

COMPLIANCE, ETHICS & SUSTAINABILITY

An international journal with a European focus

JAARGANG 23 - DECEMBER 2023

6

Editorial

prof. mr. J.W. Winter

Corporate Social Responsibility in uitvoering

Over verantwoordelijkheid nemen voor de gevolgen van het handelen van de onderneming in de samenleving

L. Elshof LL.M.

The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive

Practical insights into value chain due diligence and risk management

A.I. Grocz MSc

De taal als kooi

Hoe moreel uitgehold taalgebruik financiële instellingen en toezichthouders hindert bij betekenisvolle verandering

Annika van Baar

The CSDDD and Meaningful Human Rights Due Diligence: Some opportunities and threats

J. Boogaard

'Duurzaam ondernemen is niet meer weg te denken'

prof. dr. K.E.H. Maas en drs. M.E. Janssen Groesbeek

Geld nog steeds focus van commissarissen

prof. dr. E.D. Karssing

Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (89)

Uitgeverij Den Hollander BV
Postbus 325 7400 AH Deventer
tel.: 0570 - 751 225
e-mail: info@denhollander.info
www.uitgeverijdenhollander.nl

Hoofredacteur
prof. S. Oded (Norton Rose Fulbright LLP)

Coördinerend redacteur
mr. F.T.G.J. Segers (Deutsche Bank AG, Amsterdam Branch)

Redactie
prof. mr. dr. P.J. Engelen (Universiteit Antwerpen, Universiteit Utrecht)
mr. drs. R. Fikkers (Autoriteit Consument & Markt)
mr. K. Fluks (DIF Capital Partners)
mr. E. van Heukelem (Pels Rijcken)
A. Koper LLM (De Nederlandsche Bank)
Mr E. Nkune (Forensic Risk Alliance)
mr. A.B. Schoonbeek (Belastingdienst)
mr. F.T.G.J. Segers (Deutsche Bank AG, Amsterdam Branch)
mr. C.G. Sijstermans (AkzoNobel)
mr. M.J.E. Straathof (Philips)
mr. M. Terpstra-Ruijters (EMS)
mr. B. Weerstra (voormalig General Counsel & Corporate Secretary Arcadis)
mr. A.L. Wilmink MSc (Autoriteit Financiële Markten)

Vaste medewerker
prof. dr. E.D. Karssing

Redactiesecretariaat
Postbus 12797
1100 AT Amsterdam Zuidoost

Abonnementsprijs
Persoonlijk online abonnement: € 598.
Bedragen zijn excl. btw. (Korting VCO-leden: € 25)

Nieuwe abonnementen
Nieuwe abonnementen
Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een abonnement niet samen met het begin van een kalenderjaar, dan wordt het lopende kalenderjaar naar rato in rekening gebracht. Nieuwe abonnementen kunnen schriftelijk, via de website of per e-mail worden opgegeven.

Beëindiging abonnement
Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot 1 december van het lopende abonnementsjaar, worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

Adreswijziging
Bij adreswijziging wordt u verzocht deze zo Spoedig mogelijk en bij voorkeur schriftelijk door te geven aan de uitgeverij onder vermelding van: adreswijziging Tijdschrift voor Compliance.

© **Uitgeverij Den Hollander B.V.**
Alle rechten voorbehouden. Behoudens de in de auteurswet opgenomen uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudig (waaronder het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, ongeacht op welke wijze, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Citeerwijze
CE&S 2023, nr. 6



COMPLIANCE, ETHICS & SUSTAINABILITY.

JAARGANG 23 - DECEMBER 2023 - NUMMER 6

- 273 **Editorial**
- 275 *prof. mr. J.W. Winter*
Corporate Social Responsibility in uitvoering
Over verantwoordelijkheid nemen voor de gevolgen van het handelen van de onderneming in de samenleving
- 282 *L. Elshof LL.M.*
The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive
Practical insights into value chain due diligence and risk management
- 292 *A.I. Grocz MSc*
De taal als kooi
Hoe moreel uitgehold taalgebruik financiële instellingen en toezichhouders hindert bij betekenisvolle verandering
- 299 *Annika van Baar*
The CSDDD and Meaningful Human Rights Due Diligence: Some opportunities and threats
- 306 *J. Boogaard*
'Duurzaam ondernemen is niet meer weg te denken'
- 309 *prof. dr. K.E.H. Maas en drs. M.E. Janssen Groesbeek*
Geld nog steeds focus van commissarissen
- 314 *prof. dr. E.D. Karssing*
Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (89)

Editorial

This is the sixth and final issue of the *Compliance, Ethics & Sustainability Journal* of 2023 with a thematic focus on 'Corporate Social Responsibility and Human Rights'. The expectation is that attention for these topics will continue to grow in the coming months and years. The contributing authors found various interesting angles to address the theme.

Corporate Social Responsibility in uitvoering: Over verantwoordelijkheid nemen voor de gevolgen van het handelen van de onderneming in de samenleving (Jaap Winter)

De afgelopen jaren is veel gediscussieerd over de verantwoordelijkheid van ondernemingen in de samenleving. In zijn artikel geeft Jaap Winter aan dat dit raakt aan een principiële debat over wat de plaats van de onderneming, of meer juridisch, van de vennootschap die een onderneming in stand houdt, in de samenleving is. De zorgen over klimaatverandering en de structurele overschrijding van andere planetaire grenzen, maar ook de zorgen over de sociale verhoudingen in de maatschappij die toenemend onder druk komen te staan, maken de vraag naar de verantwoordelijkheid van ondernemingen in de samenleving dringend. De vorig jaar gewijzigde Nederlandse Corporate Governance Code geeft aan dat (beurs)vennootschappen een verantwoordelijkheid in de samenleving hebben die verder gaat dan (financiële) waarde creatie voor aandeelhouders. In deze bijdrage noem ik die bredere verantwoordelijkheid van de onderneming de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming. Winter gaat in op de vragen wat die maatschappelijke verantwoordelijkheid inhoudt en wat er menselijkerwijs voor nodig is om die verantwoordelijkheid daadwerkelijk te nemen. Hoewel de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen breder is richt hij zich daarbij in het bijzonder op de klimaatproblematiek. Winter sluit af met een pleidooi voor een maatschappelijke raad als een governance-mechanisme dat het vermogen versterkt om maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen.

The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (Lois Elshof)

On 23 February 2022, the EU Commission adopted a proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence. The new rules are aiming to ensure that businesses address adverse impacts of their actions, including in their value chains inside and outside Europe. This Directive outlines the ESG considerations into its business operations, strategies, and decision-making processes. The Dutch Central Bank (DNB) and European Central Bank (ECB) have set guidelines on implementation and risk management. In this article Lois Elshof gives insight in the challenge and the importance of integrating sustainability and ESG considerations into risk management and operational strategies for (financial) institutions.

De taal als kooi (Aleksander Grocz)

Aleksander Grocz gaat in zijn artikel in op de macht en onmacht van taal. In het bekende boek 1984 voorspelt George Orwell de toekomst waarin totalitaire regime met elkaar in conflict en strijd leven. Taal, Newspeak, speelt hierin een centrale rol. Nu leven we niet in het door Orwell geschetste dystopische landschap van 1984. Maar een uitgeholde, van morele termen ontdane taal wordt wel als middel ingezet om marktwerking als neutraal en ideologie-vrij voor te stellen. In dit stuk verkent Aleksander hoe deze moreel gesteriliseerde taal niet alleen marktpartijen in zijn greep houdt, maar ook de instituties die in het leven zijn geroepen om de markt te beteugelen. Daartoe zoomt hij in op de financiële sector.

The CSDDD and Meaningful Human Rights Due Diligence: Some Opportunities and Threats (Annika van Baar)

Human Rights Due Diligence is increasingly becoming mandatory and provides various mechanisms to prevent and diminish the negative impacts of business on human rights and the environment. The way corporate actors implement this process into their business operations will determine whether HRDD will meet its goals of ending, preventing, and diminishing such negative corporate impacts on human rights and the environment. In this article Annika van Baar discusses opportunities and threats and embeds them within larger regulatory initiatives such as the upcoming European Corporate Sustainability Due Diligence Directive.

Duurzaam ondernemen is niet meer weg te denken (Jeroen Boogaard interviewde Anne Schaap en Pieter van den Herik van MVO Nederland)

In een interview doen Anne Schaap en Pieter van den Herik van MVO Nederland een oproep tot strengere regelgeving en meer actie bij bedrijven op het gebied van duurzaam ondernemen. Hoewel duurzaamheid prominent op de agenda is gekomen in de politiek, bij burgers en bij veel bedrijven, moet de transformatie naar een duurzame economie sneller. Voor duurzame bedrijven is het belangrijk dat er sprake is van een gelijk speelveld. Daarvoor moet de overheid regels stellen en die regels handhaven. En het is belangrijk dat

bedrijven zich realiseren dat er een business case is voor duurzaam ondernemen, aldus Schaap en Van den Herik.

Geld nog steeds focus van commissarissen (Karen Maas en Marleen Janssen Groesbeek)

Volgens Karen Maas en Marleen Janssen Groesbeek verandert de kijk op bedrijven door een groeiende aandacht voor maatschappelijke kwesties als ongelijkheid, klimaat en biodiversiteit en door Europese en Nederlandse wet- en regelgeving. De samenleving verwacht meer en meer duurzaamheid bij ondernemen. Vervuiling, creatie van werkgelegenheid en innovaties waren altijd in het nieuws. Nieuw is de structurele aandacht voor de sociale, ecologische en economische impact van organisatie op mensen, hun gemeenschappen en de natuurlijke omgeving.

Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (E.D. Karssing)

Edgar Karssing heeft wederom in de boekenkast van de bedrijfsethiek gekeken en bespreekt in dit nummer het boek *Humanizing Rules: Bringing behavioural science to ethics and compliance* van Christian Hunt. De uitdaging voor compliance officers is om academische kennis naar de praktijk van compliance te vertalen. Karssing meent dat Christian Hunt daar met zijn boek *Humanizing Rules: Bringing behavioural science to ethics and compliance* uitstekend in is geslaagd. Inzet van Hunt's boek is ervoor zorgen dat gedragsinterventies effectief zijn, waarbij hij dergelijke interventies ziet als een poging om de besluitvorming en daarmee het gedrag van medewerkers te beïnvloeden. Hij heeft zelf veel ervaring als compliance officer en schrijft op meeslepende wijze met heel veel anekdotes, praktische voorbeelden, mooie tegeltjeswijsheden en prikkelende kwinkslagen. Ondertussen laat hij de lezer kennismaken met de gedragswetenschappen – door hem liefkozend BeSci genoemd (*Behavioural Science*) – en maakt voortdurend de vertaling naar compliance. In paragraaf 2 bespreekt Karssing HUMANS als het raamwerk dat Hunt heeft ontwikkeld om gedragsinterventies te beoordelen: zowel in de ontwerpfase als bij het diagnosticeren van bestaande interventies. In de derde paragraaf beschrijft hij de visie van Hunt op compliance. In de slotparagraaf van zijn bespreking legt Karssing uit wat 'Verschlimmbesern' betekent en hoe ethische hackers compliance officers kunnen helpen.

The editorial team wishes you a lot of reading pleasure.

Peter-Jan Engelen, Renske Fikkers, Marijke Terpstra and Bartheke Weerstra

Corporate Social Responsibility in uitvoering

Over verantwoordelijkheid nemen voor de gevolgen van het handelen van de onderneming in de samenleving

*prof. mr. J.W. Winter*¹

De afgelopen jaren is veel gediscussieerd over de verantwoordelijkheid van ondernemingen in de samenleving. Dat raakt aan een principiële debat over wat de plaats van de onderneming, of meer juridisch, van de vennootschap die een onderneming in stand houdt, in de samenleving is. De zorgen over klimaatverandering en de structurele overschrijding van andere planetaire grenzen, maar ook de zorgen over de sociale verhoudingen in de maatschappij die toenemend onder druk komen te staan, maken de vraag naar de verantwoordelijkheid van ondernemingen in de samenleving dringend. De vorig jaar gewijzigde Nederlandse Corporate Governance Code geeft aan dat (beurs)vennootschappen een verantwoordelijkheid in de samenleving hebben die verder gaat dan (financiële) waardecreatie voor aandeelhouders. In deze bijdrage noem ik die bredere verantwoordelijkheid van de onderneming de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming. Ik ga in op de vragen wat die maatschappelijke verantwoordelijkheid inhoudt en wat er menselijkerwijs voor nodig is om die verantwoordelijkheid daadwerkelijk te nemen. Hoewel de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen breder is richt ik me daarbij in het bijzonder op de klimaatproblematiek. Ik sluit af met een pleidooi voor een maatschappelijke raad als een governance-mechanisme dat het vermogen versterkt om maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen.

1. Maatschappelijke verantwoordelijkheid

Principe 1 van de Corporate Governance Code 2022 zegt het onomwonden: het bestuur is verantwoordelijk voor de ... duurzame lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur houdt rekening met de effecten van het handelen van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op mens en milieu en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van stakeholders. De raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur ter zake. Best practice bepaling 1.1.1 schrijft vervolgens voor dat het bestuur een visie ontwikkelt op duurzame lange termijn waardecreatie en een daarbij passende strategie formuleert, waarbij expliciet aandacht wordt besteed aan o.a.: (v) de belangen van stakeholders, (vi) de impact van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op het gebied van duurzaamheid, daaronder begrepen de effecten op mens en milieu en (vii) het leveren van een billijke bijdrage (fair

share) aan de landen waarin de vennootschap opereert door betaling van belastingen. Het bestuur betreft de raad van commissarissen tijdig bij het formuleren van de strategie ter realisatie van duurzame lange termijn waardecreatie en legt verantwoording af aan de raad van commissarissen over de strategie en de toelichting daarop, best practice bepaling 1.1.2. Tenslotte moet de vennootschap een beleid op hoofdlijnen opstellen voor een effectieve dialoog met stakeholders om te zorgen dat de belangen van relevante stakeholders worden meegewogen, best practice bepaling 1.1.5.

De opneming van deze maatschappelijke verantwoordelijkheid van bestuur en raad van commissarissen in het eerste principe van de Code is niet vrijblijvend of uitsluitend aspirationeel. De principes van de Code kunnen volgens de Preambule worden opgevat als breed gedragen algemene opvattingen over goede corporate governance. Deze zinsnede is vanaf de eerste vastlegging van de Code in 2003 in de Preambule opgenomen, met reden. In de HBG-beschikking in de zogenaamde baggeroorlog had de Hoge Raad eerder dat jaar aangegeven dat in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance een grondslag kunnen vormen voor concrete rechtsverplichtingen.² In de ABN AMRO uitspraak

1. Jaap Winter is hoogleraar Corporate Law, Corporate Governance and Behaviour aan de VU Amsterdam.

2. HR 21 februari 2003, JOR 2002, 57 (HBG).

inzake de verkoop van haar dochter LaSalle in 2007 spreekt de Hoge Raad van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code, in het bijzonder enkele principes daarvan.³ Of sprake is van dergelijke algemeen aanvaarde inzichten en geldende rechtsovertuiging en welke verplichtingen daaruit voortvloeien is uiteindelijk aan de rechter. De claim in de Code dat haar principes in Nederland algemeen aanvaarde opvattingen over goede corporate governance zijn is voor wat betreft het eerste principe en de uitdrukkelijke opname daarin van het duurzaamheidselement overtuigend te onderbouwen. Deze uitkomst volgt op een zeer indringend consultatieproces en expliciete dialoog binnen de Monitoring Commissie Corporate Governance en met de schragende partijen van de Commissie (in het kort: organisaties die beursvennootschappen, werkgevers, werknemers en aandeelhouders vertegenwoordigen). De gewijzigde tekst van principe 1 is de weerslag van die bij tijden heftige discussie en wordt door de schragende partijen onderschreven. Principe 1 geeft daarmee feitelijk een in Nederland algemeen aanvaarde opvatting weer over wat van bestuurders en commissarissen mag worden verwacht.

Bestaande en aanstaande EU-regelgeving bevestigt het uitgangspunt dat vennootschappen en hun bestuurders en commissarissen een verantwoordelijkheid dragen voor de externe gevolgen van hun handelen in de samenleving. De Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) verplicht grote ondernemingen vanaf boekjaar 2024 gedetailleerd verantwoording af te leggen over hun ecologische en sociale impact en over klimaatplannen die moeten zorgen voor een bedrijfsmodel en strategie die verenigbaar zijn met de overgang naar een duurzame economie en met de beperking van de opwarming van de aarde tot 1,5°C, overeenkomstig de Overeenkomst van Parijs en over de uitvoering daarvan, art. 19 bis. Verantwoording afleggen is het startpunt van verantwoordelijkheid nemen. De Corporate Sustainability Due Diligence richtlijn (CSDD) waarover nu in Brussel nog wordt onderhandeld tussen lid-staten, Commissie en Europees Parlement, onderstreept een specifieke verantwoordelijkheid van vennootschappen: zij moeten passende zorgvuldigheid betrachten in hun hele waardeketens wereldwijd voor aspecten van respect voor mensenrechten en bescherming van milieu en klimaat. De ontwerp CSDD bevestigt nog eens dat ondernemingen bovendien daadwerkelijk een klimaatplan moeten hebben dat zorgt voor een bedrijfsmodel en strategie die kort gezegd in lijn zijn met de klimaat ambitie van Parijs, art. 15 lid 1.

Wat betekent het dat bestuur en raad van commissarissen verantwoordelijk zijn voor duurzame lange termijn waardecreatie en het rekening houden met de gevolgen van het handelen van de vennootschap voor mens en milieu? De toelichting bij de Code geeft

een eerste indicatie: “Zoals in het algemeen geldt voor de taakuitoefening van bestuurders (en commissarissen, jw), levert deze verantwoordelijkheid geen resultaatsverplichting op.” De kern van deze verantwoordelijkheid is dat zij in de eerste plaats moet worden begrepen als een eis tot verantwoording over de wijze waarop de externe gevolgen van het handelen van de vennootschap in de samenleving en de natuurlijke leefomgeving worden meegevoerd.⁴ Verantwoordelijkheid gaat allereerst over willen en kunnen verantwoorden. Antwoord kunnen en willen geven op de vraag hoe de vennootschap de externe gevolgen van haar handelen meeweegt in haar besluitvorming en handelen. De rechter kent daarbij aan bestuurders en commissarissen een zekere discretie toe.⁵ Die beoordelingsruimte kent wel grenzen. Bestuurders en commissarissen moeten ervoor zorgen dat in aanmerking komende belangen niet onnodig of op onevenredige wijze worden geschaad.⁶ Op een vergelijkbare wijze noemt de Preambule bij de ontwerp CSDD richtlijn de verplichtingen voor ondernemingen ‘middelenverbintenissen’. De richtlijn mag van hen niet vereisen dat zij in alle omstandigheden waarborgen dat negatieve effecten nooit zullen voorkomen of dat zij zullen worden beëindigd. Zij moeten passende maatregelen nemen waarvan redelijkerwijze kan worden verwacht dat zij in de omstandigheden van het specifieke geval zullen leiden tot preventie of beperking tot een minimum van de negatieve effecten, Preambule 15 bij de ontwerp richtlijn. Zij moeten ook een klimaatplan hebben dat zorgt dat bedrijfsmodel en strategie verenigbaar zijn met de Parijsdoelstellingen. Dit vult de verantwoordelijkheid van ondernemingen voor hun handelen op het gebied van klimaat specifiek in. Ik zou het zo willen omschrijven: een onderneming behoort een bijdrage te leveren aan het mitigeren van klimaatverandering die redelijkerwijze van haar mag worden verwacht, gegeven de concrete omstandigheden zoals de aard van haar ondernemingsactiviteiten.⁷

De mogelijke juridische gevolgen van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen overheersen in sterke mate het debat over die verantwoordelijkheid, dat de laatste jaren vooral is gevoerd om tegen het expliciet vastleggen van die verantwoordelijkheid weerstand te bieden. De juridische

4. Winter, Wezeman, Schoonbrood, P. Van Schilfgaarde Van de BV en de NV, Wolters Kluwer 2022, p. 32

5. HR 12 juli 2013, NJ 2013, m.nt. Van Schilfgaarde (VEB/KLM)

6. HR 14 april 2014, NJ 2014, 286, m.nt. Van Schilfgaarde (Cancun)

7. Zie ook het hierna genoemde Integrity report van UV High Level Expert Group on Net-Zero Emission Commitments of Non-State Entities (2022), zie nt 14 hierna. De eerste aanbeveling van het rapport vraagt ondernemingen een net zero belofte te doen om een billijke bijdrage te leveren aan de noodzakelijke wereldwijde klimaatinspanningen. Ik vertaal dit als een bijdrage die redelijkerwijze van de onderneming mag worden verwacht, gegeven de concrete omstandigheden, zoals onder andere de aard van haar ondernemingsactiviteiten.

3. HR 13 juli 2007, NJ 2007, m.nt. Maeijer.

risico's die zijn verbonden aan deze maatschappelijke verantwoordelijkheid zouden ondernemingen en hun bestuurders en commissarissen afschrikken van het nemen van passende maatregelen. Dit is vooral een argument dat de overtuiging moet steunen om vooral geen maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen te verlangen. Inmiddels is het pleit echter beslecht met de Code, de CSRD en ontwerp CSDD, het uitgangspunt van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen is aanvaard. De vennootschap wordt daarmee tot op zekere hoogte een politieke vennootschap in plaats van alleen maar een financiële vennootschap.⁸ Het niet concreet nemen van maatregelen om daaraan invulling te geven is na de aanvaarding van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen juridisch juist een meer risicovolle strategie.⁹ Stappen zetten in een richting die meer rekening houdt met de gevolgen voor mens en milieu beperkt vanuit een juridisch perspectief de risico's meer dan niets doen. Dat is ook zo wanneer derden zoals milieuorganisaties de onderneming aanspreken dat zij nog meer zou moeten doen of sneller zou moeten bewegen. Echt niets doen of alleen maar zeggen iets te doen zonder werkelijke stappen te zetten zou een onderneming en haar bestuurders en commissarissen buiten de hun toegestane beoordelingsmarge kunnen brengen. Een rechter zal eerder tot de conclusie kunnen komen dat de in aanmerking komende belangen van belanghebbenden onnodig en onevenredig worden geschaad. Ook vanuit een juridisch perspectief is het daarom verstandiger om actief invulling te geven aan de maatschappelijke verantwoordelijkheid, ook al zijn de precieze juridische gevolgen van die verantwoordelijkheid nog niet uitgekristalliseerd.

2. Maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen is mensenwerk

In het licht van de dringende ecologische en sociale uitdagingen van onze tijd is het essentieel dat ondernemingen daadwerkelijk invulling geven aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid. Met name voor het klimaat staan alle signalen behoorlijk in het rood. De CO₂ uitstoot in de wereld is sinds Parijs niet gedaald maar juist gestegen, met een record jaarlijkse uitstoot in 2022, terwijl de trend fundamenteel naar beneden zou moeten buigen om de Parijs doelstellingen te halen.¹⁰ De doelstelling van Parijs

van maximaal 1,5°C temperatuur stijging lijkt buiten beeld te raken. Wanneer deze trend in de komende jaren niet significant wordt omgebogen zullen in de toekomst steeds meer draconische ingrepen nodig zijn om de opwarming van de aarde binnen aanvaardbare grenzen te houden. De gecombineerde huidige doelstellingen van landen zijn bij lange na niet genoeg om binnen de 1,5°C te blijven, en deze doelstellingen worden ook nog onvoldoende uitgevoerd.¹¹ Regeringsleiders die tijdens het schrijven van deze bijdrage in Dubai bijeen zijn voor de COP28 moeten ingrijpende aanvullende maatregelen nemen om in de buurt te blijven van de oorspronkelijke doelstellingen van Parijs.

Veel van de werkelijke uitstootbeperkingen zullen moeten worden gerealiseerd door ondernemingen die hun productieprocessen zullen moeten aanpassen en hun afhankelijkheid van fossiele energie zullen moeten beëindigen. Zelfs als regeringsleiders erin slagen op een hoog abstract niveau scherpere doelstellingen te formuleren die de huidige trend daadwerkelijk en tijdig zouden ombuigen, dan nog zal lang onduidelijk blijven wat dit precies vraagt van individuele ondernemingen. De verantwoordelijkheid die de Corporate Governance Code, de CSRD en de ontwerp CSDD richtlijn van ondernemingen ook nu reeds vragen is een redelijkerwijs van hen te verwachten bijdrage te leveren aan de reductie van CO₂ emissies, ieder in de context van hun eigen sector en industrie. De Shell-uitspraak van de rechtbank Den Haag is een voorbeeld van wat een rechter in deze verwacht van een olieproducent.¹² Dit creëert voor ondernemingen grote complexe uitdagingen die samenhangen met de noodzaak tot technologische innovaties die deels nog buiten zicht zijn, tot aanpassingen van infrastructurele inrichtingen die grote investeringen zullen vragen en tot aanpassing van economische structuren. Deze kunnen ook grote gevolgen hebben voor onze manieren van (samen)leven. Het nemen van verantwoordelijkheid door ondernemingen roept daardoor onvermijdelijk ook psychosociale weerstand op bij hun leiders en medewerkers. Ik wil hier wijzen op twee psychosociale aspecten die in de werkelijkheid van het nemen van maatschappelijke verantwoordelijkheid door en binnen ondernemingen van groot belang zijn: het verschil tussen Keuze en Beslissing en de angst om te leren en overlevingsangst.

8. Jaap Winter, De politieke en open vennootschap, in: Corporate Governance en het maatschappelijk belang, preadvies Koninklijke Vereniging voor de Staaithuis-kunde 2022, p. 37-43. Zie <https://kvswb.nl/wp-content/uploads/2022/11/PREADVIEZEN-2022.pdf>.

9. Bruno Ferreira, Manuel Sequeira, Business Judgement Rule as a Safeguard for ESG Minded Directors and a Warning for Others, in: Paulo Camara, Filipe Morais, The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance, Palgrave 2021, p. 267-286

10. Zie het rapport van de International Energy Agency CO₂ Emissions in 2022, <https://www.iea.org/reports/co2-emissions-in-2022>.

11. Zie het Elevate rapport Assessing the Gap: Annual Net-Zero Report 2023, <https://www.elevate-climate.org/annual-net-zero-report-2023>, zie ook Planbureau voor de Leefomgeving, nieuwsbericht van 4 december 2023 nav het Elevate rapport waarin wordt gemeld dat wanneer we alleen kijken naar alle daadwerkelijke geïmplementeerde beleid, er nog steeds een overschot aan CO₂ uitstoot is die gelijk is dan ongeveer 2/3 van de huidige wereldwijde jaarlijkse uitstoot van broeikasgasen, <https://www.pbl.nl/en/news/2023/sizeable-global-emissions-gap-in-2050-remains-for-net-zero-pledges>.

12. Rechtbank Den Haag 25-05-2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

a. Keuze en Beslissing

Insead hoogleraar Subramaniam Rangan maakt een verhelderend verschil tussen Keuze en Beslissing indien de samenleving ondernemingen niet alleen vraagt financieel inkomen te genereren maar ook bij te dragen aan het goede in de samenleving.¹³ Beslissing gaat over informatie en waarheid, Keuze over identiteit en waarde. Waarheid is een ontdekking, het goede doen is een Keuze. Die Keuze ligt dicht bij de eigen identiteit, bij de waarden die we hantieren om morele keuzes te maken. Ondernemingen en hun leiders zijn gewend beslissingen te nemen, gebaseerd op feiten en ontdekte rationaliteiten. Maar om bij te dragen aan vooruitgang in de samenleving moeten zij keuzes maken op een dieper niveau, een persoonlijker, menselijker niveau. Dat niveau werd voor mij persoonlijk voelbaar toen ik jaren geleden door een van mijn kinderen erop werd aangesproken dat mijn generatie een geweldige klimaatramp heeft veroorzaakt. “Wat ga jij daar nog aan doen pap? Of laat je het oplossen van de problemen aan ons die daarvoor een veel hogere prijs zullen moeten betalen?” Dichterbij komt het niet. Aan dit menselijke beroep wil en kun je je menselijkerwijs ook niet onttrekken. Bestuurders en commissarissen zijn ook mensen. Zij willen, de meesten in ieder geval, het goede voor hun kinderen en kleinkinderen, willen voor hen een wereld die gezonder, veiliger en rechtvaardiger is.¹⁴ Werkelijk maatschappelijk verantwoordelijk handelen vraagt van leiders dat zij ook in hun rol als bestuurders en commissarissen op menselijk niveaus keuzes maken en hun menselijkheid niet reserveren voor de privé-sfeer. Ondernemingsbeslissingen zullen anders worden als bestuurders en commissarissen op een menselijk niveau verbinding maken met een gevoel van verantwoordelijkheid voor de toekomst van hun kinderen en van de levende wereld in bredere zin en zich daarop durven te laten aanspreken. Dat laatste is meer een kwestie van karakter dan van competentie zegt Rangan. Natuurlijk zijn competenties, vaardigheden, beslissingen nodig om op een succesvolle manier keuzes tot uitvoering te brengen. Maar zonder die waarden gedreven menselijke keuzes zullen bedrijven er niet in slagen werkelijk bij te dragen aan vooruitgang in de wereld. Dit vraagt een omslag in de boardroom, om andere, menselijker conversaties die raken aan de identiteit van bestuurders en commissarissen, hun waarden en de keuzes waarvoor zij willen gaan staan.

