoord is door een MVO-doelstelling of gewoon het gevolg is van een verkapt kartel.³⁰³ Omdat de oprechtheid en proportionaliteit van MVO-initiatieven door private actoren moeilijk valt in te schatten, kunnen mededingingsautoriteiten dan ook moeilijk anders dan op veilig te spelen en een strikt economische benadering te hanteren. Er anders over oordelen zet immers de deur wagenwijd open voor allerlei vormen van kartels onder een (dun) laagje ‘MVO-vernis’.³⁰⁴

Een mooi voorbeeld betreft het AISE-samenwerkingsverband tussen verschillende waspoederproducenten die – op vrijwillige basis – het gebruik van detergenten en (niet-afbreekbare) verpakking wilden beperken. Eerder werd geen inbreukprocedure ingesteld, gelet op het vrijwillige karakter en – wellicht ook – de voordelen voor het milieu. Tien na jaar na datum bleek echter dat verschillende

³⁰¹ P. LUGARD en L. HANCHER, “Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission’s Notice on Article 81 (3) of the EC Treaty”, *ECLR* 2004, nr. 7, (1) 1-9; K.J. CSERES, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *CLR* 2007, nr. 2, (121) 121-173; H. VEDDER, “Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be used to protect consumers even better – or not?”, *EBL Rev.* 2006, nr. 1, (83) 83-93; A.C. WITT, “Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order”, 2012, nr. 3, (443) 453 e.v.; R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 404 en G. MONTI, “Four options for a Greener Competition Law”, *J. ECLP* 2020, nr. 3-4, (124) 128. Zie ook impliciet: G. MONTI, “Article 81 EC and public policy”, *CML Rev.* 2002, nr. 39, (1057) 1096-1099 (de auteur suggereert het Verdrag te wijzigen om deze afweging er wel in op te nemen).

³⁰² Op de theoretisch-politieke vraag naar de wenselijkheid/legitimiteit van dergelijke initiatieven gaan we niet in. Zie daarover o.m. A. GERBRANDY, “Addressing the legitimacy problem for competition authorities taking into account non-economic values: the position of the Dutch Competition Authority”, *EL Rev.* 2015, nr. 5, (769) 769-781 (pro) en O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The scope of Article 81*, Oxford, Oxford University Press, 163-164 (contra).

³⁰³ W. DUBBINK en F.W. VAN DER PUTTEN, “Is competition law an impediment to CSR?”, *J. Bus. Ethics* 2007, nr. 3, (381) 383 en R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 417-418. CLAASSEN en GERBRANDY menen dat dit bezwaar ongegrond is omdat dit ook eigen zou zijn aan “economische” beroepen op art. 101 (3) VWEU.

³⁰⁴ *Idem.* Zie ook O. ODUDU, “The Wider Concerns of Competition Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2010, nr. 3, (599) 599-613 en B. BAARSMA, “Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective”, *ECJ* 2011, nr. 3, (559) 583-585 (de auteurs argumenteren dat dit een onredelijke onderzoekslast op de autoriteiten zou leggen).

van de betrokken ondernemingen parallel aan het AISE-samenwerkingsverband ook een akkoord hadden om onder meer de economische voordelen van het project niet aan consumenten door te geven en bepaalde prijsafspraken in stand te houden.³⁰⁵

76. VERRUIMING ECONOMISCHE BEOORDELING? – In weerwil van deze moeilijkheden en het risico op *greenwashing*, pleitte sommige rechtsleer er recent voor om de economische analyse onder artikel 101 (3) VWEU (opnieuw) uit te breiden en de meer abstracte economische voordelen van MVO-initiatieven te concretiseren.³⁰⁶ Daarbij wordt (onder meer) gedacht aan een duidelijke kwantificering van de voordelen van klimaatinitiatieven, bijvoorbeeld door ook kosten ten gevolge van klimaatveranderingen in acht te nemen of door de (onzekere) toekomstige waarden van bedreigde dieren en planten te kwantificeren. Op die manier zou, zelfs onder een louter economische benadering, ruimte voor dergelijke MVO-initiatieven gelaten kunnen worden. Naast enkele praktische problemen, werpt deze benadering echter ook een meer fundamenteel juridisch probleem op. In *Mastercard* oordeelde het Hof immers dat minstens een deel van de voordelen zich ook moeten realiseren op de markt waar de mededinging beperkt wordt.³⁰⁷ Deze vereiste ontnemt wellicht het nut voor veel MVO-initiatieven van een verruimde economische benadering van de vrijstellingsbepaling. Het valt dan ook te bezien hoe een soepele benadering – zoals deze voorgesteld in Nederland – met deze vereiste zou omgaan.

