

MADS KARLSRUD HAUGSE
MARIA STOKSETH HURLEN
OLE ANDRÉ OFTEBRO
TONJE PLATOU
NILS KRISTIAN LIE

ÅPENHETSLOVEN

i praksis



Mads Karlsrud Haugse, Maria Stokseth Hurlen,
Ole André Oftebro, Tonje Platou og Nils Kristian Lie

Åpenhetsloven i praksis

CAPELEN DAMM AKADEMISK

© CAPPELEN DAMM AS, Oslo, 2023

ISBN 978-82-02-79402-6

1. utgave, 1. opplag 2023

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med Cappelen Damm AS er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk.

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen

Sats: Bøk Oslo AS

Trykk og innbinding: Livonia Print SIA, Latvia

www.cda.no

akademisk@cappelendamm.no

Forord

Det er i utgangspunktet en krevende øvelse å skrive en praktisk håndbok om en ny lov. Når loven bygger på soft law og har sparsommelige lovforarbeider, er det enda vanskeligere. Denne boken er i stor grad et resultat av konkrete spørsmål vi har fått og faglige diskusjoner vi har hatt. Vi skylder klientene våre, Forbrukertilsynet og advokatkollegaer i andre firmaer en stor takk for dette. En særlig takk fortjener våre kollegaer Belinda Taranger Ingebrigtsen og Sindre Anfinnsen Sandal, for uvurderlige bidrag til boken, og særlig til kapittel 6. Vi vil også takke CMS Kluge Advokatfirma for å ha tilrettelagt for at denne boken kunne bli til, og for de givende diskusjonene vi har hatt med våre kollegaer.

Sist, men ikke minst ønsker vi å takke Cappelen Damm og redaktør Hans Andreas Tvedt for grundige, innsiktsfulle og reflekterte tilbakemeldinger. Små og store spørsmål har blitt besvart, og forlaget har klart bidratt til å heve bokens kvalitet.

Boken er søkt ført à jour per 8. juni 2023.

Oslo, 8. juni 2023

Mads Karlsrud Haugse, Maria Stokseth Hurlen, Ole André Oftebro, Tonje Platou og Nils Kristian Lie

Innhold

Kapittel 1

Introduksjon	15
---------------------------	----

Kapittel 2

Åpenhetslovens bakgrunn og kontekst	18
2.1 Innledning.....	18
2.2 Internasjonal utvikling.....	21
2.2.1 UNGP og OECDs retningslinjer.....	21
2.2.2 Fra frivillighet til rettslig bindende pålegg	24
2.3 Den norske åpenhetslovens tilblivelse.....	28
2.4 Beslektet lovverk.....	29
2.4.1 Innledning.....	29
2.4.2 Miljøinformasjonsloven	29
2.4.3 Produktkontrollloven	32
2.4.4 Regnskapsloven.....	35
2.4.5 Annen relevant lovgivning.....	36
2.4.5.1 Straffelovgivning og menneskerettigheter.....	36
2.4.5.2 Arbeidsrettslig lovgivning og regulering	38
2.4.5.3 Likestillings- og diskrimineringsloven.....	40

Kapittel 3

Hva er «grunnleggende menneskerettigheter» og «anstendige arbeidsforhold»?	42
3.1 Innledning.....	42
3.2 Grunnleggende menneskerettigheter	42
3.3 Anstendige arbeidsforhold	48

Kapittel 4

Hvem gjelder åpenhetsloven for?	50
4.1 Innledning.....	50
4.2 Hvilke virksomheter er omfattet?	51
4.2.1 Åpenhetsloven gjelder både for norske og utenlandske virksomheter	51
4.2.2 Hva ligger i kravet om at virksomheten må tilby varer og tjenester?	51
4.3 «Større virksomheter»	53
4.4 Konsern.....	54
4.5 Innvirkning på virksomheter som ikke omfattes direkte	55
4.6 På hvilket tidspunkt må virksomhetene overskride terskelverdiene?.....	56
4.7 Vil loven gjelde flere etter hvert?	57