Een Keuze om maatschappelijke verantwoordelijkheid te willen nemen houdt de keuze in om daarover verantwoording af te willen leggen. Die verantwoording begint met het helder maken wat de onderneming als haar verantwoordelijkheid ziet, waar

zij voor staat. Zo kent het Integrity Report van de UN High Level Expert Group on the Net Zero Emissions Commitments of Non-State Entities (2022) als eerste aanbeveling dat leiders van ondernemingen een ‘*net zero pledge*’ moeten afleggen die een billijke bijdrage levert aan de noodzakelijke wereldwijde klimaat inspanningen.¹⁵ Het rapport doet verdere aanbevelingen voor de maatregelen die ondernemingen moeten nemen om de net zero belofte concreet te maken en de voortgang toetsbaar te maken. Het rapport levert zo een bijdrage aan het tegengaan van *greenwashing*, mooie woorden die niet of nauwelijks of alleen voorwaardelijk in de praktijk worden gebracht. Een net zero belofte die niet werkelijk gebaseerd is op een Keuze om verantwoordelijkheid te willen nemen om een billijke bijdrage te leveren aan reductie van CO2 emissies leidt al snel tot green washing. Een net zero belofte gebaseerd op een echte Keuze om verantwoordelijkheid te willen nemen beschrijft niet een toekomst die je nu eenmaal mag verwachten op basis van de werkelijkheid vandaag, de default future, maar een buitengewone toekomst die je wilt veroorzaken. Dat vraagt taal die de toekomst genereert, *future based language* zoals Zaffron en Logan dat noemen.¹⁶ Die taal geeft energie en inspireert om in het handelen van vandaag en morgen stappen te zetten. De toekomst bepaalt zo het nemen van verantwoordelijkheid vandaag. Een krachtig publiek voorbeeld is het “I have a dream” van Martin Luther King Jr., waarmee hij een normaliter te verwachten toekomst van raciale segregatie verving door een nieuwe, buitengewone toekomst waarin alle mensen gelijk worden behandeld.

Keuze en Beslissing komen in de praktijk bij elkaar door het vereiste van dubbele materialiteit in de CSRD. De CSRD bepaalt in art. 19 bis lid 1 dat de ondernemingen waarop de richtlijn van toepassing is informatie opnemen in het bestuursverslag die nodig is om inzicht te krijgen in de effecten van de onderneming op duurzaamheidskwesties, maar ook informatie die nodig is om te begrijpen hoe duurzaamheidskwestie van invloed zijn op de ontwikkeling, de prestaties en de positie van de onderneming zelf. De gevolgen van klimaatverandering raken niet alleen anderen in de samenleving maar kunnen de onderneming zelf ook raken. Zicht krijgen op de gevolgen van klimaatverandering op de onderneming vanuit risico-management perspectief zou men een benadering op het niveau van Beslissing kunnen noemen. Wanneer alleen een risico-management benadering zou worden gevolgd, op het niveau van Beslissing, ontstaat het risico dat de onderneming uitsluitend zichzelf beschermt tegen de gevolgen van klimaatverandering, zonder de nodige maatregelen te nemen die van haar redelijkerwijs mogen worden verwacht om de gevolgen voor de samenleving in brede zin te mitigeren. Dat lijkt de praktijk te zijn geweest

13. Subramaniam Rangan, 3 Secrets for integrating income and impact, zie <https://www.youtube.com/watch?v=QbfrxxOhh9s>.

14. Paul Polman, Andrew Winston, Net Positive. How courageous companies thrive by giving more than they take. Harvard Business Press Review, 2021, p. 47.

15. Integrity Matters, https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/high_level_expert_group_n7b.pdf.

16. Steve Zaffron, Dave Logan, The three laws of performance, Jossey-Bass 2009, p.

van oliemaatschappijen die in de jaren 70 en 80 in de vorige eeuw reeds de opwarming van de aarde door fossiele brandstoffen voorspelden maar enkel door een risico-lens bleven kijken naar wat de implicaties voor de olie-industrie zijn.¹⁷ Met de dubbele materialiteit vraagt de CSRD ook inzicht te geven in de effecten die de onderneming op duurzaamheidskwesaties heeft, dat wil zeggen op de opwarming van de aarde en de effecten daarvan voor derden.¹⁸ Dit veronderstelt juist het willen nemen van een verantwoordelijkheid door ondernemingen voor de gevolgen van hun handelen in de samenleving en niet slechts handelen vanuit welbegrepen eigen belang.

b. *Learning anxiety en survival anxiety*

De felle weerstand van het bedrijfsleven tegen het expliciet maken van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen doet vermoeden dat er een diepere, psychosociale bron voor die weerstand is. Het door Edgar Schein ontwikkelde begrip *learning anxiety* duidt op wat een bron van die weerstand kan zijn.¹⁹ De transitie die nodig is om in de bedrijfsprocessen planetaire grenzen in acht te nemen veroorzaakt veel onzekerheden. De organisatie veranderen om CO2 emissies tegen te gaan vraagt allereerst het loslaten van bestaande manieren van productie en distributie en daarmee van manieren van doen en denken, om *af te leren* waar organisaties en mensen goed in zijn geworden. Daarna moeten nieuwe praktijken worden *aangeleerd* waar mensen nog geen ervaring mee hebben. Zij weten niet bij voorbaat zeker dat zij daar ook competent in zullen worden of dat de onderneming ook zo succesvol zal worden. De combinatie van afleren en aanleren genereert gevoelens van angst, zoals de angst van tijdelijke incompetentie, de angst voor bestraffing van incompetentie, de angst voor verlies van identiteit en de angst voor het niet meer deel uitmaken van de groep. De combinatie van deze angsten kan leiden tot verschillende vormen van weerstand, zoals ontkenning van de noodzaak tot veranderen, het zoeken van zondebokken en duiken en onderhandelen over financiële steun bij de verandering. Zowel de leiders van organisatie als de medewerkers zullen in meer of mindere mate *learning anxiety* ervaren die weerstand opwekt tegen het nemen van meer maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Schein legt uit dat *learning anxiety* over het algemeen alleen wordt overwonnen als de *survival anxiety* nog hoger is: we moeten veranderen anders komt ons bestaan in gevaar. Je zou zeggen dat alles wat we nu weten over klimaatverandering ons een enorme *survival anxiety* zou moeten geven. Voor een deel

van de samenleving is dat ook zo, en dat deel komt in actie tegen een overheid en tegen ondernemingen die naar hun oordeel niet voldoende in actie komen. Voor een ander deel veroorzaakt de angst voor de gevolgen van klimaatverandering juist de tegenovergestelde reactie van klimaat-fatalisme. Een gevoel dat echte noodzakelijke aanpassing toch niet mogelijk is of gerealiseerd zal worden. Een mooi voorbeeld is het tergende essay van Jonathan Franzen in *The New Yorker* in 2019: *What if we stopped pretending?*²⁰ Deze vorm van angst verlamt juist, leidt tot het vermijden van het onderwerp.²¹ Het creëert een paradox: geconfronteerd met een gedeelde wereldwijde bedreiging van grote omvang, ervaren we een ondermijnende angst die ons vermogen tot handelen verzwakt.²² Schein legt uit dat hetzelfde gebeurt als leiders de druk van *survival* (van de organisatie, van jou in je werk) verhogen als reactie op de gevoelde *learning anxiety*. Dit leidt alleen maar tot meer weerstand tegen verandering. Leiders ervaren zelf ook verlammende *survival anxiety* als zij zich voorstellen dat het geen zin heeft maatregelen te nemen als de rest van de wereld het niet doet. Het is niet onbegrijpelijk dat zij zich machteloos voelen en fatalistisch worden als politieke (wereld)leiders geen duidelijke richting geven voor de samenleving als geheel en voor ondernemingen een level playing field voor klimaatinspanningen creëren. Het is goed om te zien dat die politieke leiders geen magische helpers zijn, maar ook maar mensen die in hun verantwoordelijkheden worden geconfronteerd met *learning anxiety* en *survival anxiety*.

Hoe dan wel? Wat moeten ondernemingsleiders doen, gevangen tussen *learning anxiety* en *survival anxiety* en zonder oplossingen die door politieke macht van buiten worden aangereikt? Ik kom toch weer uit op onze eigen Keuze, op onze intrinsieke motivatie om een billijke bijdrage te leveren. Het zal uit ons zelf moeten komen, uit ons begrip van onze eigen identiteit en waarden, waar we voor willen staan, waar we verantwoordelijkheid voor willen nemen. Sommigen zullen dit gevoel van identiteit baseren op een onderliggend, Kantiaans gevoel van

17. Zie bijv het Greenhouse Effect Report van Shell uit 1988 <https://www.climatefiles.com/shell/1988-shell-report-greenhouse/> Zie ook het Glaser Memo to Exxon Management uit 1982 <https://www.climatefiles.com/exxonmobil/1982-memo-to-exxon-management-about-co2-greenhouse-effect/>

18. Zie art. 19 bis (2) (iv)

19. Edgar H. Schein, *Organizational Culture and Leadership*, Jossey-Bass 2004, p. 319-336.

20. Jonathan Franzen, *What if we stopped pretending? The climate apocalypse is coming. To prepare for it, we need to admit that we can't prevent it.* *The New Yorker*, September 8, 2019, <https://www.newyorker.com/culture/culture-comment/what-if-we-stopped-pretending?>

21. <https://bpr.berkeley.edu/2022/01/11/climate-change-fatality-the-nail-in-the-coffin-for-a-dying-planet/>.

22. Dan Taylor, *Climate anxiety, fatalism and the capacity to act*, H 9 in: Christopher Watkin and Oliver Davis (eds) *New Interdisciplinary Perspectives On and Beyond Autonomy*, Routledge 2023, p. 150-164.

universele plicht.²³ Als ik het voor mij zelf probeer te analyseren is nog belangrijker de overtuiging dat als wij ons werkelijk committeren aan een taak die overweldigend lijkt, ondanks de angst die daarmee gepaard gaat, wij maximaal onze menselijke vermogens kunnen aanspreken om die uit te voeren. John F. Kennedy legde in 1962 uit waarom de VS voor het einde van het decennium een man op de maan wilden laten landen: "... not because [it is] easy but because [it is] hard; because that goal will serve to organise and measure the best of our energies and our skills; because that challenge is one that we are willing to accept, one we are unwilling to postpone, and one we intend to win...". Wij zullen ons voorstellingsvermogen en onze creativiteit, onze vermogens om moedig te zijn en volhardend te zijn veel beter aanspreken wanneer we ervoor kiezen onze bijdrage aan het oplossen van de uitdaging te leveren. Zonder deze Keuze zullen onze angsten, onze weerstand, onze rationalisaties en cognitieve dissonanties over afhankelijk zijn van derden ons beletten om tenminste zo ver mogelijk te komen. Zij maken dat wij niet vrij zijn om te handelen.²⁴

Schein geeft een handreiking aan leiders van organisaties voor het verminderen van learning anxiety. De uitdaging is de learning anxiety te verminderen door het gevoel van psychologische veiligheid om te leren te versterken. Dit vraagt van leiders dat zij onder andere een overtuigende positieve visie formuleren die de verandering teweeg brengt. Het concept van future based language kan daarbij helpen, taal die de toekomst die we willen naar het heden brengt. Leiders moet daarnaast ruimte bieden voor leren en trainen, zelf positieve rolmodellen zijn en belonings- en ontwikkelingsprocessen inrichten die de verandering ondersteunen.²⁵ Een aspect voeg ik daar nog aan toe. Klimaatverandering vraagt om ingrijpende transitie in de samenleving. De veranderingen die nodig zijn om werkelijk binnen de Parijsdoelstellingen te blijven kunnen niet in heel korte tijd worden gerealiseerd. Het IPCC heeft transitiepaden uitgestippeld die de wereld binnen een 1,5°C temperatuurstijging houden.²⁶ Per sector zijn vergelijkbare analyses gemaakt.²⁷ Transitiepaden beginnen

met eerste stappen waarvan we kunnen leren om verder te kunnen komen. Deze transitiepaden bieden een zeker kompas en houvast voor ondernemingen in specifieke sectoren over wat van hen mag worden verwacht als billijke bijdrage aan het noodzakelijke mitigeren van klimaatverandering. Dit kan ook de druk van klimaatangst en -fatalisme verlichten: er zijn mogelijkheden tot verandering. Wel is duidelijk dat handelen, eerste stappen op korte termijn noodzakelijk zijn willen transitiepaden realistisch blijven. Het CO2 budget voor de wereld om binnen 1,5°C temperatuurstijging te blijven raakt snel op. Wij kunnen de Keuze om ons billijke aandeel bij te dragen aan het mitigeren van CO2 uitstoot niet langer uitstellen.

3. De maatschappelijke raad

Elders heb ik aangegeven hoe de maatschappelijke rol van ondernemingen in de corporate governance kan worden verankerd.²⁸ Met anderen heb ik gepleit voor het instellen door ondernemingen van een maatschappelijke raad.²⁹ De instelling van een maatschappelijke raad kan de verantwoording van de onderneming over de impact die zij heeft in de samenleving versterken. De maatschappelijke raad kan bijdragen aan een evenwichtiger corporate governance regime, als tegenwicht tegen de aandeelhoudersvergadering waarin alleen de aandeelhouders als principaal zeggenschap kunnen uitoefenen binnen de vennootschap. De maatschappelijke raad kan adviesrecht worden gegeven over alle voorgenomen besluiten die maatschappelijke impact hebben. Aan de maatschappelijke raad kunnen bestuur en raad van commissarissen verantwoording afleggen over bijvoorbeeld de rapportages over duurzaamheidskwesities die zij op grond van de CSRD moeten publiceren. Wij bepleiten dat de instelling van een maatschappelijke raad als best practice in de Corporate Governance Code wordt opgenomen om daarmee te kunnen experimenteren en leren alvorens het instellen daarvan wettelijk verplicht te stellen. De in 2022 gewijzigde Code houdt zich op dit punt echter op de vlakte. Zij gaat niet verder dan in best practice bepaling 1.1.5 te bepalen dat beursvennootschappen een beleid op hoofdlijnen hebben voor een effectieve dialoog met stakeholders.

Instelling van een maatschappelijke raad raakt aan de thema's verantwoordelijkheid en keuze. Verantwoordelijkheid nemen begint met verantwoording willen en kunnen geven voor het eigen handelen zei

23. Zie Dan Taylor, a.w. p. 157-159. Een mooie variant op de uit de pure ratio voortkomende universele plicht, is het concept van duty ontwikkeld door Francis Bradley. Bradley ziet als de basis voor het morele handelen van een mens de zelf-realisatie van ieder mens als lid van de samenleving. Alleen in en door de gemeenschap met anderen kan de mens zich realiseren, door zijn rol in de samenleving. "We have found ourselves, when we have found our station and its duties, our function as an organ in the social organism." F.H. Bradley, *Ethical Studies*, first printed 1876, Oxford University Press 2006, p. 163.
24. Zie ook Erich Fromm, *De angst voor vrijheid*, Erven J. Bijleveld, 2016, p. 152 e.v.
25. Schein, a.w. nt 18, p. 332-333.
26. Zie bijv. Riahi, Schaeffer (coordinating lead authors, *Mitigation Pathways Compatible with Long-Term Goals*, als onderdeel van zesde Assessment Report van de IPPC, maart 2023, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_Chapter03.pdf.
27. Zie bij voorbeeld *Sectoral Pathways to Net Zero Emission*, the Institute for Sustainable Futures, 2020, <https://unpri.org/download?ac=12245>.

28. Jaap Winter, *Addressing the Crisis of the Modern Corporation: The Duty of Societal Responsibility of Directors*, <https://ssrn.com/abstract=3574681>, en Jaap Winter, *Towards a Duty of Societal Responsibility of the Board*, *European Company Law* vol 17, iss 5, December 2020, p. 192-200.
29. J.W. Winter, J.M. de Jongh, J.B.S. Hijink, L. Timmerman, G. van Solinge, *Naar een maatschappelijke zorgplicht voor bestuurders en commissarissen*, *Ondernemingsrecht* 2021/6, p.36.

ik eerder. Antwoord willen en kunnen geven op de vraag hoe de onderneming en haar bestuurders en commissarissen met de externe gevolgen van het handelen van de onderneming rekening hebben gehouden. Verantwoording hangt samen met Keuze gebaseerd op identiteit en waarden. Als de Keuze is om breder verantwoordelijkheid te willen nemen, dan past daarbij ook een breder publiek waaraan verantwoording wordt afgelegd dan alleen aandeelhouders, nl een publiek dat samengesteld is uit degenen die de impact van de onderneming ervaren of uit vertegenwoordigers van die belanghebbenden. En dat maakt nogal iets uit. Een dialoog met aandeelhouders die mogelijkerwijs en marge nog vragen hebben of zorgen uitspreken over aspecten van duurzaamheid, verloopt anders dan een dialoog met een groep breed samengestelde belanghebbenden of hun vertegenwoordigers die verschillende duurzaamheidsaspecten zelf ervaren of daarvoor opkomen. Verantwoorden, antwoord geven, is niet een eenzijdig handelen. Degene die verantwoordt, antwoordt op de vraag van een ander. De mate van acceptatie van het antwoord door de ander bepaalt het vervolg van de dialoog. Dat zal in een maatschappelijk raad anders zijn dan in een aandeelhoudersvergadering. Een dialoog met een bredere groep stakeholders zal ook een andere, inter-menselijke impact hebben op bestuurders en commissarissen die antwoord geven op vragen die hun gesteld worden. Het niet tevreden zijn met een antwoord doet iets met degene die zich verantwoordt. In positieve zin leidt dit tot een wederzijdse reflectie op vraag en antwoord. In de maatschappelijke raad wordt verantwoordt een wederkerig proces. Als gevolg daarvan zullen ook de Keuze zelf die bestuurders en commissarissen maken en de gevolgen die de Keuze heeft of zou moeten hebben worden beïnvloed.

De maatschappelijke raad geeft bestuurders en commissarissen de gelegenheid de dilemma's die gepaard gaan met de Keuze bespreekbaar te maken. Een Keuze om bredere verantwoordelijkheid te willen nemen voor de gevolgen van het handelen van de onderneming in de samenleving leidt niet automatisch tot gemakkelijke of vanzelfsprekende antwoorden en evenmin tot snelle overeenstemming met belanghebbenden over wat gedaan moet worden. De onzekerheden en dilemma's die samenhangen met het leveren van een billijke bijdrage aan het mitigeren van CO2 emissies veroorzaken nu juist de angst die ons handelen bemoeilijkt. Het helder maken van de dilemma's en onzekerheden kan bijdragen aan begrip over richting en snelheid van aanpassingen bij de verschillende belanghebbenden. Werkelijk verantwoording afleggen over de gevolgen van het handelen van de onderneming in de samenleving, de mogelijkheden tot aanpassing en het transitiepad zal ook het perspectief van belanghebbenden beïnvloeden. Belanghebbenden krijgen bovendien inzichten in hoe andere (categorieën) belanghebbenden de impact van de onderneming ervaren en zouden willen zien. Ook dat beïnvloedt het perspectief.

Sommigen zullen zeggen dat het nogal naïef is te

veronderstellen dat een dialoog in een maatschappelijke raad tot dergelijke positieve uitkomsten zal leiden. Een dialoog in een maatschappelijke raad zal lang niet altijd gemakkelijk zijn, noch voor bestuurders en commissarissen, noch voor verschillende belanghebbenden. Maar om nog eens de woorden van Kennedy te parafaseren: de reden voor het instellen van een maatschappelijke raad is niet dat het gemakkelijk is, maar dat het antwoord geven over de gevolgen van het ondernemingshandelen aan belanghebbenden bij die gevolgen en de dialoog met hen daarover het beste van onze kwaliteiten in ons naar boven kan halen. Noem het naïef, ik noem dat noodzakelijk om de uitdagingen waarvoor we ons gesteld zien aan te kunnen gaan. Dat is wat verantwoordelijkheid nemen vraagt en inhoudt.

The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive

Practical insights into value chain due diligence and risk management

L. Elshof LL.M.¹

In February 2022, the European Commission presented a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD). The CSDDD is part of the broader transition of the European Union (EU) into a climate-neutral, resource-efficient and circular economy under the European Green Deal. The CSDDD seeks to integrate sustainability considerations into corporate governance in order to foster sustainable and responsible corporate behaviour. For the first time in the EU, cross-sector value chain compliance with human rights and environmental protection will become mandatory once the CSDDD enters into force. From 2024 onward, sustainability due diligence will play a more prominent role in corporate compliance and risk management. Companies will accordingly need appropriate counsel to help them navigate the corporate sustainability regulatory environment. Companies will have to set up new or update current due diligence mechanisms and map out and continuously monitor their value chains in order to satisfy the requirements of the CSDDD. The proposed text remains quite abstract as to how companies are expected to comply with the CSDDD. This article will provide a detailed summary of the scope and content of the proposal. Furthermore, it will present practical insights into how companies can best engage in value chain management under the CSDDD. Last, this article will raise an important yet overlooked practicality of the CSDDD: the due diligence collaborations that are expected from companies in the context of the CSDDD will likely raise intricate questions under the prohibition on anti-competitive agreements of EU competition policy. Likewise, the sharing of information in the context of the CSDDD may be equally problematic from the perspective of EU competition policy.

1. Introduction

The EU is determined to deliver on the UN Sustainable Development Goals (UNSDGs)² and to make Europe the first climate-neutral continent under the European Green Deal.³ The European Green Deal recognises that the connection of the EU economy to other parts of the world comes with a responsibility to make sure that standards on human rights and environmental protection are guaranteed beyond EU territory.⁴ This sentiment is shared by many institutions, industry organisations and a majority of civil society in the EU. France and Germany have recently introduced national mandatory human rights

value chain due diligence along with the UK, Norway and Switzerland.⁵ The European Parliament and the Council of the EU (Council) have in a similar spirit repeatedly called upon the European Commission to propose an EU-wide regime on cross-sector sustainability due diligence.

In February 2022, the European Commission responded to these calls for action and presented a landmark proposal for the CSDDD. This proposal sets out “obligations for companies regarding actual and potential human rights adverse impacts and environmental adverse impacts, with respect to their own operations, the operations of their subsidiaries, and the value chain operations carried out by entities with whom the company has an established business relationship”.⁶ The “adverse impacts” that must be addressed under the CSDDD are those impacts on the environment or protected persons that result from violation of one of the rights and prohibitions pursuant to the international agreements and

1. Lois Elshof is an LL.M. graduate in European Union Law at the University of Amsterdam.

2. The UNSDGs are available at: <https://sdgs.un.org/goals>

3. European Commission, ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Green Deal’ (EUGD), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM>

4. European Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (CSDDD), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX>

5. See the French Corporate Duty of Vigilance Law (*Loi de Vigilance*) and the German Supply Chain Due Diligence Act (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*).

6. CSDDD (n. 4), Article 1 (1) (a).

conventions that are annexed to the CSDDD. The CSDDD is premised upon international (voluntary) standards on responsible business conduct, such as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights⁷ and guidance issued by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Such guidance includes the OECD Guidelines for Multinational Enterprises⁸, the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct⁹ and OECD sector-specific due diligence guidance.¹⁰

The European Parliament and the Council have separately agreed on their positions on scope and content, and the CSDDD has entered its final phase. The interinstitutional negotiations (trilogues) started this summer and are expected to be completed in early 2024. The Member States will be granted a transposition period of two years to implement the CSDDD, and the national implementing provisions will become applicable to companies expectedly from 2027 or 2028 onward. The specific phase-in period will vary per company and will depend on size. The different phase-in periods intend to enable medium-sized companies to benefit from the procedures, industry cooperations, technological developments and standards prompted by larger companies as part of their compliance with the CSDDD.¹¹

The proposal remains quite abstract as to how companies are to comply with the CSDDD. International standards, including those by the UN and OECD, provide more detailed guidance in that respect. This article will provide a detailed summary of the CSDDD. Furthermore, it will present practical insights into how companies can best engage in value chain management under the CSDDD. These insights are based on current international standards on responsible business conduct. Last, this article will raise the upcoming conflict between the CSDDD and EU competition policy. The collaborations for due diligence purposes under the CSDDD will likely raise intricate questions under the prohibition on anti-competitive agreements under Article 101 (1) Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). Likewise, the sharing of information in the context of the CSDDD may also be problematic under Article 101 (1) TFEU. This

relationship has not yet been explored but will constitute an important consideration for companies in shaping their compliance with the CSDDD. This article will use the proposal of the European Commission as a starting point and, considering the recently adopted positions by the European Parliament and the Council, reference will be made to their proposed amendments where appropriate.

2. The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive

2.1. Background

The CSDDD will complement the current regulatory environment on sustainable corporate governance and value chain due diligence in the EU. Existing EU rules on sustainable corporate governance relate mostly to reporting and disclosure requirements under the new Corporate Sustainability Reporting Directive¹², the Sustainable Finance Disclosure Regulation¹³ and the EU Taxonomy Regulation¹⁴. These reporting and disclosure requirements are accompanied by mandatory sector-specific due diligence, including the Conflict Minerals Regulation¹⁵ and the Deforestation-Free Products Regulation¹⁶. However, the impact of reporting and disclosure requirements, mandatory sector-specific due diligence and voluntary compliance to international standards on corporate behaviour proved to have limited effect.¹⁷ In response, some Member States and European countries have introduced or advocated for national

-
7. UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework (2011), available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf
 8. OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (2023), available at: <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>
 9. OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (2018), available at: <https://mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>
 10. The OECD developed sectoral guidance in order to promote the effective observance of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. See the list of sectoral guidance documents at: <http://mneguidelines.oecd.org/sectors/>.
 11. CSDDD (n. 4), p. 15.

-
12. Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting.
 13. Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability related disclosures in the financial services sector.
 14. Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088.
 15. Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas.
 16. Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010.
 17. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés, F., Salinier, C., Deringer, H. et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain – Final report*, Publications Office 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>, pp. 218 and 226; Claire Bright and others, 'Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?', *Business and Politics* 2020, vol. 22 (4), p. 684.

cross-sector value chain due diligence.¹⁸ However, the increasing number of national attempts to regulate corporate sustainability may undermine legal certainty for companies that operate in the EU.¹⁹ Fragmented due diligence requirements that differ in terms of scope and content and per sector, company size and country are similarly liable to distort competition between companies in the EU.²⁰ The CSDDD is designed to restore the level playing field for companies that operate in the EU by means of a single and harmonised EU-wide standard on cross-sector value chain due diligence.

2.2. Personal scope

The CSDDD is expected to cover about 13,000 EU companies (companies incorporated in the EU) and 4,000 non-EU companies (companies incorporated in a third country). To put it simple, EU and non-EU companies can be divided into two groups based upon their size.²¹ Group 1 covers EU companies that have more than 500 employees and a net *worldwide* turnover of more than EUR 150 million, and non-EU companies with a net *EU-based* turnover of more than EUR 150 million. Group 2 covers those companies that do not meet the threshold criteria of Group 1 but that do meet the threshold criteria specified below, and that operate in specific sectors where adverse impacts are salient. For Group 2, EU companies must have more than 250 employees and a net *worldwide* turnover of more than EUR 40 million provided that at least 50 per cent of this turnover was generated in one or more so-called “high impact sectors”. Likewise, non-EU companies must have a net *EU-based* turnover between EUR 40 and 150 million of which at least 50 per cent was generated in one or more high impact sectors. Mind that non-EU companies are not subject to an employee threshold. The selection of sectors where adverse impacts are most likely to occur is based on sectoral guidance of the OECD.²² These sectors include amongst others: the manufacture of textiles, leather and related products; the wholesale trade of textiles, clothing and footwear; agriculture, fisheries and the food industry; and the extraction of mineral resources and their wholesale.²³ It should be mentioned that the European Parliament has proposed to significantly lower the threshold criteria, meaning that more companies may ultimately fall within the scope of the CSDDD. The trilogues will determine the

final criteria, but companies that fulfil the aforementioned threshold criteria of either Group 1 or Group 2 will definitely be captured.