2. Sancties

77. ZWARE SANCTIONERING – Overeenkomsten strijdig met het kartelverbod zijn absoluut nietig.³⁰⁸ Naar Belgisch recht wordt echter een partiële nietigheid aanvaard, tenminste als de overeenkomst kan voortbestaan in een vorm die de mededinging niet negatief beïnvloedt.³⁰⁹ Concreet zou het, naar analogie met

³⁰⁵ Beschikking Comm. 13 april 2011, nr. COMP/39579, nr. 24 e.v.

³⁰⁶ G. MONTI, “Four options for a Greener Competition Law”, *J. ECLP* 2020, nr. 3-4, (124) 128-129.

³⁰⁷ HvJ 11 september 2014, nr. C-382/12, ECLI:EU:C:2014:2201, *Mastercard*. De exacte draagwijdte van deze rechtspraak is niet geheel duidelijk omdat dit arrest op gespannen voet staat met voorgaande rechtspraak (vgl. HvJ 6 oktober 2009, nr. C-501/06, ECLI:EU:C:2009:610, *GlaxoSmithKline*). Zie G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 649 en G. MONTI, “Four options for a Greener Competition Law”, *J. ECLP* 2020, nr. 3-4, (124) 128.

³⁰⁸ HvJ 1 juni 1999, nr. C-126/97, *Eco Swiss*; HvJ 21 september 1999, nr. C-67-96, *Albany*; HvJ 20 september 2001, nr. C-453/99, *Courage/Crehan*; HvJ 13 juli 2006, nr. C-295/04 en C-298/04 (gev.z.), *Manfredi* en HvJ 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, *T-Mobile*. Zie ook P. LOGELAIN, *Self-assessment of Contracts*, Brussel, Larcier, 2011, 23-25.

³⁰⁹ HvJ 30 juni 1966, nr. C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38, *Société Technique Minière*; HvJ 13 juli 1966, C-56/64 en C-68/64 (gev.z.), *Consten en Grundig*; HvJ 14 december 1983, C-319/82, ECLI:EU:C:1983:374, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est*; S. DE DIER en W. DEVROE, “Werking en einde van agentuur- en distributieovereenkomsten: mededingingsrechtelijke

niet-concurrentiebedingen, mogelijk moeten zijn om MVO-overeenkomsten strijdig met het mededingingsrecht te ‘matigen’ tot hetgeen wel geoorloofd is. Naast de burgerrechtelijke sanctie van nietigheid kan ook de private handhaving van het mededingingsrecht niet uit het oog verloren worden, aangezien benadeelde partijen schadevergoeding kunnen eisen.³¹⁰ Bovendien kunnen de bevoegde mededingingsautoriteiten daarbovenop ook nog (administratieve) boetes en/of dwangsommen opleggen.³¹¹ Uniek aan de Belgische positie is daarbij bovendien de persoonlijke aansprakelijkheid van de initiatiefnemers zoals de bestuurders of betrokken werknemers van de onderneming.³¹²

78. ONTMOEDIGEND EFFECT OP MVO – De bijzonder zware (mogelijkheid tot) sanctionering van kartelafspraken en de onduidelijkheid rond en – wellicht – onverenigbaarheid van vele MVO-initiatieven met het mededingingsrecht heeft een duidelijk effect. Niet alleen worden verschillende samenwerkingsverbanden actief in de kiem gesmoord door de bevoegde autoriteiten (*Kip van Morgen; Energie Nederland*), maar ook worden sommige ondernemingen die MVO serieus wensen te nemen *a priori* ontmoedigd uit angst voor de mogelijke repercussies. Zo gaf supermarktketen Tesco in het verleden aan dat een deelname aan het eerder vermelde *bingedrink*-initiatief geen optie was, gelet op de mogelijke sancties die daaruit zouden voortvloeien.³¹³ Opnieuw moet beklemtoond worden dat dit geen verhaal is van louter goed menende ondernemingen en een kil handhavingsbeleid (*supra*), maar dat een strikte (economische) handhaving en sanctionering wel degelijk legitieme doelstellingen dient. Toch voelt deze benadering vaak onrechtvaardig en zelfs onproductief aan, zodat het zinvol is een ander mogelijk perspectief toe te lichten.