Kapittel 5

Hva ligger i plikten til å utføre aktsomhetsvurderinger?	58
5.1 Plikten til å utføre aktsomhetsvurderinger.....	58
5.2 Leverandørkjede og forretningspartnere	60
5.3 Kildene	64
5.4 Hvordan foreta aktsomhetsvurderinger?	66
5.5 Prinsipper for aktsomhetsvurderingene	68
5.6 Risikobasert tilnærming.....	70
5.7 Bokstav a: Forankre ansvarlighet i virksomhetens retningslinjer	72
5.7.1 Virksomhetens retningslinjer	72
5.7.2 Retningslinjenes innhold.....	73
5.7.3 Forankring av retningslinjene i virksomheten, kundeforhold og overfor leverandører og forretningspartnere.....	74
5.7.3.1 Ledelses- og styringssystemer.....	74
5.7.3.2 Avdelinger og ansatte.....	74
5.7.3.3 Intern kommunikasjon og oppfølging	76
5.7.3.4 Ekstern kommunikasjon og oppfølging	77
5.8 Bokstav b: Kartlegging og vurdering av negative konsekvenser.....	80
5.8.1 Innledning.....	80
5.8.1.1 Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b.....	80
5.8.1.2 Begrepet «negative konsekvenser».....	81
5.8.2 Tilknytningskravet	81
5.8.2.1 Negative konsekvenser som er «forårsaket» av virksomheten.....	81

5.8.2.2	Negative konsekvenser som virksomheten har «bidratt til»	82
5.8.2.3	Negative konsekvenser som er «direkte knyttet til» virksomheten gjennom leverandører eller forretningspartnere	82
5.8.2.4	Hvor den negative konsekvensen påvises, er ikke avgjørende	83
5.8.3	Overordnet analyse for å prioritere viktige risikoområder	83
5.8.3.1	Innledning	83
5.8.3.2	Innhenting av informasjon	84
5.8.3.3	Prioriteringen av risikoområdene	87
5.8.4	Vurdering av prioriterte risikoområder	89
5.8.4.1	Innledning	89
5.8.4.2	Vurdering av leverandører	90
5.8.4.3	Vurdering av underleverandører	91
5.8.4.4	Risikobildet vil forandre seg over tid	93
5.8.5	Tilknytningskravet i praksis	94
5.8.6	Prioritering av kartlagte faktiske og potensielle negative konsekvenser	95
5.8.6.1	Noen negative konsekvenser kan håndteres umiddelbart	96
5.8.6.2	Prioritering basert på tilknytning	96
5.8.6.3	Prioritering basert på alvorlighetsgrad og sannsynlighetsgrad	97
5.9	Bokstav c: Tiltak for å stanse, forebygge eller begrense negative konsekvenser	98
5.9.1	Overordnet om bokstav c	98
5.9.1.1	Påvirkning av leverandører og forretningspartnere ..	102
5.9.1.2	Systemiske problemstillinger	103
5.9.2	Hva skal virksomheten gjøre dersom den oppdager menneskerettighetsbrudd hos en leverandør eller forretningspartner?	105
5.10	Bokstav d: Følge med på gjennomføring og resultater av tiltak	108
5.11	Bokstav e: Kommunikasjon med berørte interessenter og rettighetshavere	110
5.12	Bokstav f: Gjenoppretting og erstatning	114
5.12.1	Innledning	114
5.12.2	Valg av gjenopprettingstiltak	115
5.12.3	Bruk av legitime klageordninger	120

5.12.3.1	Innledning	120
5.12.3.2	Valg av klageordninger	121
5.12.3.3	Klageordninger på virksomhetsnivå.....	124
5.12.3.4	Krav til klagemekanismens effektivitet	125
5.13	I hvilken grad kan erklæringer fra leverandører, underleverandører og forretningspartnere legges til grunn?	128

Kapittel 6

Åpenhetslovens betydning for kontraktsinngåelse og -etterlevelse	131
6.1 Innledning.....	131
6.2 Overordnet om forholdet til leverandører og forretningspartnere	131
6.3 Virksomhetens retningslinjer	132
6.4 Betydningen av hvem man inngår kontrakt med	132
6.4.1 Omstendigheter knyttet til den konkrete kontraktsmotparten.....	132
6.4.2 Generelt om forhandlingssituasjonen.....	133
6.4.3 Spesielt om forberedelse til kontraktsinngåelse	135
6.4.4 Spesielt om grensekryssende kontrakter – hvor langt kan og bør virksomheten gå?	135
6.5 Eksterne retningslinjer og kontraktsbestemmelser	137
6.6 Flere sett med retningslinjer	138
6.7 Kontraktens betydning.....	139
6.8 Hvordan følge opp leverandører og forretningspartnere?	140
6.9 Avslutning	141