Though 99 per cent of EU companies are small- and medium-sized enterprises (SMEs), this category will not be covered by the CSDDD.²⁴ However, many SMEs are part of the value chains of companies falling into Group 1 or Group 2. This means that SMEs could be indirectly exposed to the requirements of the CSDDD as they must comply in their capacity of a contractor or subcontractor. Companies subject to the CSDDD will be required to provide “targeted and proportionate support” to SMEs in case the required compliance would jeopardise the viability of the SME.²⁵ For example, if SMEs need financial support to implement the required human rights or environmental standard, the CSDDD expects companies to assist them in securing the required financing. Technical guidance (for example in the form of training) and the upgrading of management systems are also considered appropriate forms of support.²⁶ Furthermore, companies subject to the CSDDD should use fair, reasonable, non-discriminatory (FRAND) and proportionate terms of contract when obtaining contractual assurances from the SME.²⁷ For one, the CSDDD expects companies that seek to verify SMEs’ compliance by means of independent third-party verification to bear the costs thereof.²⁸ SMEs can also expect financial and administrative support from Member States that should help them build the capacity to (indirectly) comply with the CSDDD. Last, the question of whether the CSDDD will apply to the financial sector is still subject to debate. The European Commission and European Parliament have proposed to include financial institutions that meet the threshold criteria of Group 1 or Group 2, but the Council would like to leave it up to each Member State to decide on the applicability of the CSDDD to the financial sector.

2.3. Material scope

Businesses will face a difficult challenge under the CSDDD given that they are not only required to monitor their own business operations, but also those of its subsidiaries and any other entity with whom the company has a business relationship. Both the European Parliament and the Council have abandoned the concept of an “established business relationship” as initially proposed by the European Commission. The European Commission assumed that it would be easier to exercise appropriate leverage over business relationships that are lasting and that do not represent a negligible or ancillary part of the value chain. Hence, the concept was included in order to

18. For example, in addition to France and Germany, see the Dutch Responsible and Sustainable Business Conduct Bill (*Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen*).

19. CSDDD (n. 4), Recital 71.

20. European Commission (n. 17), p. 238; EUGD (n. 3), Explanatory Memorandum p. 11.

21. CSDDD (n. 4), Article 2 (1) and (2).

22. See the list of OECD sectoral guidance documents at: <http://mneguidelines.oecd.org/sectors/>.

23. CSDDD (n. 4), Article 2 (1) (b) (i)-(iii).

24. *Ibid*, p. 14.

25. *Ibid*, Articles 7 (2) (d) and 8 (3) (e).

26. *Ibid*, Recital 34.

27. *Ibid*, Article 8 (5).

28. *Ibid*, Article 7 (4).

make the due diligence obligations more manageable. However, this concept has been criticized for incentivizing short-term and temporary contracts that are generally not conducive to the social and environmental standards that the CSDDD intends to uphold. The European Parliament and the Council seem to stick to the broader concepts of “business relationship” and “business partner”, which will be used interchangeable in the final text of the CSDDD.

The business relationship can be immediate or distant as the CSDDD will require due diligence on *direct* business relationships (with whom the company has a commercial agreement or to whom the company provides financing, insurance or reinsurance) and *indirect* business relationships (whom are not direct business relationships but perform other business activities related to the operations, products or services of the company).²⁹ Both upstream and downstream business relationships will be captured by the CSDDD. The European Commission initially proposed a broad material scope that would also capture the use of the product by the individual consumer. However, both the European Parliament and the Council have proposed to limit the downstream relationships to those that carry out activities for or on behalf of the company (thereby excluding individual consumers) and that relate to the distribution, transport, storage and disposal of the product, and subsequent waste management. In sum, the operations to be captured by the CSDDD will cover those of upstream direct and indirect business relationships that are involved in the production, design, extraction, manufacture, transport, storage, supply and development of the product, and those of downstream direct and indirect business relationships that are involved in the distribution, transport, storage and disposal of the product, and waste management.

The CSDDD does not provide specific guidance as to how it applies to situations of partnership, such as when a company subject to the CSDDD participates in a joint venture (JV). Based on a literal reading of the CSDDD, it seems that a partnership that is involved in one of the aforementioned upstream or downstream channels could be considered either a contractor or subcontractor, similar to any other business relationship. Furthermore, depending on how the partnership is structured, it could be qualified as a “subsidiary” under the CSDDD. That is the case if it can be considered a “controlled undertaking” in the sense of Article 2(1) point (f) of Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council,

which requires that the company subject to the CSDDD must have dominant influence or control.³⁰

2.4. Human rights and environmental due diligence

The due diligence obligations set out in the CSDDD are based upon the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Conduct. The CSDDD will accordingly require companies to integrate value chain due diligence into all their corporate policies and to take “appropriate measures” to identify, prevent and mitigate *potential* adverse impacts and end and remediate *actual* adverse impacts on human rights and the environment. The measures that are expected from companies should be appropriate for due diligence purposes and proportional to the severity and likelihood of the impact, but must also be reasonably available to the company. Factors such as the circumstances of the specific case, the characteristics of the economic sector, the business relationship at hand and the company’s influence on that relationship, are important factors in determining whether a specific measure can be considered appropriate under the CSDDD.³¹ The company’s influence over a business relationship includes its ability to *persuade* that relationship – for example by means of its ownership, factual control, or market power – and the degree of *leverage* that it can reasonably exercise over that relationship – for example by cooperating with that relationship or with another company whom is closer to the business relationship.³²

Integrating due diligence into corporate policies and strategies

Embedding value chain due diligence into corporate policies and strategies will require companies to review and update existing ones pursuant to what is expected under the CSDDD. In particular, a specific due diligence policy should be developed that will include the company’s due diligence strategy, a sustainability code of conduct, and the measures put in place to implement and verify compliance with the CSDDD.³³ The sustainability code of conduct should describe the rules and principles to be followed by the company’s employees and subsidiaries when it comes to sustainable corporate conduct.³⁴ These policies and strategies should be incorporated into all relevant corporate functions and responsibilities

29. Council amendment to Article 3 of the CSDDD, available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf>

30. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC; Karsten Engsig Sørensen, ‘Corporate Sustainability Due Diligence in Groups of Companies’, *European Company Law* 2022, vol. 19 (5), p. 121.

31. CSDDD (n. 4), Recital 29.

32. *Ibid*, Recital 29.

33. *Ibid*, Article 5.

34. *Ibid*, Article 5 (1) (b).

and into corresponding company oversight. International standards recommend companies to develop or update information and record-keeping systems and communication channels that collect and share information for due diligence-related decision-making.³⁵ The new or revised company policies and strategies should be communicated throughout the value chain, and contracts or other written agreements with contractors or subcontractors should be updated accordingly.³⁶

Identifying actual and potential adverse impacts

Identification of adverse impacts will require companies to regularly assess the human rights and environmental context in which they operate. This dynamic assessment should take place prior to a new activity or relationship, prior to major operational decisions or changes, in response to or anticipation of changes in the operating environment, and periodically (at least annually) throughout the life of an activity or relationship.³⁷ The CSDDD mentions that companies will need to map out the baseline conditions at higher risk sites or facilities in which they operate, and evaluate the business model and strategies of their business relationships, including on trading, procurement and pricing.³⁸ The European Parliament and the Council have proposed to make due diligence under the CSDDD risk-based: the due diligence should be proportionate to the severity and likelihood of an adverse impact. Companies should avoid simply removing “bad” business relationships from their operations as the CSDDD expects continuous engagement rather than disengagement. Companies must have (unsuccessfully) attempted to deal with the adverse impact and the business relationship at hand before turning to disengagement as a last resort.³⁹ Only where adverse impacts cannot be prevented, mitigated or ended, are companies allowed to temporarily suspend commercial relations with the business relationship while continuing to pursue efforts aimed at the prevention, minimisation or ending of the impact. Furthermore, companies should refrain from entering into new or extending existing relations with that relationship. In case of a *severe* adverse impact, companies should terminate the relationship with respect to the activities concerned. This holds for impacts that affect a large number of persons or a large geographical area, that are irreversible or that are particularly difficult to remedy.⁴⁰ Member States must accordingly create the option to terminate the business relationship in contracts governed by their national law.⁴¹

Preventing and mitigating potential adverse impacts

The prevention and minimisation of *potential* adverse impacts will require several actions under the CSDDD.⁴² First, when prevention measures are

more complex and require guidance, companies are expected to develop and implement a so-called “prevention action plan”. They should seek contractual assurances (contractual cascading) from direct business relationships to make sure that these relationships will comply with this plan and the company’s sustainability code of conduct.⁴³ These direct relationships must, in turn, seek assurances from their contractors where relevant. The prevention action plan should set deadlines for action and include qualitative and quantitative indicators for measuring improvement on the adverse impact at hand. Furthermore, companies are expected to make the necessary investments – for example into management or production processes and infrastructures – and to provide targeted and proportionate support to SMEs as mentioned earlier. This includes the recovery of costs that are necessary for the SME’s implementation of the prevention action plan.⁴⁴ Companies are also required to collaborate, where necessary, with other entities in order to increase their leverage and ability to address potential adverse impacts at the level of the business relationship.⁴⁵

Bringing actual adverse impacts to an end and minimising their extent

Similar actions are required in the context of ending or remediating an *actual* adverse impact.⁴⁶ If an impact cannot be ended, it should be neutralised or its effect must at least be minimised. Damages should be paid to the affected persons, and affected communities should receive financial compensation.⁴⁷ Resembling the prevention action plan, companies should develop and implement a “corrective action plan” in case an impact cannot immediately be ended. Contractual assurances must again be sought from business relationships that confirm that they will comply with the sustainability code of conduct and the deadlines for action as set in the corrective action plan.⁴⁸ Investments, targeted and proportionate support for SMEs and industry collaborations are similarly required where necessary.

Establishing and maintaining a complaints procedure

The CSDDD will require companies to set up and maintain a complaints procedure that enables persons and organisations in and outside the company (for example affected individuals, trade unions and civil society organisations including NGOs) to submit concerns regarding actual or potential adverse impacts occurring in the value chain of that company.⁴⁹ The complaints procedure should allow complainants to request a follow-up on their complaint and to meet with appropriate representatives to discuss their complaint. The European Parliament proposed to rename this into a “notification

35. OECD (n. 9), p. 23.

36. Ibid, p. 24.

37. CSDDD (n. 4), Recital 30.

38. Ibid.

39. Ibid, Recital 41.

40. Ibid, Article 3 (l).

41. Ibid, Articles 7 (5) and 8 (6).

42. Ibid, Article 7 (2) (a) – (e).

43. Ibid, Article 7 (2) (a) and (b).

44. Ibid, Article 7 (2) (c) and (d).

45. Ibid, Article 7 (2) (e).

46. Ibid, Article 8.

47. Ibid, Article 8 (3) (a).

48. Ibid, Article 8 (3) (c).

49. Ibid, Articles 4 (1) (d) and 9.

and non-judicial grievance mechanism” and to explicitly grant companies the possibility to make the establishment and maintenance of this mechanism a collaborative effort, possibly industry-wide and by means of stakeholder involvement.⁵⁰

Monitoring and publicly communicating on due diligence

Periodic assessments – at least annually and on an ad hoc basis – of the entire value chain will be required in order to monitor and verify compliance with the CSDDD.⁵¹ These periodic assessments should verify - by means of qualitative and quantitative indicators - that adverse impacts are properly identified, due diligence measures are implemented and adverse impacts have actually been prevented or brought to an end. The outcome should be integrated into the company’s due diligence policy and preventive and correction action plans, and these must be updated accordingly. Last but not least, insofar companies are not already subject to reporting requirements under Directive 2013/34⁵², they should publish an annual statement in which they report on their compliance with the CSDDD; the content and criteria of which are still to be determined by the European Commission in a delegated act.⁵³

Combating climate change

The achievement of international commitments to environmental protection and combating climate change is unlikely to be realised by Member States acting individually. Hence, the private sector is expected to play a crucial role. For that reason, the CSDDD will include a specific requirement on combating climate change.⁵⁴ Large companies that fulfil the threshold criteria of Group 1 will be required to adopt a “transition plan” that makes sure that their business model and corporate strategy are aligned with the commitment to limit global warming to 1.5 °C under the Paris Agreement.⁵⁵ This plan should lay out the implementing actions and related financial and investment plans that will help the company deliver on that commitment. The precise content of this requirement remains yet to be determined by the European Parliament and the Council. For example, the trilogues will have to tell whether emission reduction goals must be included. Likewise, it is

not yet clear whether compliance with this requirement will have a bearing on directors’ variable remuneration. The European Commission initially considered this as a means to ensure that the transition plan is sufficiently incentivized amongst directors and that it would be properly implemented.⁵⁶ However, while the European Parliament has proposed to exclusively apply it to companies with more than 1.000 employees, the Council has opposed to such a requirement entirely.

Due diligence support at group level

Last, the European Parliament and the Council have proposed new provisions on due diligence support at group level. This option will only be available to parent companies and subsidiaries that are both subject to the CSDDD.⁵⁷ Because the parent company will fulfil some of the due diligence obligations on behalf of the subsidiary, the subsidiary will only be required to fulfil the obligations that need to be performed at subsidiary level. For a parent company to act on behalf of its subsidiary under the CSDDD, several conditions will apply. For example, the subsidiary must abide by the parent company’s due diligence policy and must accordingly integrate this due diligence into all its corporate policies and management. However, due diligence support by the parent company will be without prejudice to the subsidiary’s civil liability under the CSDDD.

2.5. Enforcement

The CSDDD will be enforced by means of a combined regime of administrative enforcement and civil liability. For the purposes of administrative enforcement, Member States will be required to designate one or more supervisory authorities that will monitor compliance with the national provisions implementing the CSDDD. Likewise, non-EU companies should designate a sufficiently mandated authorised representative in the EU.⁵⁸ The designated supervisory authorities will be equipped with the power to request information and to conduct investigations in order to verify compliance with the CSDDD. The supervisory authorities can exercise these powers on their own motion or in response to a so-called “substantiated concern”. The CSDDD will require the Member States to allow anyone who believes that a company is failing its obligations under the national provisions pursuant to the CSDDD, to submit a substantiated concern to the relevant supervisory authority.⁵⁹ In that regard, Directive 2019/1937 (EU Whistleblower Directive) will be applicable to the reporting of infringements of the CSDDD and the protection of those reporting non-compliance.⁶⁰

50. European Parliament amendment to Article 9 (1) of the CSDDD, available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.pdf

51. CSDDD (n. 4), Articles 4 (1) (e) and 10.

52. Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC.

53. CSDDD (n. 4), Article 4 (1) f and 11.

54. *Ibid.*, p. 13.

55. *Ibid.*, Article 15 (1).

56. *Ibid.*, p. 41.

57. Council (n. 29) proposed Recital 16 (a) of the CSDDD.

58. CSDDD (n. 4), Article 16 (4).

59. *Ibid.*, Article 19.

60. *Ibid.*, Article 23.

Companies will be granted an appropriate time to remediate an infringement.⁶¹ However, such remedial action does not preclude the imposition of administrative sanctions or the possibility of civil liability.⁶² Non-compliance with the CSDDD can be administratively sanctioned. Because the CSDDD leaves it to the Member States to lay down rules on penalties, it does not provide a lot of specifics on this topic. The penalties must, in any event, be effective, proportionate and dissuasive.⁶³ Pecuniary sanctions will be based on the company's net worldwide turnover, and the European Parliament has proposed that the maximum limit shall not be less than 5 per cent of the net worldwide turnover.⁶⁴ The European Parliament has also proposed additional forms of sanctioning, such as the possibility of "naming and shaming" and the suspension of products from free circulation or export.⁶⁵ It remains to be seen whether the Council will agree on that. In any event, (non-)compliance with the obligations under the CSDDD or their voluntary implementation will become relevant factors for companies' eligibility for public support. If it were up to the European Parliament, this would similarly hold for their participation in public procurement.⁶⁶

Furthermore, companies will be liable for damages that arise due to their failure to identify, prevent, mitigate, end or remediate an adverse impact.⁶⁷ The specifics on civil liability under the CSDDD are yet to be determined given the divergent positions of the European Parliament and the Council. The general position is that the European Parliament wants to expand the scope for civil liability under the CSDDD whilst the Council intends to place more emphasis on administrative enforcement. For example, whilst the European Parliament has proposed to broaden civil liability to non-compliance with all the obligations set out in the CSDDD, the Council has proposed to limit it to non-compliance with the specific obligations laid down in Articles 7 and 8. More importantly, the Council has proposed to limit civil liability to those instances of "fault", requiring that the company must have intentionally or negligently failed its obligations under the CSDDD and that the damage has arisen due to such failure. This would mean that a company would not be liable for damage that is caused *only* by a business relationship.⁶⁸ Likewise, according to the Council, there should be no derivative liability under the CSDDD for damage caused to individuals that are not protected by the rights

and conventions annexed to it.⁶⁹ The European Parliament and the Council do agree on one aspect: the heavily criticized safeguard proposed by the European Commission that would allow companies to *de facto* circumvent civil liability via contractual cascading, has been abandoned.⁷⁰

3. Practical insights into compliance with the CSDDD

3.1. How to prioritise adverse impacts based on severity and likelihood

Both the European Parliament and the Council have proposed a risk-based CSDDD that will allow companies to prioritize their due diligence on adverse impacts based on severity and likelihood. Companies will accordingly be required to develop, implement and frequently review a so-called "prioritisation strategy".⁷¹ Prioritisation will only be allowed where companies cannot reasonably be expected to address all adverse impacts simultaneously.

The criteria of *severity* and *likelihood* under the CSDDD are based upon those mentioned in the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. The severity of an adverse impact must be determined according to several factors, including its scale (the gravity of the impact) and scope (the number of persons or the extent of the environment that are or will be affected), and its irremediable character (the limits on the ability to restore the situation prevailing prior to the impact).⁷² The degree of leverage that a company can exercise over a business relationship is not relevant for risk-based prioritisation and neither are the company's level of involvement in an adverse impact, its potential liability or its proximity to the subsidiary or business relationship.⁷³ Whilst the size and resources of the company can play a role in determining whether a specific due diligence measure constitutes an "appropriate measure" under the CSDDD, such constraints are not mentioned as relevant criteria for risk-based prioritisation. The OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct similarly notes that size or resource capacity do not change the responsibility to prioritize based on severity and likelihood, but that resource constraints (including costs) may have an effect on how a company carries it out.⁷⁴ The weight that must be given to the severity and likelihood of an impact also depends on the type of impact. For example, the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct

61. Ibid, Article 18 (4).

62. Ibid.

63. Ibid, Article 20 (1).

64. Ibid, Article 20.

65. European Parliament (n. 50) proposed Article 20 (2a) of the CSDDD.

66. Ibid, proposed amendment to Article 24 (1) of the CSDDD.

67. CSDDD (n. 4), Article 22 (1).

68. Council (n. 29) proposed amendments to Article 22 (1) of the CSDDD.

69. Ibid.

70. CSDDD (n. 4), Article 22 (2).

71. European Parliament (n. 50) amendment to Recital 30a of the CSDDD.

72. European Parliament (n. 50) proposed Recital 30a of the CSDDD; Council (n. 29) proposed Article 6a of the CSDDD; OECD (n. 9), p. 42.

73. Council (n. 29) proposed Recital 32 of the CSDDD.

74. OECD (n. 9), p. 46.

points out that where an occurrence could lead to a severe and irreparable human rights impact, it must be prioritised regardless of its likelihood.⁷⁵ Depending on the final text of the CSDDD, companies will most likely not be liable for damage stemming from an adverse impact that was reasonably not prioritised.⁷⁶

Prioritisation of adverse impacts will be required across the entire spectrum of identifying, preventing, minimising and ending an adverse impact.⁷⁷ Companies will be required to first map out their operations, suppliers and other business relationships in terms of where significant adverse impacts are most likely to be present, and, once established, to conduct a deeper assessment. To that end, companies will need to collect information on sectoral, geographical, product-related or enterprise-related risk factors, and prioritise these accordingly.⁷⁸ The sectoral and operational context in which a company operates is particularly salient as these generally determine the type of risks that are prevalent in a particular sector or geographical area.⁷⁹ Mind that stakeholder engagement can be particularly valuable as such parties can provide companies with specific on-site information as to how their operations (can potentially) have an impact on the rights of local communities or the local environment.

Existing regulatory and compliance programs and integrated control mechanisms can be consulted and where necessary adapted to the requirements under the CSDDD. For example, information on enterprise-related risk factors could include known instances of corruption and misconduct.⁸⁰ Factors related to Anti-Bribery and Corruption (ABAC) can be intertwined with or underpin adverse human rights and environmental impacts, and companies are advised to take these factors into account in their due diligence under the CSDDD.⁸¹ In that regard, existing ABAC compliance mechanisms can be integrated into companies' due diligence strategies under the CSDDD. For example, when it comes to corruption, the scale (the monetary amount of the bribe or the size of the profit gained from the bribery), the scope (the frequency at which the bribes are paid or its geographic spread), and the irremediable character (the extent to which the activities undertaken and enabled by bribery will lead to irremediable adverse impacts) could be important factors to take into account.⁸² International standards also recommend

companies to appoint a responsible person or persons – for example a human rights and environmental protection officer – for monitoring risk management and compliance under the CSDDD.⁸³

3.2. Expect more EU due diligence guidance

In order to provide more clarity on how companies are expected to comply with the CSDDD, additional EU guidance can be expected. The CSDDD grants the European Commission the possibility to issue guidelines that provide support to companies on how to shape their due diligence.⁸⁴ These guidelines can be sector-specific or tailored to specific adverse impacts, and will be based on international guidelines and standards such as the OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct, the UN Guiding Principles Interpretative Guide, and the UN Guiding Principles Reporting Framework.⁸⁵ The European Commission will additionally provide companies with model contractual clauses that companies can use to fulfil their obligations under the CSDDD.⁸⁶ Furthermore, companies can also expect additional guidance from Member States whom are required to provide information and support to companies and their business relationships covered by the CSDDD.⁸⁷

3.3. Beware of interaction with EU competition policy

The European Green Deal requires “that all EU policies contribute to the climate neutrality objective and that all sectors [must] play their part”.⁸⁸ The demand for EU policy sectors to be aligned in terms of sustainability is becoming more urgent, and the CSDDD will soon accelerate that. Exemplary is the upcoming interaction between the CSDDD and EU competition policy. This interplay remains unexplored up until today yet will constitute an important practical consideration for companies' compliance with the CSDDD.

The accessibility of markets and production zones around the world has provided companies who market their products in the EU the cost-saving opportunity to relocate their production to or to source from countries outside the EU. These sourcing and outsourcing practices have led to more multi-faceted, dynamic and non-transparent supply chains, making it more challenging for companies to monitor local supplier conduct.⁸⁹ Limited traceability

75. Ibid, p. 45.

76. European Parliament (n. 50) proposed Recital 30a of the CSDDD; Council (n. 29) proposed Recital 57 of the CSDDD.

77. OECD (n. 9), p. 45.

78. Ibid, p. 25.

79. UN Guiding Principles Interpretative Guide (2012, available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf, p. 21.

80. OECD (n. 9), p. 25.

81. European Parliament (n. 50) proposed Recital 25(d) of the CSDDD.

82. OECD (n. 9), p. 43.

83. This is also required by the German Supply Chain Due Diligence Act.

84. CSDDD (n. 4), Article 13.

85. Ibid, p. 25.

86. Ibid, Article 12.

87. Ibid, Article 14.

88. EUGD (n. 3), p. 4.

89. European Commission (n. 17), p. 214.

and visibility of suppliers – particularly those beyond the first tier – are commonly cited issues in supply chain management.⁹⁰ International standards on responsible business conduct accordingly emphasize the importance of leverage, which is deemed to exist “where the enterprise has the ability to effect change in the wrongful practices of an entity that causes a harm”.⁹¹ Companies subject to the CSDDD are similarly required to exercise a reasonable degree of leverage over their business relationships in order to make them prevent or end an adverse impact.

Because many companies lack the individual leverage to persuade suppliers to act upon misconduct and adhere to a specific human rights or environmental standard, the CSDDD will require companies to collaborate where that is necessary to prevent or end an adverse impact. If adopted, Articles 7 (2) (e) and 8 (3) (f) will mandate companies to “collaborate with other entities, including, where relevant, to increase the company’s ability to bring the adverse impact to an end, in particular where no other action is suitable or effective” while acting “in compliance with Union law including competition law”. Though contractual provisions and supply chain codes of conduct are amongst the most frequently used tools for supply chain management, their enforcement is challenging and often limited when it concerns an indirect business relationship.⁹² Collaborations should enable companies to more effectively pressure suppliers towards sustainable local conduct. For example, companies may want to conclude an agreement in their capacity as *purchasers* to no longer buy products from certain suppliers due to particular product characteristics, production processes or working conditions that are unsustainable. Such an agreement may enable companies to create *joint leverage* vis-à-vis a shared supplier. Important to note is that, while the CSDDD seems to indicate that this course of action is only required where necessary, the provisions of the CSDDD *de facto* encourage companies to collaborate.⁹³ The presence of a collaboration is a relevant and positive factor for supervisory authorities in deciding whether to impose sanctions and in determining the nature and appropriate level of sanctioning.⁹⁴ Likewise, it is a relevant factor in the assessment of the existence and extent of civil liability.⁹⁵ In sum, companies subject to the CSDDD are not merely required to collaborate as a last resort, but are encouraged to team up in earlier stages of their due diligence.

Such mandatory collaborations under the CSDDD must be implemented in compliance with EU competition law. If agreed upon between competitors,

an agreement that seeks to ensure compliance with the CSDDD will undoubtedly pose intricate questions under Article 101 (1) TFEU. If such an agreement spans one or more parameters of competition – such as price, quantity, quality, choice or innovation – it should be subject to an assessment under Article 101 (1) TFEU. If the agreement turns out to be restrictive of competition under Article 101 (1) TFEU, it may be eligible for an exemption under Article 101 (3) TFEU. However, the European Commission has strictly interpreted the requirements of Article 101 (3) TFEU in the context of sustainability. In particular, the requirement that consumers in the relevant market must substantially overlap with or form part of the beneficiaries of the agreement will be problematic for collaborations under the CSDDD. The negative impacts that the CSDDD aims to tackle and the interests it seeks to protect, are primarily located outside the EU and will most likely not substantially overlap with the EU consumer. For example, the CSDDD will require companies to account for environmental degradation in the third country and the protection of the rights of indigenous people to lands, territories and resources in that country. In light of the strict understanding of the requirements of Article 101 (3) TFEU and particularly the required nexus to the EU consumer, collaborations that intend to ensure compliance with the CSDDD are notably unlikely to satisfy the requirements of Article 101 (3) TFEU.

The Guidelines on the applicability of Article 101 TFEU to horizontal co-operation agreements (Horizontal Guidelines) present a possibility in §528 to resolve the upcoming conflict between the CSDDD and EU competition policy, namely to exclude agreements that solely intend to ensure compliance with international standards from the scope of Article 101 (1) TFEU.⁹⁶ Based on that concept, the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) recently cleared an agreement among retailers in the garden sector that jointly excluded suppliers using illegal plant protection products because the agreement could be framed as one that solely intended to ensure compliance with an industry-wide standard.⁹⁷ However, while similar agreements implemented under the CSDDD seem to satisfy the literal requirements of §528, it remains unclear as to whether the European Commission – more specifically DG COMP – will be inclined to declare Article 101 (1) TFEU inapplicable to horizontal agreements that seek to ensure compliance with the CSDDD.⁹⁸

90. Ibid.

91. UN Guiding Principles (n. 7), commentary to Guiding Principle 19.

92. European Commission (n. 17), p. 218.

93. CSDDD (n. 4), Articles 7 (2) (e) and 8 (3) (f).

94. Ibid, Article 20 (2).

95. Ibid, Article 22 (2).

96. European Commission, ‘Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements’ (Horizontal Guidelines), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX, §528>.

97. Letter from Netherlands Authority for Consumers and Markets to Tuinbranche Nederland, *Informal Guidance regarding Sustainability Initiative of Dutch Garden Retail Sector*, 2 September 2022.

98. For a more detailed analysis of the upcoming conflict between the CSDDD and Article 101 (1) TFEU, I invite the reader to read my dissertation on “Corporate Sustainability Due Diligence and EU Competition Law”, available at: <https://mededingingscongres.nl/scriptieprijs/>

Similarly, Article 4 (2) CSDDD allows companies to share resources and information for due diligence purposes at the group level and with other legal entities, whilst respecting applicable competition law. Exchanges of information between companies are generally problematic when they relate to commercially sensitive information because they can artificially increase transparency between competitors and influence market behaviour. The fact that the CSDDD allows companies to share information is without prejudice to the applicability of EU competition law.⁹⁹ It is quite conceivable that companies need to exchange information in the context of the collaborations mandated by the CSDDD, in particular because these collaborations are introduced in order to overcome the individual inability of companies to leverage supplier compliance. However, companies must be reminded that the sharing of information regarding their current or future suppliers is considered problematic under EU competition law.¹⁰⁰ Companies are generally not allowed to share information that can help competitors identify from whom or where input is purchased.¹⁰¹ For due diligence collaborations under the CSDDD, the identification of contractors or subcontractors is yet expected to be key. Companies under the CSDDD that would like to collaborate with entities with whom they share a supplier will need such information in order to identify with whom to conclude such an arrangement in the first place. Fortunately, information sharing that is necessary for the implementation of an agreement is automatically cleared when the agreement itself is not covered by the prohibition of Article 101 (1) TFEU.¹⁰² This brings us back to the question as to whether the European Commission will be inclined to exempt such agreements under the CSDDD from the application of Article 101 (1) TFEU altogether.