analyse” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelssuspenspersonen*, Brugge, die Keure, 2009, 522-523; A. JONES, B. SUFFRIN en N. DUNNE, *EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 204 en P. JACOBS en K. VAN DEN BROECK, “Schadevergoeding bij nietigheid van de distributieovereenkomst wegens strijdigheid van het mededingingsrecht”, *RABG* 2020, nr. 11, (903) 905. Zie – specifiek voor de Belgische situatie – Cass. 10 januari 2014, *RW* 2014-15, 1542; F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *TPR* 2016, nr. 1, (179) 188 e.v. en (specifiek op het mededingingsrecht) A.M. VAN DEN BOSSCHE (ed.), *Duiding Mededinging*, Brussel, Larcier, 2016, 4.4.3.

³¹⁰ Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie en XVII.71-91 WER.

³¹¹ Art. 23-24 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 4 april 2003, 1-25 en art. IV.79 e.v. WER.

³¹² Art. IV.1, § 4 *j°* IV.70 WER.

³¹³ C. TOWNLEY, “Is anything more important than Consumer Welfare (in Article 81 EG)? Reflections of a Community” in C. BARNARD (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Volume 10, 2007-2008*, Londen, Hart Publishing, 2008, 348-349 en R. CLAASSEN en A. GERBRANDY, “Doing Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, *Business Ethics Quarterly* 2018, nr. 4, (401) 406.

3. De Wouters-doctrine: ruimte voor perspectief?

79. RUIMTE VOOR EEN *RULE OF REASON*? – Uit het voorgaande volgt dat MVO-afspraken die binnen de toepassing van het (nationale of Europese) mededingingsrecht vallen, zelden een beroep zullen kunnen doen op de ‘reguliere’ ontsnappingswegen. Een deel van de rechtsleer neemt daar echter geen genoegen mee en pleit voor de toepassing van een ‘*rule of reason*’.³¹⁴ Hoewel de mogelijkheid van een (eenvoudige) ‘*rule of reason*’ onder Europees recht in het verleden duidelijk werd afgewezen (*supra*), wijzen voorstanders van de ‘*rule of reason*’ op enkele schijnbare anomalieën in de rechtspraak van het Hof van Justitie.³¹⁵ In *GlaxoSmithKline* oordeelde het Hof immers dat “*artikel 81 EG [thans art. 101] [...] niet uitsluitend is bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen*”.³¹⁶ Dit lijkt de deur op een kier te zetten voor een afweging aan de hand van belangen die buiten het traditionele consumentenwelvaartparadigma liggen. Ook kan opnieuw verwezen worden naar de (onduidelijke) visie van het Gerecht in *Stim* (*supra*). Het meeste belang wordt echter gehecht aan de implicaties van het arrest-*Wouters* (*infra*).³¹⁷

³¹⁴ K. MORTELMANS, “Niet-economische belangen en de mededingingswet”, *NJB* 1999, nr. 27, (1244) 1250; G. MONTI, “Article 81 EC and public policy”, *CML Rev.* 2002, nr. 39, (1057) 1057-1099; S. KINGSTON, “Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn’t Special”, *ELJ* 2010, nr. 6, (781) 781-805; S. LAVRYSEN, “What role for national competition authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?”, *EL Rev.* 2010, nr. 5, (636) 659; G. MONTI, “EU Competition law from Rome to Lisbon: social market economy” in C. HEIDE-JORGENSEN, C. BERQVIST, U.B. NEERGARD en S. TROELS POULSEN (eds.), *Aims and values in competition law*, Kopenhagen, Djof Publishing, 2013, 27-66; A. GERBRANDY, “Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law”, *World Competition* 2017, nr. 4, (539) 539-562 en A. GERBRANDY, “Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution”, *JCMS* 2019, nr. 1, (127) 127-142. Anders: O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The scope of Article 81*, Oxford, Oxford University Press, 173-174; K.J. CSERES, “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *CLR* 2007, nr. 2, (121) 136 en 170; O. ODUDU, “The Wider Concerns of Competition Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2010, nr. 3, (599) 599-613 en B. BAARSMA, “Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective”, *ECJ* 2011, nr. 3, (559) 583-585. Vgl. (genuanceerder) C. TOWNLEY, *Article 81 EC and public policy*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 134-138.

³¹⁵ G. MONTI, “Article 81 EC and public policy”, *CML Rev.* 2002, nr. 39, (1057) 1086 e.v.; J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 523-528 en J.W. VAN DE GRONDEN, “Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen”, 2016, nr. 11, (472) 473.

³¹⁶ Ger. 6 oktober 2009, nr. C-501/06, ECLI:EU:C:2009:610, *GlaxoSmithKline*, r.o. 63. Vgl. HvJ 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, *T-Mobile*, r.o. 38.

³¹⁷ C. TOWNLEY, “Is anything more important than Consumer Welfare (in Article 81 EG)? Reflections of a Community” in C. BARNARD (ed.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Volume 10, 2007-2008*, Londen, Hart Publishing, 2008, 356 e.v.; A. JONES, “Regulating the Legal Profession: Article 81, the Public Interest and the ECJ’s Judgment in *Wouters*”, *EBLR* 2008, nr. 6, (1079) 1079-1103; J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 523-528 en J.W. VAN DE GRONDEN, “Europees mededingingsrecht en

80. RECHTSPRAAK ALS GRONDSLAG – De grondslag voor de mogelijke ‘*rule of reason+*’ in het Europese mededingingsrecht is terug te leiden tot het veelbesproken arrest van het Hof van 19 februari 2002. In *Wouters* diende het Hof zich uit te spreken over de vraag of de beroepsverordening van de Nederlandse Orde van Advocaten die een samenwerking tussen advocaten en accountants verbood, strijdig was met het kartelverbod. Het Hof komt tot de conclusie dat er wel degelijk een beperking van de mededinging voorligt, maar dat bij de toepassing van het kartelverbod rekening moet worden gehouden met de algehele context, in het bijzonder met de doelstellingen van de beperking (bv. *in casu* een garantie bieden voor integriteit en ervaring en de goede rechtsbedeling verzekeren).³¹⁸ Daarnaast moet worden onderzocht of de beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden.³¹⁹ Daarmee verwijst het Hof bovendien expliciet naar het interne marktrecht. De rechtspraak in *Wouters* werd door de jaren in verschillende zaken hernomen, zij het telkens met lichte wijzigingen.³²⁰

In *Meca-Medina* oordeelt het Hof opnieuw dat rekening moet gehouden worden met de concrete context en doelstellingen van een mededingingsbeperkende afspraak (*in casu* het dopingreglement van het IOC) en dat de beperkende gevolgen voor de mededinging inherent moeten zijn aan de beperking.³²¹ Wel is duidelijk dat de doelstellingen waarvan sprake niet louter de organisatie van een vrij beroep betreffen, maar ook andere ‘legitieme doelstellingen’ kunnen zijn.³²² In *Pierre Fabre* verwijst het Hof niet specifiek naar *Wouters*.³²³ Desalniettemin oordeelde het Hof wel “*dat er legitieme vereisten zijn, zoals de instandhouding van een gespecialiseerde handel die in staat is tot het verrichten van bepaalde prestaties voor kwalitatief en technisch hoog ontwikkelde producten, die een beperking van de prijsconcurrentie ten gunste van een op andere factoren dan de prijzen betrekking hebbende mededinging kan rechtvaardigen*”.³²⁴

niet-economische belangen”, 2016, nr. 11, (472) 473 en G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 656.

³¹⁸ HvJ 19 februari 2002, nr. C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, *Wouters*, r.o. 97.

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ Voor een korte bespreking: J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 523-528.

³²¹ HvJ 18 juli 2006, nr. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, *Meca-Medina*, r.o. 42. Zie ook K. PEIJTLOVIC, “EU Competition Law and Organisational Rules” in A. DUVAL en B. VAN ROMPUY (eds.), *The Legacy of Bosman*, Den Haag, Asser, 2012, 126 e.v. en S. WEATHERILL, “Case C-519/04 P *Meca-Medina* [2006] ECR I-6991” in J. ANDERSON (ed.), *Leading Cases in Sports Law*, Den Haag, Asser, 2013, 137-151.

³²² HvJ 18 juli 2006, nr. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, *Meca-Medina*, r.o. 45; J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 525.