Either way, companies should implement precautionary measures where it is inevitable that commercially sensitive information will be exchanged under the CSDDD. For one, the exchange should be limited to information that is strictly necessary for the implementation of the arrangement. Furthermore, companies could implement technical or practical measures that protect confidentiality and that limit parties' access to the information. To that end, companies can provide for strict confidentiality rules to those individuals in the company assigned with the responsibility to implement and monitor due diligence collaborations under the CSDDD. Likewise, so-called "clean teams" – a specific restricted group of individuals within the company that is not involved in its business operations – could be created.¹⁰³ More rigorous yet safe would be the engagement of

an independent third-party service provider – a so-called "trustee" – that is bound by strict confidentiality protocols and that makes sure that information is exchanged in a way compliant with EU competition law.¹⁰⁴

4. Conclusion

Companies will face an unprecedented requirement to implement and monitor human rights and environmental value chain due diligence under the upcoming CSDDD. The CSDDD is an attempt to foster sustainable corporate behaviour in the EU and to anchor human rights and environmental considerations in corporate governance. Due diligence under the CSDDD is not a matter of a single act or investment, but will require companies to continuously monitor, review, and update their due diligence mechanisms and compliance procedures in order to reflect the current state of play in their organisational, sectoral and operational context. The challenges that companies face in value chain compliance with human rights and environmental standards will increase the need for companies to collaborate, as acknowledged by the CSDDD. However, companies are advised to give due consideration to the qualification of such collaborations under EU competition policy.

The trilogues will soon clarify the final scope and obligations of the CSDDD, but the message is clear: human rights and environmental considerations will need to become embedded in corporate compliance and risk management. Considering the far-reaching obligations under the CSDDD, companies are advised to start preparing sooner rather than later. For those interested: I invite you to await the second edition of the Compliance, Ethics & Sustainability Journal in 2024, where I will present similar practical insights under the final text of the CSDDD.

99. Horizontal Guidelines (n. 96), §372.

100. *Ibid.*, §530.

101. *Ibid.*, §281.

102. *Ibid.*, §369.

103. *Ibid.*, §302; *Altice/PT Portugal (COMP/39.579)* Commission Decision C(2011) 2528.

104. Horizontal Guidelines (n. 96), §407.

De taal als kooi

Hoe moreel uitgehold taalgebruik financiële instellingen en toezichthouders hindert bij betekenisvolle verandering

A.I. Grocz MSc¹

1. Inleiding

In zijn boek *1984* schetst George Orwell een dystopische toekomst, waarin reusachtige, totalitaire natiestaten verwickeld zijn in een permanente strijd met elkaar. De eigen bevolking wordt in toom gehouden middels een machtig repressieapparaat, dat direct en wreed optreedt als een burger over de schreef gaat. Maar nog effectiever voor onderdrukking is een subtieler instrument: de taal. Deze taal, Newspeak, wordt onder andere gekenmerkt door een steeds kleiner wordende woordenschat. De gedachte erachter is dat burgers geen ideeën zullen koesteren die een bedreiging kunnen vormen voor de status quo, als de woorden om deze ideeën uit te drukken simpelweg niet meer bestaan. Bij sommige woorden kwam het beter uit om ze niet helemaal te schrappen, maar hun betekenis te beperken. Bijvoorbeeld het woord “vrij”:

“The word free still existed in Newspeak, but it could only be used in such statements as ‘This dog is free from lice’ or ‘This field is free from weeds’. It could not be used in its old sense of ‘politically free’ or ‘intellectually free’ since political and intellectual freedom no longer existed even as concepts, and were therefore of necessity nameless.”

Taal als een kooi.

Nu is de kapitalistische vrije markt niet het dystopische landschap van *1984*. Maar een uitgeholde, van morele termen ontdane taal is wel als middel ingezet om marktwerking als neutraal en ideologie-vrij voor te stellen - en daarmee als onvermijdelijk en onveranderlijk. In dit stuk wil ik verkennen hoe deze moreel gesteriliseerde taal niet alleen marktpartijen in

zijn greep houdt, maar ook de instituties die in het leven zijn geroepen om de markt te beteugelen. Daar toe zoom ik in op de financiële sector.

Dit essay is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 zal ik beargumenteren dat de vrije markt zoals die ons bekend is - als speelveld van zelfzuchtige actoren die via vluchtige transacties hun eigenbelang najagen, zonder morele afwegingen - geen onontkoombaarheid is geweest, maar een bewuste keuze. En dat een ‘ontmoraliseerde’ taal daarbij een belangrijk instrument is geweest.

In paragraaf 3 verken ik hoe deze ‘ontmoralisering’ gestalte kreeg: niet alleen door het uitbannen van morele termen ten faveure van technocratische, maar juist ook door het omarmen en uithollen van enkele morele sleutelconcepten, zoals vrijheid.

In de volgende paragraaf zoom ik in op de financiële sector. Ik stel dat deze sector extra vatbaar is voor ontmoralisering; van nature, maar ook door (technologische) ontwikkelingen. Daarnaast verken ik waarom de hefboom-functie van de financiële sector eventuele misstanden disproportioneel schadelijk maakt.

In paragraaf 5 behandel ik de toezichthouders: instituten die in het leven zijn geroepen om de uitwassen van de financiële sector te beteugelen. Ik betoog dat deze instituten gekluisterd zijn aan hetzelfde ontmoraliseerde begrippenkader als de financiële instellingen waar ze toezicht op moeten houden. Ik illustreer met voorbeelden hoe dit vastzitten wezenlijke veranderingen in de sector hindert.

In de laatste paragraaf stip ik enkele lichtpuntjes van wat ik ‘remoralisering’ noem aan: initiatieven om het begrippenkader waarin de financiële sector opereert weer van een morele lading te voorzien. Tegelijkertijd stel ik dat toezichthoudende instituties onverhoeds deze initiatieven kunnen fnuiken, indien zij vasthouden aan het pseudoneutrale, ontmoraliseerde begrippenkader dat netto de status quo

1. Aleksander I. Grocz is werkzaam bij De Nederlandsche Bank als specialist op het gebied van governance, gedrag en cultuur. Hij is bedrijfskundige en studeert filosofie.

in stand houdt. Ten slotte betoog ik dat toezichhoudende instituties hiertoe niet alleen een moreel-geladen begrippenkader moeten omarmen, maar ook geïmplementeerd moeten raken in de toepassing in de praktijk.

2. De vrije markt: vrijheid zonder moraal

Het idee dat de kapitalistische vrije markt gespeend is van moraliteit is inmiddels zo wijd verbreid dat het bijna een cliché is - mede dankzij de columns die Joris Luyendijk in 2012 en 2013 voor *The Guardian* schreef over de financiële sector in Londen (en waarbij deze sector, gezien als de meest agressieve invulling van het kapitalisme, als een soort *pars pro toto* diende). Luyendijk maakte daarbij de nuance dat bankiers misschien niet bewust immoreel handelen, maar wel in een amoreel systeem opereren; een systeem dat het najagen van eigenbelang stimuleert, en het maken van bewuste morele afwegingen zo goed als onmogelijk maakt door ethische concepten uit het jargon uit te bannen (Luyendijk, 2016).

Op het eerste gezicht lijkt deze observatie verontrustend, maar ook passend bij het courante beeld van kapitalisme: hoe kon het marktdenken, gestoeld op de idee van de mens als rationele actor die door zijn eigenbelang na te jagen goed doet, iets anders voortbrengen dan de excessen van de financiële sector, die in 2008 zo pijnlijk zichtbaar werden? En toch is het opmerkelijk: Adam Smith, de geestesvader van het moderne denken over de markt, kleepte zijn betoog voor de vrije markt juist in onmiskenbaar morele termen in. Uit *The Wealth of Nations* en *The Theory of Moral Sentiments* rijst het beeld van de vrije markt als een coöperatieve ruimte, waarin burgers uit armoede verheven konden worden door de vruchten van hun arbeid aan te bieden aan andere burgers in ruil voor geld of een wederdienst. Inherent aan dit systeem was het vermogen om je in de ander te verplaatsen, om te begrijpen waar hun behoeften lagen, en waar jouw arbeid in kon voorzien. Geen blinde strijd om je winst te maximaliseren ten koste van een ander, maar een inherent sociaal systeem dat door rationele wederkerigheid een zo groot mogelijke groep mensen in het rijkdom van een land zou moeten laten deelnemen (Newbert, 2018). Daarbij was ook een rol weggelegd voor de staat - die moest de onvermijdelijke uitwassen van de markt verzachten (Dwyer, 2005, p. 676). Door de eeuwen heen is Smith's gedachtegoed echter gereduceerd tot de notie van de markt als het domein van ongebonden individuen, die rücksichtslos het eigen belang boven alles stellen en maximaliseren, vrij van interventies van buitenaf (Ibid., p. 687).

Deze nauwe interpretatie heeft in de 20e eeuw aan theoretische onderbouwing en invloed gewonnen dankzij de Oostenrijkse economen Ludwig von Mises en Friedrich Hayek. Zij ageerden sterk tegen interventies in vrije markten; de gebeurtenissen van twee wereldoorlogen en het interbellum boden in hun ogen genoeg bewijs van hoe mis het kan gaan als

de staat, of quasi-politieke organisaties als vakbonden of monopolies, de overmacht krijgen (Mises Institute, 2014). Zij stelden dat sturing van bovenaf een *road to serfdom* was; gedereguleerde markten, waarin individuen met elkaar konden concurreren, waren de beste weg naar individuele vrijheid en efficiënte allocatie van middelen. De markt was in Hayek's ogen een soort geest, die de waarheid kon onthullen; een bron van objectieve kennis (Metcalf, 2017). De rol van de staat was niet om marktwerking te reguleren, maar om de onbelemmerde werking van de markt juist te garanderen. Deze actieve rol van de staat als hoeder van de vrije markt was het grootste verschil met het klassieke *laissez-faire* liberalisme, en kenmerkt het neoliberalisme (Mellink and Oudenampsen, 2022).

Het gedachtegoed van Hayek won na de Tweede Wereldoorlog aan invloed in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, en werd verder gebracht door prominente economen als Milton Friedman. Maar waar Hayek de werking van de vrije markt nog uitlegde in morele termen van 'social contribution' en staatsinterventie als het voorland van totalitarisme zag, ging Friedman een paar stappen verder. Hij poneerde dat bedrijven geen enkele sociale verplichting hebben jegens het publiek of de maatschappij. De enige verplichting die een bedrijf heeft is jegens de aandeelhouders; "*the social responsibility of business is to increase its profits*" (Friedman, 1970). Sterker nog, een bestuurder die zich bezig houdt met *social responsibility* steelt van de aandeelhouders; bedrijven die zich meer bezighouden met de gemeenschap dan met winsten plaveien de weg voor totalitarisme (Oliver and Friedman, 1963). Hayek en Friedman's neoliberale doctrine van door de staat bewaakte marktwerking, deregulering en winstmaximalisatie werd in de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw omarmd door Ronald Reagan in de VS, en Margaret Thatcher in het VK. Maar ook onder Democratische presidenten, sociaal-democratische regeringen in Europa, en in post-socialistische staten in Oost-Europa werd het neoliberalisme bepalend voor het economische beleid (Sandel, 2020, pp. 55-56). De "shock therapy" van razendsnelle privatisering en hervormingen zorgde voor acute bestaansonzekerheid en armoede onder burgers van het voormalig Oostblok; een enkeling kon zich door misbruik te maken van de economische chaos verheffen tot oligarch. Kritiek op deze maatschappelijke ontwijking en morele schade kon terzijde worden geschoven door een beroep op de economische noodzaak van efficiëntie (Stiglitz, 2004).

De ethicus R. Edward Freeman, de bedenker van *stakeholder theory*, thematiseerde deze ontmoralisering en noemde het "*the separation thesis*": de stelling dat er een waterscheiding bestaat tussen *business decisions* en *moral decisions*; dat deze soorten besluiten wederzijds uitsluitend zijn. (Freeman, 1994). Hoe gevaarlijk hij dit fenomeen vond, blijkt wel uit de conclusie die hij trekt: we moeten deze stelling verwerpen en zakelijke besluiten weer moreel laden; als we dat niet doen "(...) *talk of human progress, as difficult as it is, is likely to come to a rather immodest and abrupt*

halt” (Ibid.). Het zou niettemin tot na de crisis van 2008 duren voordat de gevaren van deze scheiding breder bevestigd zouden worden.

Dit in ogenschouw nemende kun je stellen dat ‘amoraliteit’ geen onontkoombare kwaliteit is van de vrije markt, maar eerder het resultaat is van een bewuste inspanning om de markt van morele dimensies te ontdoen. De markt is actief ‘ontmoraliseerd’ door de bewuste inzet en omarming van concepten als de Friedman-doctrine, waarbij zakelijke en morele besluiten uit elkaar werden getrokken en in gescheiden sferen van het leven werden ondergebracht. Een ‘ontmoraliseerde’ taal was een belangrijk instrument in dit scheidingsproces. Termen als efficiëntie, optimalisatie, *key performance indicators*, continue verbetering, *plan-do-check-act*, met hun suggestie (zo niet belofte) van objectiviteit en meetbaarheid, vulden de idioom (Stieber and Primeaux, 1991) ten koste van morele termen. Maar daar bleef het niet bij: ook morele concepten werden gecoöpteerd en hergedefinieerd om beter in dienst te staan van de neoliberale ideologie.

3. Ontmoralisering: de uitholling van morele begrippen

Het neoliberalisme staat weliswaar een waarden-vrije idioom voor, maar het stelt ook een (beperkt) aantal moreel geladen concepten zeer centraal. Het centraal stellen van deze begrippen verschaft het neoliberale bestel een zweem van morele legitimiteit; tegelijkertijd zijn deze begrippen dusdanig hergedefinieerd en geabstraheerd, dat zij de actoren binnen het systeem niet aanzetten tot actieve morele afwegingen. In deze paragraaf wil ik ingaan op drie van deze begrippen: vrijheid, vertrouwen, en verantwoordelijkheid.

3.1. Vrijheid

Als onderdeel van het bevrijdingsproject van de Verlichting was de vrije markt geladen met een positief vrijheidsbegrip, een ‘vrijheid om’: het bood mensen de vrijheid om zich aan armoede te onttrekken, door de wereld en de natuur te beheersen. Gaandeweg, en met het neoliberalisme als culminatie, werd de vrijemarkteconomie geladen met een atomair, negatief vrijheidsbegrip: ‘vrijheid van’. Vrijheid van gebondenheid aan de ander en inmenging van de staat. Mensen zijn slechts met elkaar verbonden voor zover dat nodig is voor een transactie (Verbrugge, Buijs and van Baardewijk, 2019, p. 157), en de geniale ondernemer moet niet gefnuikt worden door jaloerse, mindere goden (het is dan ook niet verbazingwekkend dat *Atlas Shrugged* van Ayn Rand het meest populaire boek in Silicon Valley is (Nast, 2016)).

Dit negatieve vrijheidsbegrip werd niet alleen geprojecteerd op bedrijven en ondernemers om hun handelingsvrijheid te rechtvaardigen, maar ook op consumenten - om daarmee een passieve houding van

diezelfde bedrijven en ondernemers te billijken. De consument heeft immers het recht om zijn eigen keuzes te maken, niet betutteld te worden. Wie ben ik om de consument dan een strobreed in de weg te leggen - ook al weet ik dat mijn product schadelijk kan zijn? Dit is precies het argument waarmee de CEO van General Mills een meeting afsapte die in 1999 door de grootste voedselabrikanten in de VS was belegd om de nakende obesitasepidemie het hoofd te bieden (Moss, 2014). De poging om maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen werd in de kiem gesmoord door het als bedilzucht af te schilderen.

3.2. Vertrouwen

Het concept vertrouwen staat centraal in de vrije markt; zeker in een fiduciaire sub-sector als de financiële, maar überhaupt daar waar je transacties met een ander aangaat. Je wilt met betrouwbare partners in zee; Adam Smith noemde het “being faithful to one’s word”. Maar dat is een nauwe definiëring - betrouwbaar als *reliable*, de afspraken nakomend, *a posteriori* in zoverre dat het tot uiting komt na het maken van afspraken. Dat is een transactionele invulling, die (zeker in de Angelsaksische wereld) tot een litigieuze benadering en dichtgetimmerde contracten heeft geleid. Het gaat voorbij aan de betekenis van betrouwbaar als *trustworthy*, ‘vertrouwenswaardig’. Onora O’Neill omschrijft *trustworthiness* als niet louter *reliability* achteraf, maar *competence* en *honesty* vooraf (O’Neill, 2016). Je kunt heel goed betrouwbaar zijn en al je afspraken nakomen, maar als het contract bol staat van kleine lettertjes die het belang van de ander schaden, dan is vertrouwen een hol begrip. Bovenal laat de transactionele definitie de noodzaak van vertrouwen ophouden bij de grenzen van de transactie. Terwijl het handelen van bedrijven mij kan raken zonder dat tussen ons een contract ligt - denk aan milieuvervuiling in mijn stad of financiële instabiliteit in mijn land door onverantwoorde (maar legale) handelspraktijken.

3.3. Verantwoordelijkheid

Ook verantwoordelijkheid is een centraal concept voor de vrije markt. Als er geen consequenties kleven aan het niet naleven van beloftes, dan wordt het heel lastig om transacties met elkaar aan te gaan. Maar dat is een invulling van verantwoordelijkheid louter als het afleggen ervan; *accountability*, ‘aanrekenbaarheid’ achteraf. Een mechanisme om achteraf een schuldige aan te wijzen. Of zoals het eens kleurrijk is verwoord: wie kan ik op het vestje spugen als het misgaat? Het resulteert in uitputtende procesomschrijvingen en procedures, die voorschrijven wat de correcte manier van handelen is - en een schild bieden tegen *liability*. Wat deze definitie negeert is verantwoordelijkheid *nemen*; Luuk van Middelaar omschrijft dat als handelen als antwoord op een situatie-zoals-die-zich-voordoet - juist als er geen processen en procedures voorhanden zijn (van Middelaar, 2009). Sterker nog, verantwoordelijkheid als

verantwoording achteraf ontmoedigt handelen in onzekere, nieuwe situaties - het ontbreken van procedures is dan een legitieme reden om niet in actie te komen.

Wat al deze (her)definities gemeen hebben is dat zij de reikwijdte van de termen vernauwen, en daarmee ontdoen van betekenissen die een economische actor zouden nopen tot actie ingegeven door morele afwegingen. In andere woorden, morele passiviteit. De aard van de financiële sector maakt dat deze uitgehohde concepten er des te meer resoneren.

4. De financiële sector in de frontlinie van ontmoralisering

Laten we terugrijpen op de financiële sector, het 'amorele systeem' in de woorden van Luyendijk. Het aandeelhouderskapitalisme en diens *moral denial* zoals gepropageerd door Friedman troffen vruchtbare grond in de financiële sector: vruchtbaar door de aard van de dienstverlening aan de ene kant, en maatschappelijke ontwikkelingen aan de andere kant.

De financiële sector levert bij uitstek ontastbare producten: betaalrekeningen krijgen weliswaar enige fysieke manifestatie bij een geldautomaat, maar verzekeringen, leningen, *futures* en *speeders* kun je niet vasthouden. Daar komt bij dat de uitwerking van een product pas na relatief lange tijd zichtbaar wordt: van een spijkerbroek weet je bij thuiskomst of deze bij je garderobe past; of je hypotheek of beleggingsverzekering echt passend zijn kun je pas na jaren zeggen. Deze lange tijdshorizon maakt het makkelijker om een product af te zetten zonder stil te hoeven staan bij de financiële effecten ervan op de koper - laat staan de reële.

Financiële producten zijn ook in complexiteit gegroeid. Dankzij de deregulering die sinds de jaren 80 in de westerse wereld optrad, konden financiële instellingen steeds complexere producten vervaardigen, die aan een steeds breder publiek aangeboden konden worden. Derivaten, producten afgeleid van onderliggende aandelen of obligaties, kregen weer hun eigen derivaten. De producten werden toegespitst op het genereren van rendement; de reële economische activiteiten van de onderliggende bedrijven kwamen op een afstand te staan en verwerden tot een abstractie. Dat ging gepaard met taalgebruik dat wiskundiger en technischer werd, en de ruimte voor de taal van morele afwegingen verkleinde.

De relatie tot de klant veranderde ook. Deze heeft altijd een fysieke dimensie gehad: je moest naar een bankkantoor om geld te storten of een nieuwe rekening te openen; voor een lening of verzekering kwam een adviseur best bij je over de vloer. De opkomst van het internet in de 90's en 00's maakte online bankieren mogelijk, maar de echte revolutie kwam met breedband en internet 2.0. Bankkantoren - en het face-to-face contact - slonken; een bankrekening open je online, een hypotheekaanvraag doe je via

een videocall, en helpdeskmedewerkers zijn vervangen door een chatbot.

De groeiende afstand en complexiteit vergrootten de kans op *mis-selling*, wat Theodor Kockelkoren als AFM bestuurder "knollen voor citroenen" noemde (Lalkens and Wolzak, 2009). Maar de impact van ontmoraliseerde beslissingen van financiële instellingen stopte niet bij individuele klantrelaties. Als verschaffer van kapitaal en kredieten heeft de financiële sector het effect van een hefboom en *enabler*: het kan schadelijke effecten van andere industrieën vergroten of in stand houden door er in te investeren. Denk aan de rol van banken in de stikstofcrisis; als kredietverschaffer met rendement op het oog, stimuleerden zij de schaalvergroting en intensiteit van agrarische bedrijven, met de groei van stikstofneerslag als gevolg (Brandsma, 2022). Of aan de rol van pensioenfondsen, die met oog voor rendement voor hun deelnemers beleggen in schadelijke en onhoudbare sectoren, zoals fossiele brandstoffen. Een ontmoraliseerd begrippenkader maakte het lange tijd mogelijk om de maatschappelijke impact van zulke investeringsbeslissingen buiten de bestuurstafel te houden.

Deze vatbaarheid voor ontmoraliseerd rendementsdenken, en de buitenproportionele impact op de maatschappij, hebben van de financiële sector een van de meest gereguleerde gemaakt. Wetten en instituties - centrale banken en toezichhouders - zijn in het leven geroepen om de uitwassen van de financiële sector te beteugelen. Maar ook deze instituties gaan te werk binnen een ontmoraliseerd begrippenkader - en lopen zo het risico om de status quo in stand te houden; ook wanneer deze status onwenselijk wordt geacht.

5. Toezichhouders - bewakers die ook achter de tralies zitten

De dereguleringsgolf uit de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw ontdeed financiële instellingen van talrijke beperkingen: in Nederland konden banken en verzekeraars tot dan niet met elkaar fuseren (van Riel, 2016), in de VS konden banken geen *investment* én retail-activiteiten ontplooiën, en er golden beperkingen aan waar je rente over kon vragen - en hoeveel. Deregulering ontmantelde deze beperkingen, waardoor complexe *universal banks* ontstonden, die verschillende soorten klanten tegelijkertijd bedienden. Toezichhouders in Nederland waren aanvankelijk ingericht langs sectorale lijnen: eentje voor banken, eentje voor pensioenfondsen en verzekeraars, etcetera. In de jaren 2000 werd deze institutionele architectuur door de wetgever gekanteld, om de nieuwe complexiteit beter het hoofd te kunnen bieden: De Nederlandsche Bank ging toezicht houden op prudent beleid, de Autoriteit Financiële Markten op (markt)gedrag en een nette behandeling van consumenten. Over de sectorale grenzen heen.

Nationaal toezicht bleek echter ontoereikend om de grensoverschrijdende effecten het hoofd te bieden

tijdens de Grote Crisis van 2008. Het toezicht op internationale systeembanken in Europa werd daarop ondergebracht bij de Europese Centrale Bank (ECB) in 2013.

Deze omwentelingen hadden tot doel om toezicht te verbeteren en daarmee de uitwassen van de financiële sector duurzaam te beteugelen. Elk van deze stappen ging gepaard met een uitbreiding van het mandaat en het juridisch instrumentarium - de invloed van toezichthouders op de financiële sector nam toe (Kirakul, Yong and Zamil, 2021). Maar die omwentelingen veranderden niets aan het feit dat deze toezichthouders in hetzelfde technocratische, van morele termen gespeende begrippenkader bleven functioneren als de financiële instellingen waar ze toezicht op hielden.

En die traditie ging lang terug. Jelle Zijlstra, destijds president van De Nederlandsche Bank, verkondigde publiekelijk in 1976 dat economie maar een saai en uiteindelijk voor de mensheid onbelangrijk onderwerp was: lang nadat Keynes en Marx in de vergetelheid zijn geraakt, zal men nog naar Bach luisteren (Rutten, 2022). Zijlstra perpetueerde daarmee het beeld van financiële markten en economisch beleid als het domein van neutrale, ietwat saaie experts, in plaats van een maatschappelijk thema met morele dimensies.

Ook op supranationaal niveau worden de ideeën van technocratische neutraliteit gepropageerd. De ECB heeft decennialang vastgehouden aan het principe van markt neutraliteit bij haar aankopen van obligaties: die aankopen mochten niet marktverstoring zijn. Onderscheid maken tussen activa die *climate harming* zijn en niet was dus niet toegestaan (Schoenmaker, 2019). Zo hield de ECB in naam van neutraliteit de (schadelijke) status quo in stand, en miskende dat dit op zichzelf geen neutrale keuze is. Pas in de zomer van 2022 begon de ECB dit beleid te kantelen (Elderson and Schnabel, 2022).

Deze noties van morele neutraliteit maakten fundamentele veranderingen aan marktpraktijken door direct toezicht lastig, ondanks pogingen daartoe. Een anekdotisch voorbeeld is toen de AFM schadelijke *nudging* (dat wil zeggen: beïnvloeding van consumentengedrag door ingrepen in de keuzeomgeving) aan de kaak stelde, en een lans brak voor het toepassen van positieve *nudges* door financiële ondernemingen: de gunstigste optie voor de consument als standaard aangevinkt, bijvoorbeeld. Dit werd door marktpartijen gezien als betuttelend voor de klant en immoreel: ik ga toch de klant niet manipuleren? Ziedaar een beroep op neutraliteit en vrijheid van interferentie - voorbijgaand aan het feit dat *nudging* altijd in het spel is (bijvoorbeeld bij marketing (Sunstein, 2016)). De term *nudging* komt sinds 2018 niet meer terug in publicaties van de AFM.

Een ander voorbeeld is de introductie van de bankiers- en beroepseed in de financiële sector. De eed is expliciet een moreel-ethische verklaring die wettelijk werd verankerd met als doel om een “cul-

tuuromslag” in de financiële sector te bewerkstelligen. De AFM en DNB zijn belast met het toezicht op de naleving van deze verklaring. Ondanks de expliciet morele aard van deze eed manifesteert dit toezicht zich op technocratische, ‘neutrale’ wijze - inventarisaties van eedafleggingen, tuchtzaken en getroffen maatregelen (Groc and Rogge, 2022). Ook dat is nodig natuurlijk, maar op deze wijze blijft de onmiskenbaar morele dimensie van de eed door de toezichthouders onderbelicht.

Het ontmoraliseerde begrippenkader van neutraliteit waarin toezichthoudende instituten opereren, maakt het lastig om morele aspecten van beleidskeuzes te onderkennen, en morele dimensies aan te kaarten in het toezicht. Daar waar het wel gebeurt, lijkt de morele taal en geoefendheid te ontbreken om weerstand tegen deze interventies het hoofd te bieden.

6. Lichtpuntjes van remoralisering

Gelukkig zijn er tekenen zichtbaar van een voorzichtige remoralisering van de financiële sector. Steeds meer financiële instellingen formuleren een *purpose*, een *telos* als antwoord op de vraag ‘waartoe ben ik op aarde’ als organisatie (Maas, van Staveren and van Tilburg, 2020) - een breuk met de vanzelfsprekendheid van aandeelhouderswaardemaximalisatie als hoogste doel. De introductie van de bankiers- en beroepseed heeft het expliciet afwegen van de belangen van alle stakeholders - klanten, aandeelhouders, werknemers, de samenleving - tot het takenpakket van alle bankmedewerkers verheven. Financiële instellingen organiseren trainingen morele oordeelsvorming voor hun bestuurders en medewerkers, juist om betekenisvolle invulling aan de eed te kunnen geven (NVB, 2020). Sommige pensioenfondsen, wier miljardenbeleggingen enorme impact hebben, zijn radicaal gestopt met beleggingen in fossiele brandstoffen (Leeuw, 2021).

Het staat verre van vast dat dit initiatieven zijn die vanzelf uitgroeien en beklijven. *Greenwashing* wordt al als een probleem gesignaleerd (AFM, 2022), en de tegenreactie tegen ESG-maatregelen krijgt wereldwijd de wind in zeilen (Meredith, 2023). Om succesvol te worden moeten deze initiatieven worden gestimuleerd. Toezichthoudende instituties hebben een grote invloed op de financiële sector - daartoe zijn zij in het leven geroepen - en kunnen deze initiatieven helpen bevorderen. Daartoe moeten zij wel een moreel geladen begrippenkader omarmen, en de toepassing ervan in een weerbarstige praktijk trainen.

Andersom geldt dat wanneer dit begrippenkader niet wordt omarmd, toezichthoudende instituties terug zullen vallen op de oude *default*: een pseudo-neutrale, technocratische houding, waarin de taal ontbreekt die nodig is om morele afwegingen überhaupt te onderkennen. Deze ontmoraliseerde houding wordt dan onvermijdelijk overgebracht op financiële instellingen in de toezichtspraktijk - waarmee deze prille morele initiatieven gefnuikt kunnen

worden.

7. Conclusie

De morele leegte van de neoliberale invulling van het kapitalisme maakte zelfzuchtig en schadelijk gedrag van bedrijven mogelijk - met schade voor burgers en maatschappij als gevolg. De grote impact van de financiële sector op de reële economie maakt de schadelijkheid van zulk gedrag binnen financiële instellingen, zeker in het licht van de huidige existentiële uitdagingen als de klimaatcrisis, vele malen groter.

Gelukkig zijn er prille tekenen zichtbaar van een remoralisering van het begrippenkader waarbinnen financiële instellingen opereren. Dit brengt initiatieven op gang om morele vraagstukken van onze tijd het hoofd te bieden.

Maar de instituties die juist in het leven zijn geroepen om de uitwassen van de financiële sector te beugelen, de toezichhouders, zijn evenzeer onderworpen aan het geldende ontmoraliseerde begrippenkader. Zo lopen zij het risico de status quo in stand te houden. Om deze prille ontwikkelingen levensvatbaar te maken, is het noodzakelijk om ook het begrippenkader van de wetgevende en toezicht houdende instituten te remoraliseren, en de mensen binnen deze instituten geoefend te krijgen in de toepassing ervan in de praktijk.

Bibliografie

AFM (2022) *AFM pleit voor meer eenduidigheid en uitvoerbaarheid van internationale standaarden voor duurzaamheidsverslaggeving*. Available at: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2022/augustus/standaarden-duurzaamheidsverslaggeving> (Accessed: 23 August 2022).

Brandsma, J. (2022) *Rabobank betuigt spijt voor rol in de stikstofcrisis*, *Trouw*. Available at: <https://www.trouw.nl/duurzaamheid-economie/rabobank-betuigt-spijt-voor-rol-in-de-stikstofcrisis-baa2d917/> (Accessed: 10 September 2023).

Dwyer, J. (2005) 'Ethics and Economics: Bridging Adam Smith's Theory of Moral Sentiments and Wealth of Nations', *The Journal of British studies*, 44(4), pp. 662–687.

Elderson, F. and Schnabel, I. (2022) 'A catalyst for greening the financial system', *The ECB Blog*, 8 July. Available at: <https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2022/html/ecb.blog220708-1c7076c7b1.en.html> (Accessed: 23 August 2022).

Freeman, R.E. (1994) 'The Politics of Stakeholder Theory: Some Future Directions', *Business ethics quarterly: the journal of the Society for Business Ethics*, 4(4), pp. 409–421.

Friedman, M. (1970) 'A Friedman doctrine: The social responsibility of business is to increase its profits',

The New York times magazine, 13(1970), pp. 32–33.

Groc, A.I. and Rogge, E. (2022) 'De bankierseed en het bancaire tuchtrecht: drie rapporten', *Tijdschrift voor Compliance* [Preprint].

Kirakul, S., Yong, J. and Zamil, R. (2021) 'The universe of supervisory mandates - total eclipse of the core?', *FSI Insights* [Preprint], (30). Available at: <https://www.bis.org/fsi/publ/insights30.htm> (Accessed: 23 August 2022).

Lalkens, P. and Wolzak, M. (2009) 'AFM: banken verkopen nog knollen voor citroenen', *Het Financieel Dagblad*, 10 November. Available at: <https://fd.nl/frontpage/Print/krant/Pagina/Voorpagina/649091/afm-banken-verkopen-nog-knollen-voor-citroenen> (Accessed: 10 September 2023).

Leeuw, A. (2021) *ABP stopt met fossiele beleggingen, Binnenlands Bestuur*. Available at: <https://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/abp-stopt-versneld-met-fossiele-beleggingen> (Accessed: 23 August 2022).

Luyendijk, J. (2016) 'Big banks still have a problem with ethics and morality', *The Guardian*, 18 January. Available at: <https://amp.theguardian.com/sustainable-business/2016/jan/18/big-banks-problem-ethics-morality-davos> (Accessed: 23 August 2022).

Maas, K., van Staveren, I. and van Tilburg, R. (2020) *De purpose van Nederlandse financiële instellingen*, *Sustainable Finance Lab*. Available at: <https://sustainablefinancelab.nl/nl/paper/de-purpose-van-nederlandse-financiele-instellingen/> (Accessed: 23 August 2022).

Mellink, B. and Oudenampsen, M. (2022) *Neoliberalisme: een Nederlandse geschiedenis*. ourneweconomy.nl. Available at: <https://ourneweconomy.nl/wp-content/uploads/2022/09/Samenvatting-Neoliberalisme-Een-Nederlandse-Geschiedenis-2.0.pdf> (Accessed: 10 September 2023).

Meredith, S. (2023) *From Washington to Warsaw, a 'greenlash' is picking up steam despite extreme heat*, *CNBC*. Available at: <https://www.cnbc.com/2023/08/01/extreme-heat-a-green-backlash-is-sweeping-across-the-us-and-europe.html> (Accessed: 10 September 2023).

Metcalfe, S. (2017) 'Neoliberalism: the idea that swallowed the world', *The Guardian*, 18 August. Available at: <https://amp.theguardian.com/news/2017/aug/18/neoliberalism-the-idea-that-changed-the-world> (Accessed: 23 August 2022).

van Middelaar, L. (2009) 'Tegendraadse verantwoordelijkheid', *NRC Handelsblad*, 9 March. Available at: <https://www.nrc.nl/nieuws/2009/03/09/tegendraadse-verantwoordelijkheid-11694722-a559545> (Accessed: 23 August 2022).

Mises Institute (2014) *Friedrich A. Hayek*, *Mises Institute*. Available at: <https://mises.org/profile/friedrich>

-hayek (Accessed: 23 August 2022).

Moss, M. (2014) '20. The Extraordinary Science of Addictive Junk Food', in *The Best Business Writing 2014*. Columbia University Press, pp. 292–321.

Nast, C. (2016) *Silicon Valley's most disturbing obsession*, *Vanity Fair*. Available at: <https://www.vanityfair.com/news/2016/10/silicon-valley-ayn-rand-obsession> (Accessed: 23 August 2022).

Newbert, S.L. (2018) 'Achieving social and economic equality by unifying business and ethics: Adam Smith as the cause of and cure for the separation thesis', *The journal of management studies*, 55(3), pp. 517–544.

NVB (2020) *Bank & ethiek: "Morele dilemma's van vandaag zijn de reputationele en compliance risico's van morgen"*. Available at: <https://www.nvb.nl/bank-wereld-online/bank-ethiek-morele-dilemma-s-van-vandaag-zijn-de-reputationele-en-compliance-risico-s-van-morgen/> (Accessed: 23 August 2022).

Oliver, H. and Friedman, M. (1963) 'Capitalism and Freedom', *Southern economic journal*, 30(2), p. 190.

O'Neill, O. (2016) *Remarks by Baroness Onora O'Neill, Financial Services Culture Board*. Available at: <https://financialservicescultureboard.org.uk/remarks-by-baroness-onora-oneill/> (Accessed: 23 August 2022).

van Riel, A. (2016) 'Het financieel stelsel in historisch perspectief', *The Hague: WRR* [Preprint].

Rutten, R. (2022) 'Hoe het neoliberalisme in Nederland ongemerkt kon zegevieren', *NRC Handelsblad*, 23 June. Available at: <https://www.nrc.nl/nieuws/2022/06/23/hoe-het-neoliberalisme-in-nederland-ongemerkt-kon-zegenvieren-a4134468> (Accessed: 23 August 2022).

Sandel, M.J. (2020) *The tyranny of merit: What's become of the common good?* Penguin UK.

Schoenmaker, D. (2019) 'Greening monetary policy. Bruegel Working Paper Issue 02 February 2019', p. 24.

Stieber, J. and Primeaux, P. (1991) 'Economic efficiency: A paradigm for business ethics', *Journal of business ethics: JBE*, 10(5), pp. 335–339.

Stiglitz, J.A.D.P. (2004) 'Globalization and its discontents', *Canadian journal of sociology = Cahiers canadiens de sociologie*, 29(2), pp. 321–324.

Sunstein, C.R. (2016) *The ethics of influence: Government in the age of behavioral science*. Cambridge University Press.

Verbrugge, A.M., Buijs, G.J. and van Baardewijk, J.J. (2019) *Het Goede Leven en de Vrije Markt: Een culturele filosofische analyse*. Lemniscaat.

The CSDDD and Meaningful Human Rights Due Diligence: Some opportunities and threats

Annika van Baar¹

Western electronics at the heart of Russian warfare², the solar- automotive and garment industries' ties³ to forced labour in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region and the Palm Oil Industry's links to devastating environmental and human rights consequences⁴ are just three examples of how internationally operating businesses are linked to the breaching of fundamental rights of peoples and communities around the world. While corporate activity has globalized, the regulation of the adverse consequences of corporate activity is lagging. The resulting governance gaps have provided 'a permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation'.⁵ The 2011 Protect, Respect and Remedy Framework for Business and Human Rights, together with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) sought to start closing these governance gaps.⁶ The voluntary UNGPs urge states to observe their duty to protect and take 'appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication' (UNGP 1), also for 'their' corporations operating abroad.

Under the UNGPs, corporations are expected to respect human rights. This includes that they should 'avoid infringing on the human rights of others and address adverse human rights impacts with which they are involved' for at least those human rights included in the International Bill of Human Rights and the International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (UNGPs 11 & 12). To meet their responsibility to respect human rights, corporations should have a process for human rights due diligence (HRDD) in place, to identify, prevent, mitigate and account for how they address their (potential) impacts on human rights

(UNGP 15) and cooperate to provide remedy (UNGP 29). In this 'core component'⁷ of HRDD, corporations are expected to prioritize risks and impacts based on their severity, which consists of gravity, scope and irremediability, that is, to what extent impacts can be reversed.

The UNGPs were unanimously approved by the Human Rights Council and have since been adopted by states, civil society actors and corporations as a legitimate set of norms to guide corporate behaviour. The UNGPs have been included in the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises and thus formally endorsed by all OECD member states, providing guidance for companies for responsible business conduct. Neither the UNGPs nor the OECD guidelines are legally binding: they are a form of soft law. In recent years there have been initiatives to make (part of) these norms binding, through legislation⁸, extending the regulatory landscape that increasingly seeks to address business and human rights issues in Europe.⁹ Drivers behind the hardening of soft laws include the diagnosis

-
1. Dr. Annika van Baar is an Assistant Professor at the Vrije Universiteit Amsterdam. Her expertise is on the corporate involvement in international crimes. Her PhD dealt with "Corporate involvement in international crimes: In Nazi Germany, Apartheid South Africa and the Democratic Republic of the Congo", for which she received the Willem Nagel Award in 2022.
 2. J. Byrne, G. Somerville, J. Byrne, J. Watling, N. Reynolds & J. Baker, *Silicon Lifeline. Western electronics at the Heart of Russia's War Machine*, August 2022, static.rusi.org.
 3. Helena Kenny Centre, *Forced Labour Lab*, shu.ac.uk.
 4. OECD, *Responsible business conduct and human rights*, oecd.org.
 5. J. Ruggie, 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises', *UN Doc, A/HRC/8/5*, 7 April 2008.
 6. OHCHR, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework', *UN Doc HR/PUB/11/04*, 2011.

-
7. A. Duval, 'Ruggie's double movement: assembling the private and the public through human rights due diligence', *Nordic Journal of Human Rights*, 2023, 41/3, p. 279-303.
 8. M.T. Gustafsson, A. Schilling-Vacaflor & A. Lenschow, 'The politics of supply chain regulations'. *Regulation & Governance*, 2023, 17/4, p. 853-869.
 9. DIHR, *How do the pieces fit in the puzzle? Making sense of EU Regulatory initiatives related to business and human rights*, Danish Institute for Human Rights, 2023.

that voluntary measures have proven to be ineffective¹⁰ and that the state's obligation to protect human rights can only be achieved through legally binding regulations for corporations. An important development in the hardening of soft law takes place in the European Union. In February 2023, the European Commission adopted a proposal¹¹ for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) on human rights and environmental due diligence.¹² In this Directive, human rights due diligence is thus extended with a focus on adverse environmental impacts.

The CSDDD would make human rights and environmental due diligence mandatory for all European corporations of a certain size. This proposal follows the 2017 French Duty of Vigilance Law, the 2021 German Supply Chain Due Diligence Law and Norway's 2021 Transparency about Supply Chains Law. It also builds upon other specific mandatory reporting legislation such as the 2019 Dutch Child Labour Due Diligence Law, the 2017 EU Conflict Minerals Regulation, and the 2014 EU Non-Financial Reporting Directive. The scope and content of the CSDDD are extensively discussed in another contribution to this issue.¹³ In this contribution, I argue that the way corporations interpret and carry out human rights due diligence is essential to whether stronger regulatory requirements will lead to the intended effects, that is, actually reducing negative impacts on human rights and the environment around the world.

In discussions about HRDD legislation, a distinction is made between meaningful human rights due diligence and tick-the-box human rights due diligence.¹⁴ Meaningful human rights due diligence is a

constant, dedicated process that engages with stakeholders and their human rights risks and covers all relevant levels of the supply chain. It is directed at transformative change that enables businesses to respect human rights and can, in reality, prevent adverse human rights impacts. Tick-the-box HRDD, on the other hand, is cosmetic compliance, superficial, aimed at complying with a restricted set of requirements to avoid negative consequences for the business.¹⁵

This contribution considers some opportunities for corporations taking on HRDD in response to the UNGPs/OECD Guidelines or in anticipation of the mandatory HRDD legislation that is ahead. Then, it looks at some risks for tick-the-box HRDD, highlighting some of the foreseeable impediments corporations may face to conducting meaningful human rights due diligence. Especially the risk of outsourcing HRDD to experts, auditing companies and certifiers is discussed extensively. This contribution aims to show how compliance professionals and decision-makers within corporations can make the difference in reducing adverse corporate impacts on human rights and the environment, around the world.

1. Opportunities

HRDD is a process that makes transnational governance private by putting corporations in the lead in the governance of human rights. At the same time, it subjects corporate governance to public requirements 'including processes of participation, publicity and external accountability'.¹⁶ John Ruggie characterized HRDD as a way to scale up individual Corporate Social Responsibility initiatives to a more systemic level, leveraging private power to trigger behavioural changes.¹⁷ Meaningful HRDD brings the opportunity to start bridging the governance gap, created by globalization. It provides the opportunity to start addressing the adverse impacts on people and the planet that accompany corporate activities. Thereby, it answers to the rising concerns of the public about human rights and the environment: civil society representatives, EU citizens and investors have increasingly raised standards for corporate activity.¹⁸ A decade after the introduction of the UNGPs, businesses have started to show support for mandatory HRDD legislation.¹⁹

-
10. L. Smit, C. Bright, R. McCorquodale, M. Bauer, H. Deringer, D. BaezaBreinbauer, F. Torres-Cortés, F. Alleweldt, S. Kara, C. Salinier & H. Tejero Tobed, *Study on due diligence requirements through the supply chain: Final Report*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 2020(a) available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/n/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1>
 11. *European Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (CSDDD) 2022/0051*.
 12. S.F. ter Brake, 'Het voorstel voor de richtlijn Corporate Sustainability Due Diligence', *Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur*, 2022, 3, p. 75-85.
 13. L. Elshoff, 'The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive' *Compliance, Ethics & Sustainability*, 2023, this issue.
 14. Clean Clothes Campaign, ECCHR, Public Eye & Somo, *Legislating Human Rights Due Diligence: Respecting Rights or Ticking Boxes?* (Briefing paper) 2022, somo.nl; I. Landau, 'Human rights due diligence and the risk of cosmetic compliance', *Melbourne Journal of International Law*, 2019, 20, p. 221-247; J. Nolan, 'Hardening soft law: are the emerging corporate social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights?', *Brazilian Journal of International Law*, 2018, 15/2, p. 65-84; D. Monciardini, N. Bernaz, & A. Andhov, 'The organizational dynamics of compliance with the UK Modern Slavery Act in the food and tobacco sector', *Business & Society*, 2021, 60, p. 288-340.

-
15. Monciardini et al., 2021 (note 13); M.T. Gustafsson & A. Schilling-Vacaflor, 'Indigenous Peoples and multiscale environmental governance: The opening and closure of participatory spaces.' *Global Environmental Politics*, 2021, 22/2, p. 70-94.
 16. Duval, 2023 (note 6), p. 281.
 17. *Ibid.*, p. 284; p. 288
 18. European Commission proposal (note 10), p. 28.
 19. L. Smit, C. Bright, I. Pietropaoli, J. Hughes-Jennett, P. Hood, 'Business Views on Mandatory Human Rights Due Diligence Regulation: A Comparative Analysis of Two Recent Studies' *Business and Human Rights Journal*, 2020(b), 5/2, p. 261-269.

Smit et al.'s study into business attitudes towards mandatory HRDD shows that the majority of businesses expected that better regulation would benefit businesses by levelling the playing field.²⁰ By providing clarity for European firms and third-country businesses operating in Europe perceived fairness and legal certainty will increase. Conversely, mandatory HRDD would make it more difficult for companies to dissociate from, or even take benefits of, depredatory practices in their supply chains.²¹ In addition, businesses expected that mandatory HRDD would facilitate leverage with third parties because it would introduce a non-negotiable standard.²² Some corporations have expressed that they welcome the extra scrutiny that the new legislation will likely bring: 'I think that scrutiny is really healthy'.²³ Finally, HRDD can be beneficial for corporations in mitigating the risk of becoming involved in conflict, because the UNGPs instruct corporations to adopt heightened HRDD in contexts of conflict or potential conflict.²⁴

Mandatory HRDD is a form of meta-regulation because it is a legal regulation of self-regulation.²⁵ It is a type of legislation that, as Christine Parker puts it, tries to shape not only corporate outputs but also corporate conscience, to support corporate internalization of public values or policy goals that transcend a narrow set of self-interest goals that corporations may have.²⁶ As meta-regulation, mandatory HRDD allows space for the corporation itself to take responsibility for how to adjust its corporate processes to the framework of values established by this regulation. Lennartz found that this aspect of HRDD in particular was appealing to some corporations.²⁷ Furthermore, meta-regulation has a focus on continuous, incremental learning within organizations, which is necessary to achieve the required transformative change. Given the long history of negative impacts of corporate activity (often originating in the Global North), such transformative change is of great importance. Meaningful human rights due diligence can contribute to a fundamental shift in the way corporations operate, especially in the Global

South. The 2023 Human Rights Benchmark indicates that such transformative change is indeed possible.²⁸

2. Threats

The Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises has noted that existing corporate human rights impact assessments are too often carried out as tick-the-box exercises, without meaningful engagement with stakeholders. Studies on how corporations complied with HRDD-like legislations have shown that superficial compliance was observed in response to the UK Modern Slavery Act, the California Transparency in Supply Chains Act and the United States Dodd-Frank Act.²⁹ This shows that tick-the-box HRDD is a real risk. This section discusses three of the main threats to meaningful human rights due diligence.

2.1. Superficial integration into corporate processes

To carry out HRDD, responsible business conduct has to be embedded into a corporation's management systems. HRDD is not a one-off process that focuses on the risks for the company. Contrary to due diligence in its traditional business- and finance sense, HRDD focuses on the risks to others, namely the people whose human rights are under threat or violated, and those who suffer from environmental impacts. This presents a challenge because corporate processes are inherently directed towards the corporation's own goals, which tend to revolve around maximising profits and market share.

To achieve meaningful HRDD, this innate bias towards corporate goals must be recognised and addressed. First, it is a threat in the process of identifying and assessing potential and actual risks. There is a perverse incentive to not recognize risks that may require a lot of resources (and/or a lot of time) to address. Second, in the prioritization of which issues to address, impacts or risks that are easier or cheaper to manage may be acted upon sooner than more complex risks that may be more severe and less reversible. Moreover, corporations may be inclined to prioritize risks that are more likely to hurt their reputations at the expense of addressing other impacts or risks.³⁰ Meaningful HRDD does not focus on the

20. Ibid.

21. Gustafsson et al., 2023 (note 7), p. 845.

22. Smit et al., 2020(b) (note 18), p. 266

23. A. Schilling-Vacaflor & M.T. Gustafsson, 'Towards more sustainable global supply chains? Company compliance with new human rights and environmental due diligence laws', *Environmental Politics*, 2023, p. 1-22.

24. D. Aguirre & I. Pietropaoli, 'Heightened Human Rights Due Diligence in Practice: Prohibiting or Facilitating Investment in Conflict Affected Areas?', *Journal of Human Rights Practice*, 15/2, 2023, p. 541-558.

25. Landau, 2019 (note 13), p. 239.

26. C. Parker, 'Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility'. In: D. Kinley (ed). *Human Rights and Corporations*. London: Routledge 2009.

27. B. Lennartz, 'Business Actors' Interest in Harder and Softer Regulation of Human Rights Due Diligence.' *Nordic Journal of Human Rights*, 2023, 41/3, p. 326-344.

28. World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark 2023: insight Report*, 2023, assets.worldbenchmarkingalliance.org.

29. Landau, 2019 (note 13), p.235; L. Smit, G. Holly, R. McCorquodale & S. Neely, 'Human rights due diligence in global supply chains: evidence of corporate practices to inform a legal standard'. *The International Journal of Human Rights*, 2021, 25/6, p. 945-973; Clean Clothes Campaign et al. (note 13).

30. Landau, 2019 (note 13), p. 239; Clean Clothes Campaign et al., 2022 (note 13), p.18.

issues that are most economically beneficial to address, but on the most grave, extensive and/or permanent environmental and human rights impacts. Third, there may be a strong incentive to outsource HRDD to external actors – such as experts, certification schemes and auditing companies – as will be discussed in depth, in section 2.3.

2.2. A focus only on the process, and not on respecting human rights

HRDD is aimed at having corporations adhere to the rising social expectation that corporations respect human rights, which is also what is expected of corporations under the UNGPs. As process-based regulation, mandatory HRDD may shift the focus to the process of HRDD and regard the implementation of such as system as the end goal. In other words, the risk exists that compliance resources are mainly directed at internal processes, with too little attention paid to how to achieve the goal of the HRDD process: avoiding infringements on the human rights of others and environmental damage, addressing negative impacts when they occur, and contributing to better access to remedy (judicial and non-judicial) for victims of infringements related to corporate conduct.³¹

The process of HRDD is instrumental in achieving the goal of corporate respect for human rights. Three aspects are specifically important: 1) continuous and incremental adaptations of HRDD within the organization; 2) meaningful consultation with stakeholders, especially those in the Global South and 3) fair, critical and detailed reporting on both HRDD processes, impacts, and actions.

Continuous and incremental adaptations of the HRDD process are necessary because, first, implementing meaningful HRDD is difficult to get right in one try and will always be an iterative learning process. Secondly, potential and actual threats to human rights may change over time. These changes may result from adaptations in business conduct, for example when a new factory is being built in a context for which specific potential threats are not yet known. Yet also societal, legal and political developments in the country where business takes place may change, such as the adoption of legislation that strengthens the position of workers or the threat of a violent conflict due to national or international developments. Moreover, third actors may be of importance. For example, when another corporation, operating in the same context, attacks or tries to delegitimize trade unions and diminishes their effectiveness, this may change potential negative impacts.

Meaningful consultations with stakeholders are essential because of the need for continuous information gathering on risks and impacts - and whether

corporate measures to address them are effective.³² A first impression of potential risks may be gathered from academic research, NGO reports, and databases on human rights and environmental impacts. For an effective risk assessment, however, contact with those potentially affected by corporate activities is indispensable. The importance of including actors from the Global South is a central theme in discussions on HRDD, and mandatory HRDD legislation (including the CSDDD) is being criticised for not emphasising this aspect enough.³³

Creating meaningful consultations with stakeholders can be done via organizations representing rightsholders, such as trade unions, human rights organizations (e.g. national human rights institutions or global/local NGOs dedicated to human rights protection) or certification schemes (e.g. Fairtrade) that may have existing connections with stakeholders where impacts may take place. It is essential that consultations reach those whose rights may, in reality, be affected and that these stakeholders are enabled to voice their experiences, insights and opinions on negative impacts and risks. In addition, evidence from the French *Devoir de Vigilance* law suggests that corporations should prepare for people from the Global South approaching corporations with the question of what their Due Diligence process looks like.³⁴ Such requests can form an opportunity for meaningful stakeholder consultations. Therefore, being approachable and having a protocol for such requests should be part of a meaningful HRDD process. Finally, grievance mechanisms at the level of local facilities can be important sources of information, although it is a challenge to create trust among workers, farmers or other affected rightsholders so that they feel safe to use these mechanisms.³⁵

Fair, critical, and detailed reporting on the HRDD process, its impact and actions is essential, for HRDD to be meaningful. HRDD is meant to ‘open private, shareholder-driven corporate governance to the scrutiny and participation of the stakeholders affected by it’.³⁶ This goes beyond meaningful participation with stakeholders: it means that corporate governance is opened to the public, to foster transparency and accountability. To carry out meaningful HRDD, corporations need to go beyond existing sustainability- and non-financial reporting. Also,

31. OHCHR, 2011 (note 5).

32. Duval, 2023 (note 6), p. 290-4.

33. F. Dehbi & O. Martin-Ortega, ‘An integrated approach to corporate due diligence from a human rights, environmental and TWAIL perspective’ *Regulation & Governance*, 2023,17, p. 927-943; M. Mason, L. Partsch & T. Kramarz, ‘The devil is in the detail—The need for a decolonizing turn and better environmental accountability in global supply chain regulations: A comment’, *Regulation & Governance*, 2023, 7, p. 970-979.

34. Schilling-Vacaflor & Gustafsson, 2023 (note 22), p. 15.

35. Smit et al, 2021 (note 28), p. 956-7.

36. Duval, 2023 (note 6), p. 290-1.

while most reporting on corporate activities is directed at shareholders, communication on HRDD has rights-holders and civil society actors as its primary audience. The UNGP reporting framework, backed by a coalition of 88 investors, and the Global Reporting Initiative's standards may serve as starting points for businesses still developing their reporting on HRDD.³⁷

In practice, corporations may face restrictions on what they can disclose.³⁸ However, it is important to assess and monitor whether such restrictions are legitimate and real, rather than a way to circumvent responsibilities central to the HRDD process. In other words, there is a threat that corporations have an overly extensive view of what types of information are confidential, standing in the way of fair communication. It may also be necessary to review non-disclosure clauses in supplier- or employment contracts. When a corporation finds human rights risks or abuses arising from their business conduct, such information needs to be disclosed so that rights holders, investors and consumers have access to that information. Such fair, critical, and detailed reporting is essential to the continual improvement of HRDD, ensuring valuable input from stakeholders and making HRDD an effective tool for market regulation.

2.3. Reliance on experts, certification schemes and auditing companies

The UNGPs suggest that business policies directed at respecting human rights are informed by relevant external expertise such as from governments, human rights defenders, national human rights institutions and other civil society organizations.³⁹ The interpretive guide for the UNGPs states that it may, in some cases, be necessary to rely on external experts for HRDD, for example when there is a history of distrust between the corporation and its business partners, and potentially affected stakeholders.⁴⁰ In the past few years, there has been an enormous increase in the number of private HRDD consultants.⁴¹ A study of external experts involved in the HRDD of an oil and gas company and a financial institution showed that external organizations enabled a deep dive into local contexts to understand the nuances

of the lived experiences of communities.⁴² Given the lack of human rights expertise at most companies, knowledge provision at these two companies depended on externals, who did the on-the-ground job but also much of the desk-based research connected to HRDD.

However, various risks have been associated with the corporate use of external experts in human rights due diligence. First, overly relying on external experts may stand in the way of embedding respect for human rights into the business, adding to the risk of HRDD only being superficially integrated into business processes, as discussed above. Second, reliance on industry initiatives, third-party verification (auditing), or certification schemes present innate risks to meaningful HRDD. The remainder of this section discusses how 'outsourcing HRDD' to external parties may be problematic.

Industry initiatives are schemes and platforms set up by a group of companies in the same industry, facing similar human rights- and environmental issues in their business operations and/or supply chains. Such initiatives tend to face conflicts of interest, especially when they are predominantly industry-led, such as CocoaAction.⁴³ When such initiatives are predominantly - or even exclusively - industry-driven and funded, standards and approaches are limited by corporate interests, which represents a threat to meaningful HRDD. Multi-stakeholder initiatives, such as the Fair Labour Association, may have more credibility because governments and rightsholders may be included, but they remain predominantly financed by corporate funds, membership fees from brands, registration fees of participants and income from training corporate actors.⁴⁴ Because of the need to recruit and retain corporate participants in the scheme, there may be a disincentive to carry out thorough and strict HRDD processes for participating corporations.