³²³ De conclusie van de advocaat-generaal echter wel, zie concl. Adv. Gen. MAZAK in zaak nr. C-439/09, ECLI:EU:C:2011:113, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, nr. 35.

³²⁴ HvJ 13 oktober 2011, nr. C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, r.o. 40.

De vereisten opgesteld in *Wouters* en *Meca-Medina* werden daarentegen wel nog een derde maal expliciet hernomen (ondertussen in een vaste formulering) in *Consiglio nazionale dei geologi*, waarin het Hof zich moest uitspreken over minimumtarieven die een beroepsorde oplegde.³²⁵ Dit lijkt enigszins op gespannen voet te staan met de rechtspraak van het Hof eerder datzelfde jaar in *OTOC*, waar het Hof de vereiste van een ‘inherent’ verband schijnbaar had verlaten en ingevuld voor een minder rigide proportionaliteitsvoorwaarde.³²⁶ Sommige auteurs wijten de discrepantie echter aan een gebrek aan informatie waarover het Hof zou beschikken in *Consiglio*.³²⁷ Impliciet erkende het Hof deze rechtspraak bovendien nog een laatste maal in *Api* door na te gaan of een nationale wettelijke regeling gerechtvaardigd kan worden op basis van deze doctrine in het licht van het verbod voor lidstaten om het nuttig effect (*effet utile*) te ontnemen aan het mededingingsrecht.³²⁸

81. ALGEMENE TOEPASSINGSVOORWAARDEN – De vraag rijst of uit de relatief disparate rechtspraak van het Hof ook algemene toepassingsvoorwaarden van een *Wouters-doctrine* kunnen worden afgeleid. Twee voorwaarden kunnen met relatieve zekerheid worden ontleed, al bestaat er meer onzekerheid over de exacte draagwijdte van deze voorwaarden. Ten eerste moet de mededingingsbeperkende gedraging een legitiem belang te dienen.³²⁹ Uit de rechtspraak blijkt duidelijk dat dit begrip ruimer is dan een louter deontologisch belang van een beroepsorde.³³⁰ MONTI en MULDER verwijzen in dat opzicht naar de conclusie van advocaat-generaal MAZAK in *Pierre Fabre*, die stelde dat “[...] [vrijwillige] particuliere maatregelen, die zijn opgenomen in een overeenkomst, buiten de werkingssfeer van artikel [101], lid 1, [VWEU] [kunnen] vallen mits de opgelegde beperkingen in het licht van het nagestreefde legitieme doel gepast zijn en niet verder gaan dan noodzakelijk is [...]”.³³¹ Het nagestreefde doel moet volgens de advocaat-generaal bovendien de bescherming van een openbaar goed (“van publiekrechtelijke aard zijn”) beogen³³² en verder gaan dan de loutere bescherming van de goede naam of repu-

³²⁵ HvJ 18 juli 2013, nr. C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489, *Consiglio nazionale dei geologi*, r.o. 53-54.

³²⁶ HvJ 28 februari 2013, nr. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, *OTOC*.

³²⁷ J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 525-526.

³²⁸ HvJ 4 september 2014, nrs. C-184/13 – C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13 (gev.z.), ECLI:EU:C:2014:2147, *API*.

³²⁹ A.C. WITT, “Public Policy Goals under EU Competition Law: Now is the Time to Set the House in Order”, 2012, nr. 3, (443) 467; J.W. VAN DE GRONDEN, “Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen”, 2016, nr. 11, (472) 475-476; G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 646-647 en E. VAN DAMME, “Goede marktwerking en overige publieke belangen”, *M&M* 2017, nr. 1, (5) 12.

³³⁰ HvJ 18 juli 2006, nr. C-519/04, ECLI:EU:C:2006:492, *Meca-Medina*.

³³¹ Concl. Adv. Gen. MAZAK in zaak nr. C-439/09, ECLI:EU:C:2011:113, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, nr. 35. Zie G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 646-647.