Auditing firms are for-profit organizations that provide services that include physical inspection of a facility (such as farms, factories, mines, etc.), review of available documentation, and interviews with management, employees and/or contractors. The auditor presents these findings to conclude whether and to what extent the audited facilities comply

37. Shift & Mazars, *UN Guiding Principles Reporting Framework*, available at: <https://www.ungpreporting.org/database-analysis/reporting-trends-and-insights/>; GRI, *Global Reporting Standards*, available at: <https://www.globalreporting.org/>

38. Clean Clothes Campaign et al., 2022 (note 13), p.17.

39. OHCHR, 2011 (note 5), p.16.

40. Ibid, p. 35.

41. S. Deva, 'From "business or human rights" to "business and human rights": What next?' In: S. Deva & D. Birchall (Eds.), *Research handbook on human rights and business* Edward Elgar 2020, p. 1-22; J. Nolan & N. Frishling, 'Human Rights Due Diligence and the (Over) Reliance on Social Auditing in Supply Chains' In: S. Deva and D. Birchall (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar 2020, p. 108-129.

42. M. McVey, 'Untangling the authority of external experts in the corporate implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights' *Journal of Human Rights*, 2022, 21/5, p. 620-638.

43. Corporate Accountability Lab, *Empty Promises: The Failure of Voluntary Corporate Social Responsibility Initiatives to Improve Farmer Incomes in the Ivorian Cocoa Sector* July 2019, cocoainitiative.org, p.13; G. Quijano & J. Wilde-Ramsing, *A piece, not a proxy. The European Commission's dangerous overreliance on industry schemes, multi-stakeholder initiatives, and third-party auditing in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, 2022, somo.nl.

44. Quijano & J. Wilde-Ramsing, 2022 (note 42) p. 14.

with a set of predefined criteria. The Guiding Principles, OECD Guidelines, UNGP reporting framework,⁴⁵ and the Global Reporting Initiative's standards⁴⁶ refer to audits as only one of many potential methods. Nevertheless, estimates indicate that social auditing accounts for up to 80 % of ethical sourcing budgets and has grown to a more than 50 billion dollar industry.⁴⁷ Overreliance on auditors is problematic, because auditors also face conflicts of interest because they are commercial entities paid by the businesses that run the places they audit. The auditing market is competitive, so keeping clients happy is necessary to remain in business which may push auditors to tick-the-box practices.⁴⁸ Various examples illustrate how auditing falls short in, for example, ensuring health and safety requirements. The 2012 fire in the Ali Enterprises factory in Pakistan (killing around 250 people) and the 2013 Rana Plaza building collapse (killing over 1000 people), both had been audited by renowned auditing firms (RINA and TÜV Rheinland/Bureau Veritas, respectively).⁴⁹ TÜV SÜD certified the company operating the Brumadinho dam in Brazil and certified the dam's stability seven months before it collapsed in January 2019, killing over 250 people.⁵⁰ Reportedly, TÜV SÜD was aware of the dam's defects and was pressured by mine operators who had an interest in the auditor declaring the dam to be stable. Those audited often have a strong financial motive to pass audits, which may lead to pressure or bribes but also hiding human rights issues, falsifying documentation and coaching workers to give false information to auditors.⁵¹ Grievance mechanisms, which in theory could help detect problems with audits, are often ineffective.⁵²

In addition to conflicts of interest, auditing as a method may not be fit to detect actual and potential impacts on human rights and the environment and, therefore, meaningful HRDD cannot primarily depend on audits.⁵³ First, audits tend to consist of short visits that may even be announced prior, so that audited locations have time to hide what they want to hide. Second, audits are not designed to detect less visible human rights issues and issues related to land use, such as lack of free, prior and informed consent.⁵⁴ While basic working conditions such as health and safety, working hours and wages may be auditable, many other human rights

issues require more meaningful engagement with stakeholders to be detected.⁵⁵ Second, audits are inherently superficial (checklist exercises) at best only providing a snapshot.⁵⁶ Even when ambitious standards are being set, the methodology inherent to the auditing procedure cannot ensure such standards, as became clear for the Roundtable on Sustainable Palm Oil (RSPO), which relied entirely on auditing to counter the destruction of biodiversity, the palm oil sector's contribution to climate change and the abuse of indigenous and community rights.⁵⁷ Some have even accused audits of being 'designed to fail'.⁵⁸

Certification, often based on auditing, faces similar conflicts of interest, because as a market-based mechanism, certification schemes can only survive when they retain market access and sales of certified goods. While some certification schemes certainly have positive impacts, many certified corporations remain linked to environmental destruction and human rights violations, so that certification potentially enables destructive companies to continue 'business as usual'.⁵⁹ Certifiers, such as Fairtrade, can be of great benefit to corporations in the design and continuous improvement of HRDD processes because they often have a thorough knowledge of the (changing) local reality of workers and producers and have long-lasting relationships with these rights-holders. A study into Fairtrade's position in the HRDD landscape, however, concluded there is a real risk that certifiers are made too responsible for HRDD because of market pressures.⁶⁰ Providing HRDD services may be beneficial from a volume- and market share perspective: certifiers face strong pressures to cater to their main corporate 'customers' (i.e. the brands and manufacturers that use and sell certified goods). But even when certifiers can go beyond audits, which, as discussed, cannot provide for HRDD, they are likely to face capacity problems and unduly exposure to blame or even legal consequences when problems occur in the HRDD process. This threatens their capacity as a watchdog and, despite certifiers' good intentions, results in a move towards tick-the-box HRDD. In short, to ensure that HRDD is meaningful, it should not be fully outsourced to certifiers.⁶¹

45. www.ungpreporting.org/database-analysis/reporting-trends-and-insights/

46. www.globalreporting.org/

47. Nolan & Frischling, 2020 (note 40), p. 118-9.

48. Quijano & Wilde-Ramsing, 2022 (note 42), p. 15.

49. Ibid, p.11; Nolan & Frischling, 2020 (note 39), p. 120.

50. C. Muller-Hoff, 'Human Rights fitness of the auditing and certification industry', ECCHR/Brot für die Welt/Misereor, 2021, www.ecchr.eu.

51. Quijano & Wilde-Ramsing, 2022 (note 42), p. 27; Clean Clothes Campaign et al., 2022 (note 13).

52. Quijano & Wilde-Ramsing, 2022 (note 42), p. 21.

53. Nolan & Frischling, 2020 (note 40).

54. Quijano & Wilde-Ramsing, 2022 (note 42), p. 19.

55. Nolan & Frischling, 2020 (note 40), p. 123.

56. Ibid, p. 121.

57. EIA, 'Who watches the watchmen? Auditors and the breakdown of oversight in the RSPO', London 2015, ec.europa.eu.

58. A. Higgins, 'Corporations are paying for worker abuse audits that are 'designed to fail', say insiders'. *The Guardian*, 10 October 2023.

59. For anti-deforestation certification see Greenpeace, *Destruction: Certified*, Greenpeace.org, 10 March 2021; Muller-Hoff, 2021 (note 49).

60. A. van Baar & F.E. Knoote, *A Fair Price for Human Rights Due Diligence*, Fairtrade International, 2022 files.fairtrade.net.

61. Ibid.

3. Concluding remarks

Human Rights Due Diligence, which is increasingly becoming mandatory, provides various opportunities to prevent, end, and diminish the negative impacts of business on human rights and the environment. As we have surpassed the era of business *or* human rights, and entered the era of business *and* human rights, there is however a real risk in the business *of* human rights.⁶² In a business *of* human rights, HRDD does not become truly integrated into corporate processes, there is too much of a focus on the process of HRDD, rather than the outcome of that process. Overreliance on external experts, auditors and certifiers push HRDD towards a tick-the-box exercise, instead of meaningful HRDD as intended in the UNGPs.

Whether HRDD will meet its goals of ending, preventing, and diminishing negative corporate impacts on human rights and the environment, will be determined by how corporate actors implement the process into their business operations and how HRDD will become a corporate practice. This depends on corporate decision-makers and compliance professionals. Legislation to make HRDD mandatory will obligate more corporations to engage in such implementation, but it should be noted that the upcoming CSDDD is likely to be much less stringent than the UNGPs and that the letter of the law may not be fully in line with the spirit of the law (or the UNGPs). So, while the (at least partial) support for mandatory HRDD⁶³ is encouraging, it is the interpretation and implementation of HRDD and continuous corporate action towards respecting human rights that determine whether this new development will be a meaningful contribution to human rights and the environment across the globe.

62. Deva, 2020 (note 40), emphasis in original.

63. See for example, media.business-humanrights.org/media/documents/Multistakeholder_statement_111223.pdf

'Duurzaam ondernemen is niet meer weg te denken'

J. Boogaard¹

Maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft het afgelopen decennium een enorme vlucht genomen, maar volgens MVO Nederland gaat het nog niet snel genoeg. Het duurzame bedrijsvennetwerk pleit voor strengere wetgeving en roept bedrijven op tot actie.

MVO Nederland stimuleert en ondersteunt bedrijven om bij te dragen aan een duurzame economie. En spoort de overheid aan om van duurzaam ondernemen de standaard te maken. Hoewel er al veel is bereikt, verloopt de vergroening van de Nederlandse economie traag. Dat zeggen relatiemanager Anne Schaap en manager Partners en Sectoren Pieter van den Herik van MVO Nederland in een gesprek met Compliance, Ethics & Sustainability.

In 2024 bestaat MVO Nederland twintig jaar. Zijn jullie tevreden over het tempo van de verduurzaming van de Nederlandse economie?

Van den Herik: 'In de afgelopen twintig jaar is duurzaamheid prominent op de agenda gekomen. Niet alleen bij de politiek en het bedrijfsleven, maar ook burgers hebben er meer oog voor gekregen. Tegelijkertijd vinden we dat de transformatie naar een duurzame economie een stuk sneller kan. Sinds 2020 meten we jaarlijks de duurzaamheid van de Nederlandse economie met onze Nieuwe Economie Index. Toen we daarmee startten was 12% van de economie duurzaam. Dat is inmiddels toegenomen naar 16,5%. Er is dus al veel gebeurd, maar we zijn nog niet tevreden. In 2025 moet minstens 20% van het Nederlands bedrijfsleven duurzaam zijn. In theorie is dit een omslagpunt, dat zorgt voor een verdere versnelling van de verduurzaming. In het huidige tempo is het onzeker of we deze doelstelling gaan halen, maar we blijven er samen met onze partners hard aan werken. We zijn natuurlijk ook afhankelijk van het beleid in Den Haag. Het nieuwe kabinet zal een gelijk speelveld moeten creëren voor duurzame bedrijven. Duurzame ondernemers moeten worden beloond en zeker niet worden gestraft doordat hun concurrentiepositie bijvoorbeeld verslechtert. Een goed duurzaamheidsbeleid is dus van groot belang. Duurzaam ondernemen is niet meer weg te denken en hard nodig.'

MVO Nederland vindt dat de tijd van beleid maken, mooie woorden en praatclubs voorbij is. Pleiten jullie voor stevige maatregelen?

Anne Schaap: 'Regels stellen en handhaven is noodzakelijk om duurzaamheidsdoelen te realiseren. Neem het bindend vrouwenquotum dat vorig jaar is ingevoerd. Die wet verplicht bedrijven om meer vrouwen in hun leiding op te nemen en heeft dus meteen een positief effect op de diversiteit in het bedrijfsleven. We zullen hier ons voor de lange termijn aan moeten committeren, want we zien vrouwen in de top ook weer snel uitstromen. Met wetgeving kan de overheid de juiste prikkels uitdelen. Stimulering, normering en beprijsen zijn effectieve instrumenten om de duurzaamheidstransitie te bevorderen. Die moeten elkaar raken op de zeven thema's van de nieuwe economie: nieuwe rijkdom, echte prijzen, transparante ketens, inclusief ondernemen, groene energie, biodiversiteit en circulaire economie. Van de overheid verwachten we ook een voortrekkersrol. Een mooi voorbeeld is de gemeente Amsterdam, die er hard aan werkt om de grondstoffenkringloop te sluiten en ondernemers helpt om meer circulair te ondernemen. In 2050 wil de overheid immers naar een volledig circulaire economie. De gemeente staat voor de opgave om jaarlijks een volume aan grondstoffen te besparen met een omvang van negen Arena's. Samen met ons en ondernemers wordt deze uitdaging opgepakt.'

Met welke prikkels kan de overheid de verduurzaming in het bedrijfsleven versnellen?

Van den Herik: 'We zien dat Den Haag en Brussel wel duurzaam ondernemen stimuleren met subsidies, maar terughoudend zijn met strengere normen en andere prijzen voor milieubelastende activiteiten. Dat soort prikkels zouden wij graag meer zien. Denk aan verplichte CO₂-beprijzing. De vervuilende bedrijven moeten betalen voor de schade aan het milieu, terwijl dat nu nog wordt afgewenteld op de maatschappij. We zien ook graag dat de echte kosten van een product tot uiting komt in de prijs. De productie van bijvoorbeeld koffie kan gepaard gaan met milieuschade, verlies van biodiversiteit of schending van mensenrechten. Deze verborgen maatschappelijke kosten zullen in een hogere prijs tot uiting moeten komen. Dit doen we al met accijnzen en in termen van duurzaamheid is dit ook nodig. Europa moet hiermee aan de slag, maar dit gaat langzaam en vaak zien we dat het ambitieniveau tijdens het vormen van een wet omlaag gaat. Ondernemers hoeven ook niet op Brussel te wachten. In ons netwerk zien

1. Jeroen Boogaard is financieel journalist en medewerker van dit tijdschrift.

we veel bedrijven die al wel aan de hogere ambities voldoen.'

Anne Schaap: 'Wij laten met onze ondernemers zien dat er een business case voor is. Dat is erg belangrijk om draagvlak te creëren voor duurzaam ondernemen. MVO Nederland speelt hierin een belangrijke rol. Verschillende ondernemers gaan al verder dan wat wordt verlangd in de huidige wet- en regelgeving. Dit is volgens ons ook noodzakelijk om bijvoorbeeld de klimaatdoelstellingen van Parijs te halen of biodiversiteit te beschermen. Door te laten zien dat er koplopers zijn met een gezond, toekomstbestendig verdienmodel kunnen we gedragsverandering bespoedigen. Uit onderzoek blijkt namelijk dat ondernemers het beste leren van andere ondernemers. Wetgeving is belangrijk, maar tegelijkertijd is er een versnelling nodig door ondernemers die van elkaar en kennisinstellingen leren. Wij zorgen ervoor dat deze partijen bij elkaar komen en trekken daar lessen uit, die we vervolgens weer inbrengen in Den Haag en Brussel. Een bekende koploper is Interface, wereldwijd de grootste fabrikant van duurzame tapijttegels. De oprichter was een visionair die al in de jaren negentig de missie had om de CO2-emissies naar nul te verlagen. Dat is inmiddels gelukt en het succesverhaal heeft veel ondernemers geïnspireerd om ook duurzamer te ondernemen. Een goede business case is daarbij noodzakelijk voor draagvlak binnen de organisatie.'

Wat verwachten jullie van bedrijven op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen?

Van den Herik: 'Bedrijven moeten simpelweg aan de slag met de zeven thema's van onze Nieuwe Economie Index. Het is aan hen waarop ze de nadruk willen leggen. Voor een productiebedrijf is groene energie belangrijk, voor een consultancybureau kan dat inclusief ondernemen zijn. Nadat ze een keuze hebben gemaakt, kunnen ze snel aan de slag met onze laagdrempelige kennisproducten. Wat verder in het traject gaan ze hopelijk samen met andere ondernemers werken aan innovaties rondom een specifiek thema, die in hun specifieke markt voor wezenlijke verandering kunnen zorgen. Wij zetten hiervoor innovatie- of transitieprojecten op. Vervolgens gaan wij namens die bedrijven in gesprek met politici en beleidsmakers over eventuele knelpunten en noodzakelijke voorwaarden voor de transitie naar de nieuwe economie.'

Op welke thema's is de afgelopen jaren de meeste vooruitgang geboekt en welke blijven nog duidelijk achter?

Van den Herik: 'Nederland was qua duurzame energie jarenlang het slechtste jongentje van de klas, maar heeft ondertussen wel een indrukwekkende inhaalslag gemaakt. De vorige regering is daarmee serieus werk van gaan maken en het Klimaatfonds zal het aandeel van duurzame energie naar verwachting verder vergroten. Op andere thema's gaat het helaas niet zo snel en hier en daar zien we zelfs een verslechtering. Een van de thema's waarop bedrijven nog slecht scoren is 'nieuwe rijkdom'. De meest bedrijven sturen nog vooral op financiële prestaties. Wij

vinden dat ze echter ook moeten gaan sturen op andere zaken, zoals het welzijn van werknemers en een positieve impact op klimaat en biodiversiteit. Dat gaat niet vanzelf, want de bedrijfstop moet er achterstaan. Daarom hebben we een programma opgesteld om bestuurders en commissarissen warm te maken voor een omslag. We maken voor hun inzichtelijk dat wanneer ze blijven sturen op geld er andere waarden negatief worden beïnvloed. Het gaat er om die waarden juist positief te beïnvloeden en tegelijkertijd ook financieel goed te blijven presteren. Hier ligt een belangrijke rol voor de bedrijven zelf en de nieuwe rapportageverplichtingen in de CSRD-richtlijn gaan daar zeker bij helpen. Bedrijven zullen bijvoorbeeld gaan rapporteren over medewerkerswelzijn, niet alleen van de eigen mensen maar ook van bijvoorbeeld toeleveranciers. Hoe veilig is het voor arbeiders die de grondstoffen voor jou winnen? Worden die goed betaald? Hebben ze enige vorm van medezeggenschap? Dat gaat dus een stuk verder dan de huidige rapportageverplichtingen.'

Anne Schaap: 'Verandering is hard nodig. Het geld wordt in Nederland nog grotendeels in de oude economie geïnvesteerd. Maar liefst 95% van de investeringsstromen in het bedrijfsleven gaat nog naar bedrijvigheid die niet expliciet streeft naar verbetering voor mens, milieu of samenleving. Dit is best heftig om ons te realiseren en we zullen hard moeten werken aan verbetering. Duurzaam ondernemen biedt ook een kans voor bedrijven om zich te onderscheiden op de krappe arbeidsmarkt. Zeker bij de nieuwe generatie is maatschappelijk verantwoord ondernemen een belangrijk criterium bij het kiezen van een werkgever.'

Van den Herik: 'We zien dat familiebedrijven bij hun investeringen al meer rekening houden met sociaal maatschappelijke aspecten en zich niet alleen richten op financieel rendement. Beursgenoteerde bedrijven voelen natuurlijk de druk van hun aandeelhouders om de winst te maximaliseren en het is dan ook goed dat de CSRD-richtlijn voor deze groep in 2024 in werking treedt. Ze zijn dan verplicht om ook te rapporteren over niet-financiële waarden. Doen ze dat niet naar behoren, dan zullen de aandeelhouders daar vermoedelijk wel een punt van maken. Het is immers ook niet gunstig voor de reputatie van zo'n bedrijf. De rapportageverplichtingen zijn mooi, maar uiteindelijk zullen bedrijven duurzaamheid ook moeten borgen in hun besluitvorming, processen en governance. Alleen op die manier komt er verandering op gang.'

De CSRD-richtlijn verplicht grote bedrijven om te rapporteren over de impact van hun activiteiten op mens en milieu. Voor beursgenoteerde bedrijven geldt deze verplichting al vanaf boekjaar 2024. Dit leidt tot ingrijpende wijzigingen in de bedrijfsvoering. Waar lopen jullie partners in de praktijk tegenaan?

Van den Herik: 'Dat is heel divers. Er zijn bedrijven die nog niet zo ver zijn op het gebied van duurzaamheid. Deze groep moet eerst in kaart brengen wat voor hun de belangrijke thema's zijn. Om dit te bepalen is een zogeheten materialiteitsanalyse nodig. Wat is belangrijk voor mijn stakeholders?'

Waar heb ik impact? De uitkomsten zijn bepalend voor de duurzaamheidsrapportages, omdat bedrijven over de materiele zaken moeten gaan rapporteren. Waar bedrijven ook tegenaan lopen, is de zogeheten dubbele materialiteit. Volgens de CSRD is een dubbele materialiteitsbeoordeling verplicht. Het gaat dan in feite om de vraag: welke duurzaamheidsrisico's ontstaan er in de wereld die potentieel invloed hebben op jouw keten en bedrijfsvoering? Bedrijven worstelen met deze analyse. Er is bovendien een controleverplichting. Accountants zullen kritisch naar de duurzaamheidscijfers kijken en niet zomaar een goedkeuringsverklaring afgeven. Ontbreekt deze verklaring, dan krijgen bedrijven op zijn minst kritische vragen van aandeelhouders, klanten en investeerders. Er zal bovendien ook reputatieschade ontstaan. Bedrijven moeten CSRD dus heel serieus nemen. Het opzetten van een goede structuur om alle benodigde data te verzamelen en corporate governance is daarom een actueel thema bij veel bedrijven.'

Meer dan een kwart (26,8%) van de Nederlandse bedrijven die in 2025 moeten rapporteren voldoet op dit moment nog niet aan de CSRD-wetgeving, blijkt uit onderzoek van SEO en de Universiteit van Amsterdam. Zijn de eisen van duurzaamheidsverslagen te hoog?

Anne Schaap: 'Dat denken wij niet. Bedrijven moeten er gewoon mee aan de slag. Als organisaties een duurzaamheidsstrategie en materiele thema's hebben geformuleerd, en hun rapportagestructuur op orde hebben dan zien we geen grote obstakels om CSRD te implementeren. In onze Community of Practice begeleiden wij bedrijven daarin. Bedrijven kunnen daar zo instappen en leren in vier dagen hoe ze om moeten gaan met CSRD. De nieuwe regels zijn zeker niet te streng als je kijkt naar de staat van de planeet. De aarde heeft zes van haar negen planetaire grenzen overschreden. Het gaat dan om biodiversiteitsverlies, klimaatverandering, stikstof- en forsforkringloop, zoetwatergebruik, landgebruik en chemische vervuiling. Voor de toekomstbestendigheid van de economie en het bedrijfsleven zullen we meters moeten maken. De tijd van alleen sturen op economische waarden en rendabiliteit in plaats van rentmeesterschap is voorbij. We moeten er nu alles aan doen om zo snel mogelijk duurzaamheid in de kern van bedrijven te integreren en de rapportage op orde te krijgen. Het is even aanpoten maar het is de moeite waard.'

Bedrijven moeten ook rapporteren over hoe hun leveranciers omgaan met duurzaamheid. Grote bedrijven kunnen hiervoor consultants inschakelen, maar voor kleinere ondernemers is dat niet altijd financieel haalbaar. Hoe kunnen zij aan die informatie komen?

Van den Herik: 'Voor de gemiddelde mkb'er gaat dit nog een hele uitdaging worden, want ze hebben inderdaad niet dezelfde budgetten als grote ondernemingen. Mkb'ers kunnen uiteraard ook mee doen aan onze Community of Practise bijeenkomsten. Daarnaast organiseren we op donderdag 25 januari een CSRD-Day, die geheel in het teken zal staan

van de nieuwe wetgeving. Voor mkb-bedrijven gaan we nog meer bijeenkomsten houden, want wij zien de behoefte in de markt om deze groep te helpen, bijvoorbeeld met tips over hoe ze de benodigde data in de toeleveringsketen kunnen verkrijgen.'

Experts maken zich zorgen dat de nieuwe rapportageverplichtingen tot meer rechtszaken zullen leiden. Ook bestuurdersaansprakelijkheid is een belangrijk risico. Hoe kijken jullie hier tegenaan?

Van den Herik: 'Bestuurders mogen zich zeker zorgen maken over de wereld en maatschappij. Wij zijn van mening dat bedrijven een maatschappelijke zorgplicht hebben en verplicht zijn om te kijken hoe ze ondernemen en wat voor consequenties dit heeft op de maatschappij. Dit begint bij het verkrijgen van inzicht en vervolgens moet je kijken wat je er aan kunt doen. Als bedrijven dit niet oppakken dan kan dat juridische gevolgen hebben. Kijk bijvoorbeeld naar Shell, dat een rechtszaak heeft verloren van Milieudefensie en de uitstoot van CO2 sneller moet gaan terugdringen. Dat vinden wij terecht, want bestuurders en commissarissen kunnen niet langer hun ogen sluiten voor de klimaatcrisis.'

Bedrijven doen zich geregeld duurzamer voor dan ze zijn. Hoe kunnen compliance afdelingen de kans op greenwashing verkleinen?

Anne Schaap: 'Om een einde te maken aan misleidende of valse claims bereidt de Europese Commissie nieuwe wetgeving voor, de zogeheten Green Claims Directive. Dit onderwerp behandelen wij ook op onze Community of Practise bijeenkomsten. Het komt er in feite op neer dat bedrijven goed onderzoek moeten doen naar de claims die ze gebruiken. Die moeten gefundeerd zijn met degelijke informatie. Accountants zullen hier kritisch naar kijken. Overigens heeft de ACM al de leidraad duurzaamheidsclaims met voorbeelden van goede en foute duurzaamheidsclaims. Dit helpt bedrijven om hun duurzaamheidsclaim goed te onderbouwen. Bedrijven doen er goed aan om nu al te toetsen of hun claims voldoen aan bestaande wet- en regelgeving. Hiervoor is het nodig dat disciplines samenkomen, waarbij compliance zich verbindt met duurzaamheidsafdelingen en marketing. Reclame-uitingen moeten gebaseerd zijn op wetenschappelijk onderbouwde methoden en bijbehorende feiten en cijfers. Voor een goede onderbouwing is een levenscyclusanalyse, of een Life Cycle Analysis, bijzonder geschikt. Dit geeft bedrijven inzicht in hun ecologische voetafdruk. Volgens ons is het belangrijk dat dit gemeengoed wordt, zodat koplopers zich kunnen blijven onderscheiden. We willen voorkomen dat duurzame bedrijven straks onder de nieuwe wetgeving niet langer bepaalde duurzaamheidsclaims durven te doen uit angst dat ze hun claim misschien net niet kunnen waarmaken.'

Geld nog steeds focus van commissarissen

prof. dr. K.E.H. Maas en drs. M.E. Janssen Groesbeek¹

De kritische blik van de samenleving de afgelopen jaren heeft geleid tot meer aandacht voor duurzaam ondernemen. Burgers en overheid, maar ook grote beleggers moeten verder kijken dan alleen de financiële prestaties van bedrijven. Vervuiling, creatie van werkgelegenheid, innovaties zijn in het nieuws. Nieuw is de structurele aandacht voor de sociale, ecologische en economische impact van alle organisaties, op mensen, hun gemeenschappen en de natuurlijke omgeving. In dit artikel worden de veranderingen gevolgd vanuit de rol van corporate governance en in het bijzonder de rol die de toezichthouder hierin kan vervullen.

1. Introductie

De verwachtingen van stakeholders over bedrijven, zijn in korte tijd sterk veranderd door een groeiende aandacht voor maatschappelijke kwesties als ongelijkheid, klimaat en biodiversiteit en door nieuwe wet- en regelgeving, zowel uit Europa als uit Nederland. Hoewel de kritische blik van de samenleving de afgelopen jaren heeft geleid tot meer aandacht voor duurzaam ondernemen, is het kritisch volgen van het gedrag van ondernemingen niet nieuw. Burgers en overheid, maar ook grote beleggers hebben altijd verder gekeken dan alleen de financiële prestaties van bedrijven. Vervuiling, creatie van werkgelegenheid, innovaties waren altijd in het nieuws. Wat wel nieuw is, is de structurele aandacht voor de sociale, ecologische en economische impact van alle organisatie op mensen, hun gemeenschappen en de natuurlijke omgeving. Waardoor ook steeds duidelijker wordt dat deze impact zowel positief als negatief kan zijn.