³³² Hier verwijst de advocaat-generaal *expressis verbis* naar het *Wouters*-arrest in voetnoot.

tatie van een merk.³³³ Daarbij kan worden aangenomen dat MVO-initiatieven die teruggekoppeld kunnen worden naar de officiële doelstellingen van de EU en ‘algemeen toepasbare beginselen’ uit het VWEU aan die voorwaarde voldoen.³³⁴

Ten tweede moeten de beperkende gedragingen noodzakelijk zijn voor de realisatie van de legitieme doelstellingen.³³⁵ Gelet op de meer recente rechtspraak van het Hof (OTOC), moet worden aangenomen dat het hier niet gaat om een absolute noodzakelijkheidsvereiste (‘inherente beperkingen’), maar dat het volstaat dat er geen minder ingrijpend alternatief voorhanden is (proportionaliteit).³³⁶ Daarbij moet wel rekening gehouden worden met de rol van publieke regelgeving. Als de overheid een materie immers al extensief reguleerde, valt moeilijk in te zien hoe een privaat initiatief nog noodzakelijk kan zijn.³³⁷ Let wel, het loutere bestaan van overheidsregulering (bv. milieurecht of dierenwelzijnsnormen *in abstracto*) is onzes inziens niet voldoende om de toepassing van de *Wouters*-doctrine volledig uit te sluiten. Er anders over oordelen zou immers iedere betekenis aan de rechtspraak van het Hof ontnemen. Anderzijds volgt uit *Consiglio nazionale dei geologi* wel dat ook objectrestricties – in theorie tenminste – in overweging genomen kunnen worden.

82. RELEVANTIE WOUTERS-DOCTRINE? – Al bij al rijst de vraag in welke mate de *Wouters*-doctrine relevant is vanuit een MVO-standpunt. De rechtspraak vertoont duidelijk enkele grote tendensen, maar gelet op de relatieve schaarste aan uitspraken is het moeilijk daar een doorslaggevende conclusie uit af te leiden. Ook de voorwaarden van de zogenaamde *Wouters*-doctrine zijn nog onzeker. Hoewel het mogelijk is om de contouren te schetsen, blijft een duidelijke afbakening en invulling uit. Daarnaast lijkt de *Wouters*-doctrine in te gaan tegen de heersende opvattingen van de Commissie als Europese mededingingsautoriteit. Nationale autoriteiten die verder willen gaan, al dan niet op initiatief van de nationale wetgever, hebben bovendien weinig manoeuvreerruimte om deze doctrine in te roepen. Gelet op de rechtspraak van het Hof (*Tele2Polska*) is het hen immers

³³³ Concl. Adv. Gen. MAZAK in zaak nr. C-439/09, ECLI:EU:C:2011:113, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, nr. 35. In het arrest zelf verwees het Hof zoals gezegd niet expliciet naar de *Wouters*-doctrine, zodat het niet duidelijk is in welke mate de conclusie van de advocaat-generaal gevolgd kan worden.

³³⁴ J.W. VAN DE GRONDEN, “Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen”, 2016, nr. 11, (472) 474 en E. VAN DAMME, “Goede marktwerking en overige publieke belangen”, *M&M* 2017, nr. 1, (5) 12. Vgl. KLOOSTERHUIS, die meent dat een wettelijke basis vereist is: E. KLOOSTERHUIS, “Wouters: All in the Family?”, *M&M* 2016, nr. 3, (113) 113-118.

³³⁵ J.W. VAN DE GRONDEN, “Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen”, 2016, nr. 11, (472) 475-476; G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 646-647 en E. VAN DAMME, “Goede marktwerking en overige publieke belangen”, *M&M* 2017, nr. 1, (5) 12.

³³⁶ HvJ 28 februari 2013, nr. C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, *OTOC* en J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de *Wouters*-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 525-526.

³³⁷ Gerecht 10 december 2014, nr. T-90/11, ECLI:EU:T:2014:2201, *ONP*.

niet toegestaan te oordelen dat het Europese mededingingsrecht *niet* geschonden is.³³⁸ Dit alles in overweging nemend, kunnen wij niet anders dan besluiten dat de *Wouters*-doctrine – in de huidige stand van het recht – hoogstens als ‘laatste strohalm’ bepaalde MVO-overeenkomsten kan redden. Een duidelijk perspectief biedt zij echter niet; daarvoor zal het Hof zich in de toekomst duidelijker moeten uitspreken.

³³⁸ HvJ 3 mei 2011, nr. C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270, *Tele2 Polska*, r.o. 36 (*dictum*). Zie ook J.W. VAN DE GRONDEN, “De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht”, *SEW* 2015, nr. 11, (523) 528 en G. MONTI en J. MULDER, “Escaping the clutches of EU Competition Law”, *EL Rev.* 2017, nr. 5, (635) 556.