De globalisering van zowel de reële als de financiële markten en het feit dat Nederlandse pensioenfondsen en hun vermogensbeheerder grote financiële spelers werden op de kapitaalmarkt zorgden voor de opkomst van het aandeelhouderskapitalisme (het Angelsaksische model) naar Nederland. Dit leidde ertoe dat er ook weer meer aandacht kwam voor het Rijnlandse model waarin de andere belanghebbenden van de onderneming ook een belangrijke positie hebben. Het was dus niet verrassend dat de Sociaal-Economische Raad (SER), het instituut van het poldermodel bij uitstek op 15 december 2000 een

advies uitbracht over Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO). Het rapport kreeg de titel 'De Winst van Waarden'² en benadrukte het belang voor ondernemingen om ook te sturen op niet-financiële waarden. Het is nog steeds één van de meest geraadpleegde SER-rapporten aller tijden. Bijna 20 jaar later was ook het Amerikaanse bedrijfsleven eraan toe om de discussie te openen over de macht van de aandeelhouder. In september 2019 brachten de leden van de *Business Roundtable*, een Amerikaanse vereniging van CEO's van de grootste Amerikaanse ondernemingen, een statement uit waarin zij verklaarden dat het "shareholder first" uitgangspunt een te beperkt uitgangspunt is voor een succesvolle continuïteit van de organisatie.³

De groep van overheden en beleggers die vinden dat bedrijven een duurzame strategie moeten hebben en moeten sturen op meer dan alleen financiële informatie groeit gestaag. Van Zuid-Amerika tot en met Azië is wetgeving voor meer transparantie en het afdwingen van duurzaam gedrag geïntroduceerd. In hun kielzog volgt nu een groeiende groep van burgers die ook hun consumentengedrag aanpassen aan hun zorg over de staat van de wereld. Daarnaast nemen maatschappelijke organisaties gesteund door de burger steeds scherpere posities in om de druk op bedrijven, die niet snel genoeg gaan in de energietransitie of hun bestuurders en aandeelhouders een te groot deel van de economische koek geven, te vergroten. De discussies rondom stikstof, de opwarming van de aarde en alle bijbehorende effecten, bepalen voor een groot deel het dagelijkse publieke en politieke debat.

1. Karen Maas is hoogleraar Accounting en Duurzaamheid en wetenschappelijk directeur van het Impact Centre Erasmus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij is commissaris bij verschillende organisaties en neemt zitting in verschillende RvT's. Haar werk is gepubliceerd in verschillende boeken, bladen en andere media. Marleen Janssen Groesbeek is lector Duurzame Finance en Accounting bij het Centre of Expertise Brede Welvaart en Nieuw Ondernemerschap van Avans Hogeschool. Ze

is commissaris bij de Vereniging van Effectenbezitters en neemt zitting in verschillende raden van advies en toezicht. Zij heeft verschillende artikelen en boeken gepubliceerd over duurzaam ondernemen en duurzame finance

2. www.ser.nl/-/media/ser/downloads/adviezen/2000/maatschappelijk-ondernemen.pdf

3. www.businessroundtable.org/business-roundtable-red-efines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans

Hoewel steeds meer bedrijven duurzame energie verbruiken, oplossingen bedenken voor hun CO₂-uitstoot of overgaan naar circulaire productiemethoden en producten, blijft bij het grote publiek toch het gevoel hangen dat ondernemingen niet genoeg doen of alleen maar doen alsof ze duurzamer ondernemen. Het begrip 'Greenwashing' - het bedrijf en de producten doen zich groener voor dan ze zijn - is niet meer uit het dagelijks taalgebruik weg te denken. Voor de consument, de belegger en de overheid maakt het niet uit of een onderneming intrinsiek gemotiveerd is of door de wet verplicht wordt om echt duurzamer te worden, zij willen zo langzamerhand resultaat zien. Het probleem is dat dat laatste vaak ontbreekt. Bedrijven zijn heel goed in het rapporteren wat de duurzame strategie is en welke duurzame maatregelen er genomen zijn, maar ze zijn slecht in het rapporteren wat hun concrete doelstellingen zijn en wat er werkelijk bereikt is, ofwel wat de effecten van hun activiteiten en van hun maatregelen zijn.

Als sinds 2015 moet een grote groep van beursgenoteerde ondernemingen via hun jaarverslag rapporteren over hun duurzame prestaties. Vanaf 2025 komt daar een grotere groep bij. Zij vallen dan allemaal onder de nieuwe Europese Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) (European Commission 2021) met daarin niet-financiële standaarden hoe bedrijven verantwoording moeten afleggen over hun activiteiten, of die nu duurzaam zijn of niet. De CSRD bevat ook allemaal wettelijke aanwijzingen hoe het volledige bestuur zijn verantwoording moet nemen over de boekhouding van en rapportage over de activiteiten. Die verantwoording gaat niet alleen over de strategie, het beleid en prestaties, maar ook over de missie en de visie op de duurzaamheid of zoals de Nederlandse Corporate Governance Code (CGC) het noemt: de lange-termijn-waardecreeatie. Duurzaam of niet-duurzaam ondernemen wordt zo dus ook de verantwoordelijkheid van de Raad van Commissarissen. Vanuit de vier rollen (sparringpartner, ambassadeur, werkgever en controleur) moeten zij een mening gaan vormen over de effecten (de prestaties en de impact) van de duurzaamheidsmaatregelen en of die in lijn zijn met de missie en de strategie van hun onderneming. Wat zeggen de bedrijven dan zoal in hun missiestatements?

2. Ontwikkelingen in missiestatements

De ontwikkeling van de missiestatements van bedrijven laat duidelijk de toenemende aandacht voor niet-financiële onderwerpen zien. Voor 1980 waren de missiestatements vooral gericht op het maken van winst. Het doel was de grootste, de beste en de sterkste te worden. Een mooi voorbeeld hiervan was het missiestatement van Honda in die tijd: 'We will

destroy Yamaha'. Deze missie illustreert hoe bedrijven in die tijd in de wereld stonden: meer omzet.

In de periode 1980 – 2000 zagen we een nadruk komen op kwaliteit. Er werd ingezet op kwalitatief goede producten en efficiënte organisaties. De hele beweging rondom kwaliteitsmanagement dateert ook uit die tijd. Zo is de European Foundation for Quality Management (EFQM) opgericht in 1989 en het Instituut voor Nederlandse Kwaliteit (INK) in 1991. De eerste officiële ISO-norm voor kwaliteitsmanagement, ISO-9001, dateert uit 1987. Sinds 2000, met een spurt na de kredietcrisis van 2007, zien we een nadruk op het centraal stellen van de klant. Nog recenter is de ontwikkeling dat bedrijven in hun missie aandacht besteden aan de rol die zij willen spelen in de maatschappij, waarin bedrijven niet alleen minder slecht willen doen, door bijvoorbeeld minder te vervuilen, maar ook echt goed willen doen. Bijvoorbeeld door bij te dragen aan de oplossing van het wereldvoedselprobleem (Rabobank)⁴, of het gezonder maken van miljarden mensen in het jaar 2025 (Philips)⁵. Die trend is opgepakt in de herziening van de Van Maanen corporate governance code. Daarin wordt nu lange-termijn-waardecreeatie voor alle stakeholders als van essentieel belang gekwalificeerd en worden commissarissen aangesproken om daar goed toezicht te houden (Commissie Van Manen, 2022).

3. De financiële waarde van niet-financiële waarde

Onderzoek van Ocean Tomo⁶ toont dat de marktwaarde van een bedrijf in 1975 nog voor 83% werd bepaald door zogeheten 'materiële activa'. Voorbeelden hiervan zijn gebouwen, land en machines. Alles wat tastbaar is en een waarde heeft. De overige 17% werd in die tijd bepaald door zogenaamde 'immateriële activa'. In 2020 is deze situatie heel anders, nu wordt nog maar 10% van de marktwaarde van een bedrijf bepaald door materiële waarde en 90% door immateriële waarde. Duurzaamheid, de reputatie van een bedrijf, maar ook de omgang met lange-termijn-waardecreeatie en de flexibiliteit van de organisatie om in te spelen op nieuwe trends en transities zijn van invloed op de immateriële waarde van een organisatie. Deze aspecten worden in accounting vaak geschaard onder de term niet-financiële waarde.

Met de introductie van de Non-Financial Reporting Directive (NFRD), een EU-Richtlijn over niet-financiële informatie in 2015, moeten grote bedrijven in hun bestuursverslag niet-financiële informatie openbaar maken. Over financiële resultaten leggen bedrijven al langer verantwoording af. De eerste jaarrekeningen van beursgenoteerde ondernemingen dateren van honderden jaren geleden en in die

4. Rabobank (2023), Missie statement. Te vinden op www.rabobank.nl
5. Philips (2023), Missie statement. Te vinden op www.philips.com

6. Elsten, C., Hill, N. (2017), Intangible Asset Market Value Study? *Journal of the Licensing Executives Society*, Volume LII No. 4, September 2017.

eeuwen is er veel gesleuteld aan de manier van financieel rapporteren.

Sinds de officiële lancering van de NFRD moet het bestuursverslag nu aangevuld worden met onderwerpen als arbeidsomstandigheden, corruptie en omkoping, en effecten op milieu, natuur en klimaat.

Ook hier is nu een flinke aanscherping aan de gang, de NFRD is omgezet naar de eerdergenoemde CSRD. De CSRD wordt vergezeld door de Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) (Europees Parlement en de Raad 2019) en de Taxonomy Regulation for Sustainable Activities (Taxonomy Regulation, Europees Parlement en de Raad 2020). Met dit pakket van richtlijnen en bijbehorende definities hoopt de Europese Commissie het gedrag van ondernemingen en investeerders te sturen richting een meer duurzame economie. Waarbij de financiële instellingen die onder de SFDR vallen bedrijven die nog niet duurzaam zijn via hogere kapitaalkosten of weigering van kapitaal een duwtje in de duurzame richting moeten geven. Aan de controlekant is het de accountant die moet controleren of de ambities in lijn zijn met het beleid en de duurzame prestaties ook werkelijk zijn zoals ze worden voorgesteld.

De rapportageplicht geldt in Nederland vanaf 2025 (boekjaar 2024) voor meer dan 1000 grotere ondernemingen, die voldoen aan twee van de drie criteria; meer dan 250 werknemers, een netto-omzet vanaf €40 mln, balanstotaal van €20 mln. Met deze toegenomen aandacht voor duurzaamheid, lange-termijn-waardecreatie en niet-financiële informatie staan bedrijven voor de uitdaging om hier een effectieve strategie en beleid voor te ontwikkelen, gerelateerde doelstellingen te formuleren en te zorgen voor een effectieve implementatie.

4. Wat doet de RvC?

Als niet-financiële en duurzaamheidsinformatie steeds belangrijker wordt als graadmeter voor inzicht in de lange-termijn-waardecreatie, de toekomstbestendigheid en continuïteit van organisaties, dan is juist deze informatie en de kwaliteit ervan belangrijk voor de strategische planning en beheersing van organisaties. Het is van groot belang dat dit soort informatie en bijbehorende kritieke prestatie-indicatoren (kpi's) standaard worden meegenomen in de managementaccountingcyclus. Niet alleen om transparant te zijn en inzicht te geven in wat een organisatie doet, maar juist om inzicht te geven in waarom een bedrijf deze dingen doet en welke impact daarmee wordt bereikt. Doel is ook om ervan te leren en zo te kunnen verbeteren. Externe en interne stakeholders moeten antwoord kunnen krijgen op de vraag of de onderneming de goede dingen doet en of ze die goede dingen goed doet. Bij die interne stakeholders hoort de Raad van

Commissarissen.

Recent onderzoek⁷ laat zien dat er nog veel uitdagingen zijn voor Nederlandse beursgenoteerde bedrijven om te voldoen aan de nieuwe regelgeving van de CSRD, laat staan hoe dat zal zijn voor kleinere organisaties. Dit onderzoek toont bijvoorbeeld dat er steeds vaker over klimaatissues wordt gerapporteerd, maar ook dat de gepresenteerde informatie over het algemeen operationeel is. Over zaken als strategie, lange-termijnpact en bijbehorende risico's wordt veel minder informatie gegeven. Ook informatie over verantwoordelijkheden en inbedding in de aansturing van de ondernemingen wordt slechts in beperkte mate gerapporteerd. Dit toont dat er veel aandacht is voor de korte termijn en voor diagnostische informatie (hoe staan we ervoor) en veel minder voor strategische en lange-termijninformatie (waar willen we naartoe, waarom en hoe komen we daar?). Ook toont onderzoek dat ondernemingen weliswaar steeds meer rapporteren maar dat de informatie vaak te algemeen en ongestructureerd is, waardoor het voor de lezer moeilijk is om een totaalbeeld te krijgen. Informatie over risicomanagement, scenario-analyses en de doorvertaling naar acties op korte, middellange en lange termijn ontbreekt of kan worden verbeterd. Hier is een belangrijke rol weggelegd voor het bestuur van een organisatie. In de herziene CGC wordt lange-termijn-waardecreatie expliciet genoemd en gezien als belangrijk onderdeel voor de toekomstbestendigheid van ondernemingen. Voor het bestuur van beursgenoteerde ondernemingen die onder de CSRD gaan vallen, moeten zich ook realiseren dat de CSRD weliswaar een rapportageverplichting is, maar dat de onderliggende gedachte van de EU altijd is geweest dat met meer transparantie over duurzaamheidsprestaties, de prestaties an sich ook verbeteren. Daarom kan de CSRD niet los worden gezien van de SFDR en de aangekondigde due dilligende richtlijn de CS3D waarbij ondernemingen ook moeten gaan rapporteren over hun due dilligence naar duurzaamheid in de keten: weten zij waar hun producten vandaan komen en hoe ze gemaakt worden?

5. Dubbele materialiteit

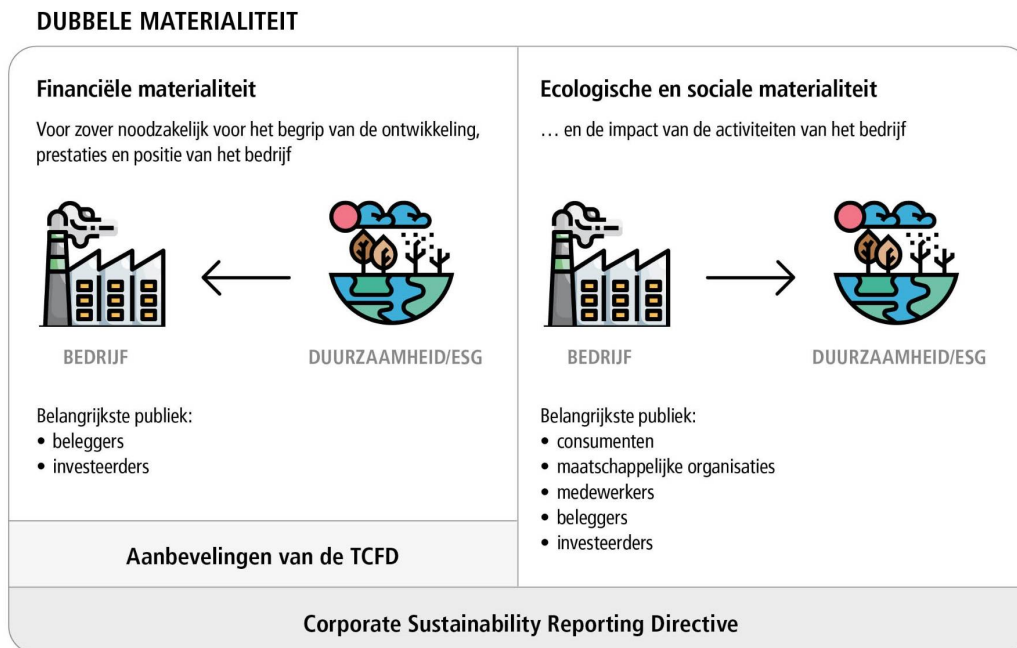
Internationaal gezien wordt klimaat weliswaar steeds vaker als thema genoemd in de risicoparaagraaf, maar er wordt met name gerefereerd aan de risico's van toenemende regulering rond klimaat in plaats van aan fysieke of transitierisico's.⁸ De grote vraag hierbij is of dit een bewuste keuze is van de Raad van Bestuur (RvB) in samenspraak met de RvC of dat ze onbewust onbekwaam zijn? Dat laatste lijkt een grotere bedreiging voor de toekomstbestendigheid en de continuïteit van de onderneming, dan

7. Kamp-Roelands N, Maas K (2023) Klimaatinformatie: zijn beursfondsen klaar voor de CSRD? In: Oord A, Verhoek V (Eds) Het jaar 2022 verslagen. Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie 97(9/10): 257-273. <https://doi.org/10.5117/mab.97.113263>

8. Abhayawansa S, Adams C (2022) Towards a conceptual framework for non-financial reporting inclusive of pandemic and climate risk reporting. *Meditari Accountancy Research* 30(3): 710-738. <https://durham-repository.wortribe.com/preview/1274331/33146.pdf>

bewust proberen de risico's van de veranderingen in de wereld buiten het zichtveld van de stakeholders te houden. Dat gedrag moet ondervangen worden met de clause van dubbele materialiteit zoals die is opgenomen in de CSRD. Daarin wordt de financiële materialiteit omschreven als de invloed die

de veranderingen in de buitenwereld hebben op de continuïteit of toekomstbestendigheid van de onderneming. Niet-financiële materialiteit of duurzaamheidsmaterialiteit gaat veel meer over de effecten (de outcomes en de impact) die de onderneming heeft op de samenleving.



Figuur 2 Dubbele materialiteit

Het is aan de leden van de RvC om goed toezicht te houden op de manier waarop de RvB en in het bijzonder de Chief Risk Officer (CRO) die dubbele materialiteit definieert en meeneemt in de interne en externe rapportage. Want de omgang met de risico's bepaalt ook de keuze voor het sturen op de korte termijn dan wel de lange termijn. En in een wereld met zoveel financiële en niet-financiële risico's, is het gevaar dat er vooral gestuurd wordt op de korte termijn omdat die overzichtelijker lijkt met minder onzekerheden. Het Global Risk Report van het World Economic Forum (WEF) over 2023 laat zien dat bestuurders wereldwijd de crisis rond kosten van levensonderhoud, natuurrampen en extreem weer en geoeconomische confrontaties voor de komende 2 jaar in hun top 3 hebben staan. Voor de komende 10 jaar zetten ze het falen van klimaatverandering tegengaan, het falen van klimaatadaptatie en natuurrampen en extreem weer in hun top 3. Hoe bedrijven zich in de praktijk daadwerkelijk voorbereiden op dit soort risico's zien we nog te weinig terug in de jaarverslagen.

Het toont maar weer aan dat bij de spagaat tussen kortetermijnprestaties van organisaties en langetermijnwaarde, de laatste vaak het onderspit delft. Wilen bedrijven zich voorbereiden op die toekomst die heel anders gaat worden – en dan hebben we het nog niet eens over digitalisering en AI gehad – dan moe-

ten de toezichthoudende bestuurder het anders gaan doen. Dat kan ook, maar ze moeten het wel durven én ze moeten zich veel meer gaan verdiepen in het reilen en zeilen van de onderneming waar ze toezicht houden. Ze kunnen niet meer volstaan met alleen te kijken naar de op de korte termijn gerichte financiële cijfers.

6. Het kan ook anders

In de nieuwste versie van de Nederlandse CGC geldt waardecreatie voor de lange termijn als fundamentele leidraad voor de RvC's. Uit een eerder onderzoek door het Erasmus Governance Institute blijkt dat het overgrote deel van de toezichthouders vindt dat deze leidraad prima bij hun functie past. Of het wensdenken is of dat zij sociaal-gewenste antwoorden geven, weten we niet. Wat we wel weten is dat de praktijk weerbarstig is. We zien dat de waan van de dag blijft regeren in de bestuurskamers en in de raden van commissarissen. Voorbeelden te over in de serieuze media: beloningsdiscussies (onder meer bij ING), belastingontduiking

(Starbucks) en vervroegde afschrijvingen door zogenoemde 'stranded assets' (NAM). Een enkele uitzondering daargelaten, blijft de omslag uit. Een ander bewijs is dat de verslagen van de RvC's in de bestuursverslagen ook geen materiële informatie bevat over hoe zij toezicht hebben gehouden op de belangrijkste niet-financiële onderwerpen die bijvoorbeeld in de materialiteitsmatrix die de ondernemingen publiceren voorkomen. Als in het jaarverslag of op de website staat dat hun ondernemingen de mensenrechten respecteert, waarom zou de commissaris daaraan twijfelen? Als er informatie wordt gegeven over recycling en het maatschappelijk of duurzaamheidsverslag er goed uitziet, waarom zou de commissaris daarover doorvragen?

Het uitgangspunt voor de gemiddelde commissaris is dat als hun bedrijf al winst maakt het per definitie waarde creëert. Net zo goed dat een fatsoenlijke onderneming voldoet aan de wet-en regelgeving. Dat laatste blijkt in de praktijk lastig vol te houden, zie de banken die ofwel een strafrechtelijk onderzoek tegen zich kregen of een schikking troffen. Het hebben van een compliance-officer is geen garantie dat er aan de lange-termijn-waardecreatie wordt gewerkt. Dat weten commissarissen wel, maar weten waarnaar gevraagd moet worden, de goede vragen stellen én doorvragen is voor de gemiddelde commissaris een grote uitdaging en daar zijn ze ook wel onzeker over.

Of het nu de CSRD is of de jongste CGC waar de commissaris in zijn toezicht naar wil verwijzen, beide vereisen dat het ondernemingsbestuur bij strategieontwikkeling oog heeft voor niet-financiële aspecten als klimaat, milieu, menselijke en sociale zaken en corruptiebestrijding, plus de belangen van stakeholders: aandeelhouders, werknemers, klanten en

leveranciers. RvB's doen dit nog veel te weinig en commissarissen zijn ook te weinig kritisch. Prachtige vergezichten in visies en missies zijn goed voor de interne en externe pr, maar ze worden vaak slecht gekoppeld aan de dagelijkse praktijk en leiden tot te weinig sturing.

7. Lange-termijnwaardecreatie

Het heeft ongetwijfeld te maken met de onwennigheid met de materie van wat er allemaal bij duurzaamheid en lange-termijnwaardecreatie komt kijken en welke risico's er aan verbonden zijn. Het is ook niet gemakkelijk om meer dan vijf jaar vooruit te moeten kijken. Daar is lef voor nodig en kennis van de onderneming en haar omgeving. Er moet tijd geïnvesteerd worden in het verkrijgen van de kennis die nodig is om de nieuwe risico's en kansen van de onderneming goed te kunnen beoordelen en zo toezicht te houden. De commissaris zal dat zelf moeten doen. Ze kunnen niet de duurzaamheidsconsultants aan tafel meenemen om hen de vragen in te laten fluisteren.

De kern van het goed toezicht houden op de nieuwe onderwerpen zit in de borging van de langetermijnbenadering. Die is er vaak niet, niet bij de commissaris maar ook niet bij de onderneming zelf. Het opzetten van een goed proces waarin kansen en bedreigingen in kaart worden gebracht voor het scheppen van waarde op de lange duur kan worden gezien als een eerste stap in de goede richting. Als het WEF bij toonaangevende bestuurders wereldwijd kan ophalen welke risico's zij voorzien voor de komende tien jaar, dan moeten de commissarissen dat toch ook kunnen bij hun eigen RvB.

Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (89)

prof. dr. E.D. Karssing¹

In de bedrijfsethiek is een groot aantal boeken en artikelen verschenen waarin op praktische wijze integriteitsvraagstukken worden behandeld en concrete aanbevelingen worden gedaan voor het bevorderen van de ethiek en integriteit van organisaties en hun medewerkers. Niet iedereen weet deze publicaties te vinden of heeft tijd ze te lezen. Daarom kijkt Edgar Karssing geregeld voor *Compliance, Ethics & Sustainability* in de boekenkast van de bedrijfsethiek en bespreekt hij een artikel of boek. Deze bijdragen zijn geen recensies, maar een samenvatting van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen van de auteur(s), die hij zal confronteren met zijn eigen observaties als onderzoeker, trainer en adviseur op het gebied van ethiek en integriteit.

In dit nummer bespreek ik het boek *Humanizing Rules: Bringing behavioural science to ethics and compliance* van Christian Hunt.

1. Inleiding

Voor de ethicus is een belangrijke vraag: hoe hoort het? Oftewel: wat is in deze situatie moreel gepast om te doen? Dan ga je op zoek naar goede argumenten om gedrag te rechtvaardigen. Toen ik midden jaren negentig voor het eerst een collegereeks bedrijfsethiek ging verzorgen, begreep ik dat er nog een heel ander soort vraag relevant is: hoe werkt het? Hoe zorg je dat medewerkers zich ook daadwerkelijk moreel gepast gedragen? En dan moet je op zoek naar verklaringen van gedrag: waarom doen mensen wat ze doen?

Eye-opener was het boek *Managing business ethics. Straight talk about how to do it right* van Linda Treviño en Katherine Nelson uit 1995.² Van dit boek is er ondertussen een achtste editie. Terecht. Wat mij betreft is het één van de iconen in de gedragswetenschappelijke revolutie in de bedrijfsethiek. Een revolutie zoals we die kennen binnen compliance met de toenemende aandacht voor gedrag en cultuur na de financiële crisis van 2008. Treviño en Nelson geven in hun boek aan dat bedrijfsethici – vooral filosofen – tot dan teveel de nadruk hadden gelegd op ‘deciding what’s right’, met te weinig aandacht voor ‘doing what’s right’. En dat laatste is ‘often more challenging because individuals and groups

have to make decisions in a highly complex context where roles and norms, authority and power relationships, competitive pressures, profit motives, and organizational structures all come into play’.³ In hun gedragswetenschappelijke aanpak nemen ze daarom als uitgangspunt: ‘We assume that ethics is essentially about human behavior, and that if we understand human behavior in an organizational context, we can better understand and manage our own and others’ ethical behavior’.⁴ Een uitgangspunt dat sinds het verschijnen van het boek door velen is omarmd. Ik vind persoonlijk dat je daarin niet moet doorschieten – wij filosofen hebben ook nog steeds een interessante en relevante inbreng! – maar voor een compliance officer zijn gedragswetenschappelijke inzichten onmisbaar.⁵ De uitdaging is de academische kennis naar de praktijk van compliance te vertalen. Christian Hunt is daar met zijn boek *Humanizing Rules: Bringing behavioural science to ethics and compliance* uitstekend in geslaagd.⁶ Inzet van zijn boek is ervoor zorgen dat gedragsinterventies effectief zijn, waarbij hij dergelijke interventies ziet als een poging om de besluitvorming en daarmee het gedrag van medewerkers te beïnvloeden.⁷ Hij heeft zelf veel ervaring als compliance officer en schrijft op meeslepende wijze met heel veel anekdotes, praktische voorbeelden, mooie tegeltjeswijsheden en prikkelende kwinkslagen. Ondertussen laat hij de lezer kennismaken met de gedragswetenschappen – door hem liefkozend BeSci genoemd (*Behavioural Science*) – en maakt voortdurend de vertaling naar compliance.

1. Edgar Karssing is als hoogleraar Filosofie, Beroepsethiek en Integriteitsmanagement verbonden aan Nyenrode Business Universiteit. De auteur dankt Olga Crapels, Wim Lieve, Bartheke Weerstra, Sacha Spoor en Raoul Wirtz voor hun commentaar op het concept van deze bijdrage. Voor reacties en suggesties: e.karssing@nyenrode.nl.

2. L. Treviño en K. Nelson (1995), *Managing business ethics. Straight talk about how to do it right*, Wiley.

3. Treviño en Nelson (1995), *ibid.*: 13.

4. Treviño en Nelson (1995), *ibid.*: 13-14.

5. Zie mijn oratie voor een kritische bespreking van de relatie filosofie-gedragswetenschappen: E. Karssing (2022). *Beroepsethiek voor feilbare mensen. Adam Smith als leermeester*, Nyenrode Business Universiteit.

6. C. Hunt (2023), *Humanizing Rules: Bringing behavioural science to ethics and compliance*, Wiley.

7. Hunt (2023), *ibid.*: 77.

In paragraaf 2 bespreek ik HUMANS als het raamwerk dat Hunt heeft ontwikkeld om gedragsinterventies te beoordelen: zowel in de ontwerpfasen als bij het diagnosticeren van bestaande interventies. In de derde paragraaf beschrijf ik de visie van Hunt op compliance. En in de slotparagraaf leg ik uit wat 'Verschlimmbessern' betekent en hoe ethische hackers compliance officers kunnen helpen.

2. HUMANS

Ik hoor steeds vaker dat medewerkers verplicht zijn om jaarlijks met een handtekening te bevestigen dat ze de gedragscode hebben gelezen, dat ze de code begrijpen en dat ze de code zullen naleven. Op het eerste gezicht lijkt dit zinvol: het herinnert de medewerkers aan het bestaan van de gedragscode, het nodigt ze uit om de bepalingen nog eens door te nemen en met hun handtekening erkennen ze dat ze de hen opgelegde verplichtingen serieus nemen. Tevens kan de organisatie op aantoonbare wijze aan toezicht-houders laten zien dat ze aan hun informatieplicht hebben voldaan. Juridisch gezien is er niets aan de hand: de werkgever mag dit doen. Maar werkt het ook? Is dit een effectieve manier om het gedrag van medewerkers te beïnvloeden? Hunt vreest van niet. Om dat te onderzoeken kijkt hij steeds vanuit het perspectief van medewerkers naar gedragsinterventies. Want je kunt wel als werkgever of als compliance van alles willen – in dit geval: dat de medewerkers de gedragscode naleven – belangrijker is om te bekijken hoe medewerkers op een interventie reageren. Oftewel, zoals Hunt aangeeft en in het Engels mooier klinkt: 'To be effective at influencing our employees' behaviour means we need to focus not on what we would *like* them to do but what they are *likely to do*'.⁸ Hij geeft aan dat dit de belangrijkste les van zijn hele boek is: neem het perspectief van de medewerkers als uitgangspunt om gedragsinterventies te beoordelen. En daarbij kunnen dus gedragswetenschappelijke inzichten helpen. Inzichten die aangeven wat de echte 'drivers' van mensen zijn, dus niet de verklaringen voor ons gedrag die we aan onszelf of anderen vertellen. Want die zijn vaak gebaseerd op wensdenken en beperkt zelfinzicht.⁹ De grote uitdaging voor compliance officers is niet zozeer bepalen wat gewenst gedrag is, maar met de juiste gedragsinterventies zorgen dat dit gewenste gedrag ook wordt gerealiseerd. Dat is de primaire 'job' van compliance officers. Niet door te bedenken hoe jij graag wilt dat medewerkers zich gedragen, maar door te onderzoeken hoe ze daadwerkelijk tot hun gedrag komen: 'If we want to select the right tools for the job, we need to define the job from our employees' perspectives and not our own'.¹⁰

Is de jaarlijkse handtekening onder de gedragscode dan effectief? Vraag het medewerkers, vraag het jezelf. Een veel gehoord antwoord dat ik krijg: 'Natuurlijk lees ik de code niet, je leest toch ook niet de voorwaarden die je moet ondertekenen als je een nieuwe app of een update installeert? En de code verwijst naar heel veel andere 'rules, policies & guidelines', denk je echt dat ik de tijd heb om die allemaal te lezen'. Als dat zo is, dan schiet de interventie in ieder geval tekort als bewustwordingsinstrument. En als je dit als compliance weet – dat de meeste medewerkers de code ongelezen tekenen – dan vind ik het ook nog een vorm van 'gevaarstelling': je maakt het mensen wel heel gemakkelijk – je nodigt ze hier zelfs als het ware toe uit – om 'valsheid in geschrifte' te plegen doordat ze aangeven dat ze de code hebben gelezen terwijl ze dit niet doen. Hunt vreest tevens dat je als organisatie hiermee een signaal geeft dat je 'box-ticking' belangrijker vindt dan de intentie en inhoud van de gedragscode: 'After all, if they really wanted their employees to read, understand, memorise, and be compliant with that many policies, they would make them significantly shorter and easier to read'.¹¹ Zo ben je nog verder afgedwaald van je eigenlijke doel: gewenst gedrag bevorderen.

Bij het nadenken over effectieve gedragsinterventies moeten we dus naar regels kijken vanuit het perspectief van medewerkers. Van mensen. Vandaar ook de titel: compliance moet regels humaniseren, interventies bedenken met de menselijke maat. Waarbij we mensen met al hun wensen, grillen en feilbaarheid serieus nemen. Zo noemt Hunt twee belangrijke valkuilen waar we gemakkelijk intuïtief als we de menselijke maat vergeten.¹² De eerste is het Dunning-Kruger effect: mensen met beperkte kennis op een bepaald gebied overschatten hun prestaties op dat gebied, doordat ze fouten en tekortkomingen niet herkennen. Dit effect is genoemd naar twee wetenschappers die tot hun verbazing zagen dat een boef twee banken beroofde, zich niet had vermomd en vriendelijk naar de camera lachte. De boef was vrij snel gearresteerd, tot zijn eigen ontzetting. Hij dacht onzichtbaar te zijn; hij had ontdekt dat je met citroensap onzichtbare inkt kunt maken en had dit middel gebruikt – op zijn gezicht gesmeerd – om zelf onzichtbaar te zijn. Dunning en Kruger hebben vervolgens onderzoek gedaan en geconstateerd dat deze boef niet alleen staat. De tweede belangrijke valkuil is de vloek van kennis: als we eenmaal ergens kennis van hebben, dan blijkt het heel moeilijk te zijn om ons nog een voorstelling te kunnen maken hoe het is om die kennis *niet* te hebben.¹³ En toch is dat het probleem dat compliance officers moeten oplossen: hoe kun je effectief met mensen communiceren die niet dezelfde kennis hebben als jij?

8. Hunt (2023), *ibid.*: 18. Cursief in origineel.

9. Hunt (2023), *ibid.*: 40.

10. Hunt (2023), *ibid.*: 22.

11. Hunt (2023), *ibid.*: 15.

12. Hunt (2023), *ibid.*: 91.

13. Zie voor een uitgebreide bespreking van de Vloek van kennis E. Karssing (2017), 'Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek 64', *Tijdschrift voor compliance*, jrg. 17, april, blz. 96-103.

Als hulpmiddel heeft Hunt een raamwerk opgesteld dat kan helpen, dat gedragswetenschappelijke inzichten vertaalt naar een vragenlijst om over gedragsinterventies na te denken. Spelend met woorden heeft hij hiervoor het acroniem HUMANS bedacht, om zo zes aspecten van gedragsinterventies te kunnen onderzoeken:

- H = Helpful
- U = Understand
- M = Manageable
- A = Acceptable
- N = Normal
- S = Salient

Ik loop ze alle zes kort langs.

H staat voor Helpful

Hoe behulpzamer een regel, een procedure of een maatregel is, hoe eerder medewerkers deze als leidraad voor hun gedrag nemen. Behulpzaam voor wie? Niet voor compliance, maar voor de medewerkers. En niet bekeken vanuit het perspectief van compliance ('wij denken dat dit jullie helpt') maar vanuit het perspectief van de medewerkers zelf, zodat zij denken: 'ik vind dit behulpzaam'. Daarnaast, en dat geldt voor alle zes aspecten van gedragsinterventies: kijk ook naar alternatieven, op wat voor manier is een non-compliant gedragsalternatief aantrekkelijk? In dit geval behulpzaam. Als ik van mijn werkgever een tool krijg terwijl er handigere tools zijn (maar bijvoorbeeld niet voldoen aan de veiligheidseisen), dan is er een kans dat ik voor die mij meer behulpzame tool kies. Door hier ook over na te denken 'we can see how the alternatives to doing what we want stack up and therefore how tempting those might be, relative to our desired outcome. This allows us to play devil's advocate and see how they are likely to perceive the options of noncompliance or partial compliance'.¹⁴

Hunt geeft steeds na de bespreking van ieder van de zes aspecten een korte vragenlijst om een gedragsinterventie te onderzoeken. Hierbij neemt hij in de vraagvorm dus steeds het perspectief van de medewerker, daar gaat het immers om. Ik zal een paar keer enkele voorbeelden van die vragen geven, in het boek staat een uitgebreide vragenlijst.

- Is wat mij wordt gevraagd behulpzaam of heb ik er last van?
- Is er een alternatief dat ik behulpzamer vind?
- Is dit het juiste moment om aan mij te vragen om dit te doen?
- Wat levert mij dit op?

U staat voor Understand

Begrijpen de medewerkers ook wat van hen wordt gevraagd? Snappen ze WAT compliance van hen vraagt, en WAAROM compliance dit van hen vraagt. En hebben medewerkers het gevoel dat degenen die hen dit vragen ook begrijpen wat zij doen? Dat draagt bij aan de geloofwaardigheid van de interventie (oftewel: de zender van de boodschap is ook belangrijk!). Als eerder gezegd, mensen hebben beperkt zelfinzicht, overschatten gemakkelijk hun kennis en kwaliteiten. Reden te meer om er niet te snel vanuit te gaan dat medewerkers de boodschap begrijpen en de mate waarin de boodschap goed overkomt grondig te onderzoeken: 'Since we're the ones who are seeking to impose rules on our employees, it's incumbent on us to solve this problem. In simple terms, that means spending time thinking about things from our employees' perspective and recognising that we, like them, can make flawed judgements'.¹⁵ Waarbij het natuurlijk niet onverstandig is de medewerkers zelf te bevragen.

M staat voor Manageable

Met 'manageable' bedoelt Hunt gemakkelijk. Maakt een gedragsinterventie het gemakkelijker voor medewerkers om het gewenste gedrag te vertonen? En als keerzijde: hoe gemakkelijk is een ongewenst, non-compliant gedragsalternatief? Hierbij spelen pakkans en consequenties (strafmaat) een belangrijke rol. Vragen zijn dan bijvoorbeeld:

- Is wat zij van mij vragen gemakkelijk om te doen?
- Is er een alternatief dat ik gemakkelijker vind?
- Hoe groot is de pakkans als ik voor dat alternatief kies?
- Wat zijn de consequenties als ik word gepakt?

A staat voor Acceptable

Vinden medewerkers aanvaardbaar wat van hen wordt gevraagd? Dit aspect kent twee dimensies. Enerzijds: vinden ze het leuk en prettig? Anderzijds: vinden ze het rechtvaardig? Rechtvaardigheid verwijst daarbij zowel naar de regel zelf als naar het gezag van compliance, waarbij bijvoorbeeld de manier waarop een procedure tot stand is gekomen een rol speelt. Tijdens mijn workshops voor compliance officers vraag ik geregeld naar 'good practices'. Veel 'good practices' hebben betrekking op procedures of werkwijzes die compliance in samenwerking met de business heeft opgesteld: dan is een procedure of werkwijze niet alleen 'voor' de business, maar ook 'door' de business. En dat draagt bij aan draagvlak, aan aanvaardbaarheid.

N staat voor Normal

Ook het aspect 'normaal' kent twee dimensies. Enerzijds verwijst normaal naar de gebruikelijke gang van zaken: is het wat je zou verwachten, wat bijvoorbeeld in andere organisaties ook van medewerkers wordt gevraagd? Anderzijds verwijst 'normaal' naar sociale normen: gedragen anderen zich op dezelfde

14. Hunt (2023), *ibid.*: 81.

15. Hunt (2023), *ibid.*: 91.

manier? Mensen zijn door en door sociale wezens, ze kijken voortdurend naar anderen om te bepalen wat ‘normaal’ is en dus gewenst is (let op: dit is een gevaarlijke ‘dus’, want wat anderen doen is natuurlijk niet per definitie gewenst).

S staat voor Salient

Met ‘salient’ bedoelt Hunt dat iets opvalt, emotioneel of fysiek. Hierbij geldt: hoe meer iets opvalt, hoe meer aandacht het zal krijgen. Een voorbeeld is personaliseren: bij Starbucks vragen ze je naam en roepen vervolgens jouw naam als de koffie klaar is: zo heb je het gevoel dat deze koffie speciaal voor jou is gemaakt. Een ander voorbeeld is een waarschuwingsbericht door een kind laten uitspreken: dat verwacht niemand en daarom wordt er beter geluisterd. De eerste vijf aspecten van HUMANS zijn gericht op de effectiviteit van gedragsinterventies, dit laatste aspect kijkt nadrukkelijk naar de mate waarin een interventie opvalt. Als iets opvalt, wil dat nog niet zeggen dat het ook werkt, maar je weet zeker dat iets *niet* zal werken als het niet opvalt.

Als je met dit HUMANS-raamwerk kijkt naar het verplicht ondertekenen van de gedragscode, dan vermoed ik dat dit als gedragsinterventie niet hoog zal scoren. Wellicht valt de interventie op – zeker als je steeds herinneringsmails krijgt – en is het ‘normaal’ omdat andere organisaties hetzelfde aan hun medewerkers vragen, toch voorzie ik een zware onvoldoende. Temeer als je bedenkt dat een interventie wellicht ‘normaal’ is, maar dat dit nog niet betekent dat de gedragsinterventie ook het gewenste gedrag bewerkstelligt. Je moet immers niet de vraag stellen of de interventie normaal is, maar of het beoogde gedrag normaal is. Die denkfout ziet Hunt veel te veel: er worden steeds dezelfde soort interventies ingezet, omdat anderen dat ook doen. En niemand stelt de vraag of het ook werkt. Precies die vraag stelt Hunt centraal: is de “traditional toolkit”, i.e. the “tried and tested” techniques often deployed to deliver compliance outcomes’ wel echt effectief?¹⁶ Of moeten we de interventies verbeteren of zelfs op zoek gaan naar heel andere gedragsinterventies?

3. Visie op compliance

Hunt heeft een duidelijk visie op compliance. Daarbij maakt hij onderscheid tussen Compliance – met een hoofdletter – en compliance – met een kleine letter. De hoofdletter verwijst naar de functie, de kleine letter naar het beoogde eindresultaat. En het eindresultaat staat bij hem voorop. Hunt vindt de functietitel ‘compliance officer’ overigens vreselijk: ‘It’s one of the worst pieces of branding ever!’¹⁷ Als je saai, bureaucratisch en formeel wilt overkomen, dan kun je kiezen voor een woord als compliance.

En als je dat effect nog wilt versterken, dan is ‘officer’ een prima woord om eraan toe te voegen. Maar goed, je hebt niet alles voor het kiezen. Belangrijk is wel dat de compliance officer snapt dat het niet volstaat om systemen en processen goed in te richten – dat is slechts een middel –, dat je het oog op de bal moet houden. Anders heb je kans dat je ergens uitkomt waar je niet wilt wezen. Natuurlijk, systemen en processen ondersteunen de ambitie om compliant te zijn, maar het zijn uiteindelijk de mensen in de organisatie die ervoor zorgen dat de organisatie compliant is. Zoals Hunt aangeeft: bijna altijd als het fout gaat, komt dat doordat mensen fouten maken.¹⁸ Je moet dus hun gedrag beïnvloeden. Als compliance officers ‘succeed in that mission, the organisation is compliant. If they don’t, it isn’t’.¹⁹ Bedenk daarbij dat de meeste mensen niet echt geïnteresseerd zijn in compliance *an sich* (dan waren ze wel compliance officer geworden): ze willen gewoon hun werk goed doen. De rol van compliance is om hen daarbij te ondersteunen: compliance is er voor de medewerkers, de medewerkers zijn er niet voor compliance.

Hunt heeft overigens ook een hekel aan ‘zero tolerance’: dat is helemaal niet mogelijk. Mensen zijn feilbaar, ze zullen fouten maken. Zeker in een snel veranderende wereld. Daarnaast vindt hij ‘zero tolerance’ ook onwenselijk. Mensen worden ingehuurd voor taken die machines niet van hen kunnen overnemen, waarbij bijvoorbeeld oordeelsvermogen, creativiteit en emotionele intelligentie een rol spelen. Dit zijn echter precies ook de vaardigheden die mensen kunnen aanzetten om regels te breken. Dat is dan dus een ingecalculiseerd risico. Bedenk ook dat medewerkers snappen dat je niet 100% van de regels kunt naleven. Dus als je dat beweert, verlies je aan geloofwaardigheid. Stiptheidsacties – oftewel: je doet vandaag alles precies volgens de regels – zijn immers de beste manier om de voortgang van de werkzaamheden te frustreren. Hunt is daarom gecharmeerd van Netflix, waar ze onderscheid maken tussen ‘herstelbare’ fouten en ‘onherstelbare’ fouten. Onherstelbare fouten hebben betrekking op bijvoorbeeld fraude of datalekken. Daarvoor geldt ‘zero tolerance’, voor herstelbare fouten bestaat meer tolerantie. Uiteindelijk is de uitdaging een goede balans vinden tussen enerzijds het beste uit mensen halen (de ‘human reward’, daarvoor worden ze immers ingehuurd) en anderzijds zorgen dat het menselijk risico beheersbaar blijft. Het menselijk risico is het risico dat mensen dingen doen die ze niet mogen doen, of juist niet de dingen doen die ze wel zouden moeten doen.²⁰ Als je teveel de nadruk legt op de ‘human reward’ vergroot je het gevaar van non-compliance, als je teveel de nadruk legt op het beheersen van het menselijk risico gaat dat ten koste van de ‘human reward’.²¹

16. Hunt (2023), *ibid.*: 23.

17. Hunt (2023), *ibid.*: 122.

18. Hunt (2023), *ibid.*: 7.

19. Hunt (2023), *ibid.*: 123.

20. Hunt (2023), *ibid.*: 6.

21. Hunt (2023), *ibid.*: 8.

Een mooie tegeltjeswijsheid van Hunt is: 'If one person breaks a rule, you've got a people problem; if lots of people break a rule you've got a rule problem'.²² Ik lees hier een inzicht dat ik heb geleerd van de Onderzoeksraad voor Veiligheid: je kunt jouw analyse na een 'incident' richten op 'verwijtbaarheid' of op 'vermijdbaarheid'.²³ Met oog voor 'verwijtbaarheid' doe je na een incident een persoonsgericht onderzoek met als doel vaststellen of er sprake is van een normovertreding, of dit verwijtbaar is en of er voldoende aanleiding is voor het opleggen van een disciplinaire maatregel. Dat is een gepaste werkwijze als een medewerker een regel overtreedt. Maar als meerdere medewerkers een regel overtreden dan is een onderzoek gericht op 'vermijdbaarheid' beter. Daarbij draait het niet om de schuldvraag, maar om de context, om de achterliggende factoren: hoe, waardoor heeft dit kunnen gebeuren? Want blijkbaar is regelovertreding 'logisch': behulpzaam, gemakkelijk en acceptabel in de ogen van medewerkers. Onderzoek naar 'vermijdbaarheid' vereist dus een 'root cause analysis', een onderzoek dat primair gericht is op leren en niet op (ver)oordelen. En daarbij kan het HUMANS-raamwerk van Hunt heel behulpzaam zijn.

Hunt geeft ook een verfrissend inzicht mee over de relatie tussen compliance en ethiek.

- Als we het breken van regels (non-compliant gedrag) rechtvaardigen, doen we dit meestal met een beroep op ethiek;
- Als we onethisch gedrag rechtvaardigen doen we dit meestal met een beroep op compliance.

Een bekend voorbeeld van de tweede zin is: hoezo mag dit niet, het is toch niet verboden? Het woord 'meestal' is belangrijk in bovenstaande zinnen, Hunt beweert zeker niet dat dit altijd zo werkt. Maar er is dus een interessant spanningsveld tussen compliance en ethiek dat uitnodigt om voor onszelf en anderen recht te praten wat eigenlijk krom is. Van de eerste vorm was ik me al bewust, letterlijk de regel naleven, in strijd met de geest van de regel. Hunt noemt dat 'creative compliance' en geeft als voorbeeld: je mag tot 100 euro geschenken aannemen, je krijgt een wijnpakket van 200 euro aangeboden en je vraagt aan de gever om er twee geschenken van te maken. De tweede vorm noemt Hunt 'creative non-compliance': je breekt de regel maar beroept je op 'geest' van de regel. Zo scherp had ik dat nog niet gezien. Hij illustreert dit weer met het wijnpakket: je hebt het op persoonlijke titel gekregen, maar 'eigenlijk' krijg je het als vertegenwoordiger van het team en dus mag je de 100 euro uit de regel vermenigvuldigen met het aantal teamleden. Wat kunnen we hiervan leren? In de eerste plaats dat hier een interessant spanningsveld ligt tussen compliance en ethiek.

22. Hunt (2023), *ibid.*: 145.

23. Vgl. E. Willeboordse, E. Karssing, T. van der Velden en F. van Oostrum (2016), 'Systeemgericht integriteitsonderzoek', in: N. Boonstra e.a. (red.), *Jaarboek Compliance 2017*, NCI.

En, in de tweede plaats, dat dit spanningsveld alleen kan worden weggenomen door compliance voortdurend te verbinden met ethiek: het zijn niet twee manieren om naar de wereld te kijken, ze zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en die verbinding moet dus ook steeds opnieuw worden gemaakt.

Dat zal niet altijd even gemakkelijk zijn, niet alle regels hebben een herkenbare ethische lading (soms zijn het bijvoorbeeld gewoon werkwijzes) maar dan nog is het belangrijk om steeds opnieuw uit te leggen waarom die regels belangrijk zijn, wat er op het spel staat.

4. Tot slot

Dankzij Hunt is mijn woordenschat verrijkt met het briljante woord 'Verschlimmbessern'.²⁴ Oftewel, door het goede te willen doen de situatie juist verslechteren. Een belangrijke oorzaak van dergelijke tragedie is gedragsinterventies inzetten op basis van verkeerde aannames.²⁵ Bijvoorbeeld de aanname dat een werkgever op basis van een contractuele relatie aan medewerkers regels en procedures mag opleggen en dat die medewerkers zich er vervolgens netjes aan houden. Dat mag juridisch correct zijn, met een dergelijke juridische focus sla je vanuit een perspectief van gedragsbeïnvloeding gemakkelijk de plank mis. Om nog maar eens een mooie tegeltjeswijsheid van Hunt te citeren: 'contracts are for disputes, not relationships'.²⁶ Als inderdaad het hogere doel van compliance het beïnvloeden van het gedrag van mensen is, dan is het nodig om regels te humaniseren, om rekening te houden met de menselijke maat. Dan is het nodig om te denken vanuit het perspectief van medewerkers. Ja, de klant is koning, maar nee, de medewerker is geen koning. Met andere woorden: de medewerker heeft niet altijd gelijk, denken vanuit het perspectief van de medewerker betekent zeker niet dat compliance alleen zegt of doet wat medewerkers willen. Van Hunt mag je medewerkers ook gerust irriteren, als dat bijdraagt aan compliance. Alleen moet je dan wel aan een belangrijke voorwaarde voldoen: 'if we are irritating them, we are doing so for good reason'.²⁷ Is er een hoger doel mee gediend?

Een andere aanname die aan 'Verschlimmbessern' ten grondslag kan liggen is uitgaan van medewerkers alsof ze Mr. Logic zijn. Dit is Hunts favoriete stripfiguur. Mr. Logic is, zoals zijn naam al suggereert, altijd volstrekt logisch in zijn denken en doen. Hij neemt bijvoorbeeld alles letterlijk. Als iemand

24. Hunt (2023), *ibid.*: 46.

25. Tragedie in de klassiek Griekse betekenis van het woord. Zie voor een bespreking van de tragedie van compliance de hoofdstukken 15 en 16 in E. Karssing (2018), *Als de oplossing het probleem is. Compliance met een moreel kompas*, NCI.

26. Hunt (2023), *ibid.*: 18.

27. Hunt (2023), *ibid.*: 183.

hem vraagt of hij de weg weet naar het museum, antwoordt Mr Logic bevestigend en loopt dan door, zonder de weg te wijzen. En als hij in Engeland zelf iemand om de juiste route vraagt, doet hij dat in Mandarijn, want dat is immers de meest gesproken taal ter wereld en dus is de kans het grootst dat iemand deze taal verstaat. Het levert komische situaties op, maar het laat vooral zien dat Mr. Logic weinig menselijk is. ‘This means one simple thing: if we want to influence human decision-making, we can’t approach it logically. In a work context, if we assume that just because we’ve written something in a policy, people will read it, understand it, and accept it, we’re living in Mr Logic’s world and not the real world. ... We need to think behaviorally’.²⁸ En daarom vindt Hunt het zo belangrijk om met gedragswetenschappelijke inzichten invulling te geven aan gedragsinterventies. En hij doet ook nadrukkelijk de uitnodiging om je door andere vakgebieden te laten verrassen: doe niet steeds wat je altijd al deed, doe niet steeds wat collega’s doen.²⁹ Zo gebruikt Hunt een voorbeeld van een seksuoloog om te laten zien hoe je effectief kunt communiceren

Hunt geeft heel veel voorbeelden uit ‘een andere wereld’. Bijvoorbeeld dat VanMoof – toen nog niet failliet – zag dat veel fietsen die naar de VS werden verscheept, daar beschadigd aankwamen.³⁰ Een dergelijk probleem deed zich niet voor met flatscreen televisies. Ze hebben daarom hun fietsen verpakt in dozen met daarop in grote letters: flatscreen TV. En dat werkte, het aantal beschadigingen nam met 70-80% af! De les voor compliance? Ook al hoeft je geen fietsen te vervoeren, je weet nu ‘when you send an email, how you word it and who sends it can all shift people’s perception of it’.³¹

Er bestaat helaas geen gouden leidraad voor wat werkt en wat niet: garanties bestaan niet, maar je hebt wel invloed. Uiteindelijk is het een kwestie van experimenteren en toetsen of een gedragsinterventie effectief is. Hunt biedt ook daarvoor een raamwerk: RADAR. Dit biedt vijf verschillende manieren om inzicht te krijgen. Heel charmant is de ‘ethical hack’. We kennen de ethische hacker als ‘iemand die op zoek gaat naar kwetsbaarheden van soft- en hardware zoals websites, webwinkels en computersystemen en netwerken en deze kwetsbaarheden niet openbaar maakt, maar bedrijven en overheden informeert over het lek en ze de kans geeft zaken op orde te krijgen’.³² In de context van compliance betekent dit dat de ethische hacker het beleid, de codes en procedures probeert te hacken: ‘The ethical hacker’s role is to identify weaknesses and explain to the policy owner how they would go about getting around the rules’.³³ De compliance officer kan dan

met deze kennis beleid aanpassen of andere gedragsinterventies bedenken.

Het HUMANS-raamwerk is een hulpmiddel bij het diagnosticeren van bestaande gedragsinterventies, en zeker ook bij het ontwerpen van nieuwe gedragsinterventies. Het raamwerk is niet een checklist, je moet nog steeds zelf nadenken en creatief zijn.³⁴ Het raamwerk is zeker ook niet volledig: dat zou wel heel toevallig zijn als je HUMANS als acroniem gebruikt: waarom precies zes aspecten? Een reden te meer om zelf te rade te gaan bij de gedragswetenschappen en ‘andere werelden’. Het boek van Hunt is daarvoor een goed startpunt.

28. Hunt (2023), *ibid.*: 45.

29. Hunt (2023), *ibid.*: 204.

30. Hunt (2023), *ibid.*: 65.

31. Hunt (2023), *ibid.*: 72.

32. veiliginternetten.nl/thema/kinderen-online/op-school/wat-een-ethische-hacker/

33. Hunt (2023), *ibid.*: 176.

34. Hunt (2023), *ibid.*: 81.

Legal Risk Management

Dit boek gaat over de rol die juristen kunnen vervullen bij het proactief beheren van juridische risico's. De auteur gaat in op de betekenis van de term 'juridisch risico' en de interne en externe omgevingsfactoren die van invloed zijn op het beheren van juridische risico's.

Daarna beschrijft hij een methode, die kan worden gebruikt om juridische risico's tijdig te identificeren en te waarderen waardoor de kans op claims kan worden verkleind of de mogelijke schadelijke gevolgen daarvan kunnen worden verminderd.

Het boek is geschreven voor allen die mede verantwoordelijk zijn voor het beheren van juridische risico's. Dat zijn niet alleen bedrijfsjuristen, maar bijvoorbeeld ook juristen werkzaam voor instellingen, wetgevingsjuristen, risicobeheerders en leden van bestuursorganen die risicobeheer in hun portefeuille hebben. Het boek is ook

interessant voor degenen die het risicobeheer van ondernemingen of instellingen moeten beoordelen, zoals medewerkers van een interne accountantsdienst of van publiekrechtelijke toezichthouders. Voorts kan het leden van de rechterlijke macht behulpzaam zijn bij rechtsvinding in zaken over privaatrechtelijke of publiekrechtelijke aansprakelijkheid.

Auteur
Mr. R.E. van Esch



Legal Risk Management

Serie voor de rechtspraak - deel 6

Aantal pagina's: ca. 230

Prijs: € 59 exclusief btw en verzendkosten

Prijswijzigingen voorbehouden

ISBN: 978 90 77847 08 4

Uitgeverij Den Hollander

Postbus 325

7400 AH Deventer

Telefoon 0570 751225

Fax 0570 751220

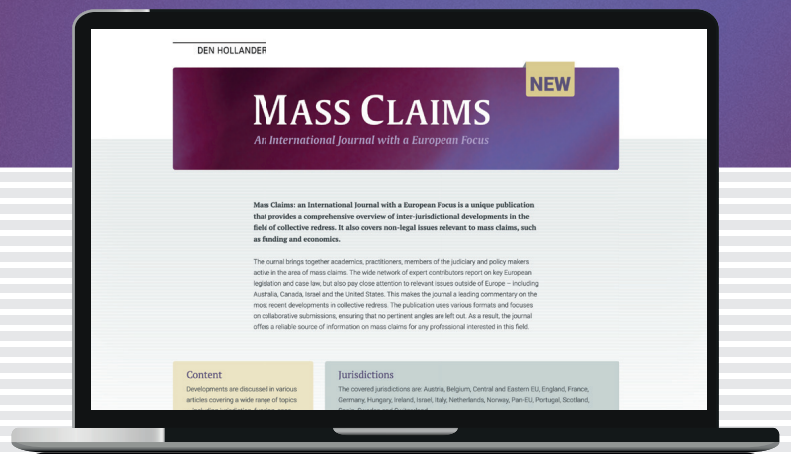
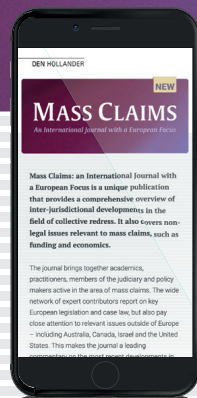
www.denhollander.info

DEN HOLLANDER



UITGEVERIJ

MASS CLAIMS:
'Not only an interesting read, but also a useful practical tool.'





BETERE GEZONDHEID IN AFRIKA

GIRO 8829

» www.amref.nl



FLYING DOCTORS

betere gezondheid in Afrika