Kapittel 7

Plikten til å redegjøre for aktsomhetsvurderinger	142
7.1 Oversikt og begrunnelse.....	142
7.2 Sammenhengen med andre rapporteringsforpliktelser.....	143
7.3 Hva skal redegjørelsen inneholde?.....	145
7.3.1 Minimumskrav	145
7.3.2 Bokstav a: Generell informasjon.....	146
7.3.3 Bokstav b: Negative konsekvenser og risiko	147
7.3.4 Bokstav c: Tiltak.....	147
7.3.5 Må virksomheten oppgi navn på leverandører og forretningspartnere?	149
7.3.6 Fordeler ved en grundig og detaljert redegjørelse	149
7.3.7 Henvisninger til andres aktsomhetsvurderinger og redegjørelser	150

7.4	Unntak fra redegjøringsplikten	152
7.5	Når skal redegjørelsen publiseres, og hvilken tidsperiode skal den dekke?	152
7.5.1	Minimum: Innen 30. juni hvert år	152
7.5.2	Ved vesentlige endringer i virksomhetens risikovurdering	153
7.5.3	Hvilken periode skal redegjørelsen dekke?	154
7.6	Hvordan skal redegjørelsen offentliggjøres?	155
7.6.1	Hvor skal redegjørelsen publiseres?	155
7.6.2	Hvilket språk skal redegjørelsen publiseres på?	156
7.6.3	Hvem skal underskrive redegjørelsen?	157
7.6.4	Felles redegjørelser i konsern	158

Kapittel 8

Informasjonsplikten	159	
8.1	Overordnet om informasjonsplikten	159
8.2	Hvem har rett til informasjon, og hvem har plikt til å gi den?	160
8.3	Hvordan kan virksomhetene motta informasjonskrav?	161
8.3.1	Informasjonskrav skal fremsettes skriftlig	161
8.3.2	Bruk av sosiale medier og kanalisering av informasjonskrav	162
8.3.3	Informasjonskravet må ikke begrunnes	164
8.4	Hva må virksomheten gi informasjon om?	165
8.4.1	Informasjonsplikten omfatter flere typer informasjon	165
8.4.2	Informasjonspliktens saklige begrensning	166
8.4.3	Informasjonspliktens tidsmessige begrensning	166
8.4.4	Informasjonskravet må tolkes	167
8.5	Krav til behandlingen og innholdet av informasjonskravet	167
8.5.1	Informasjonskravet skal besvares skriftlig	167
8.5.2	Informasjonen skal være dekkende og forståelig	168
8.5.3	Særlig om offentliggjøring av produksjonssted og leverandørlistor	171
8.5.4	Henvisninger til andre virksomheter	172
8.6	Fristen for å besvare informasjonskrav	173
8.6.1	Hovedregelen er at informasjonskrav skal besvares innen tre uker	173
8.6.2	Forlenget frist	173
8.6.3	Oversittelse av svarfristen	174
8.7	Unntak fra retten til informasjon	175
8.7.1	Innledning	175

8.7.2	Kravet gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å identifisere hva kravet gjelder	176
8.7.3	Kravet er åpenbart urimelig	177
8.7.4	Den etterspurte informasjon gjelder opplysninger om noens personlige forhold	178
8.7.5	Forretningshemmeligheter og konkurransesensitiv informasjon	179

Kapittel 9

Administrative reaksjoner og sanksjoner ved brudd på åpenhetsloven ..	181
9.1 Innledning.....	181
9.2 Forbrukertilsynet og Markedsrådet.....	182
9.3 Forbrukertilsynets forhandlingsmodell.....	183
9.4 Opplysningsplikten.....	184
9.5 Forbrukertilsynets veiledningsplikt.....	184
9.5.1 Oversikt	184
9.5.2 Den individuelle veiledningsplikten.....	185
9.5.3 Den generelle veiledningsplikten	186
9.6 Innhenting av skriftlig bekreftelse på at et ulovlig forhold skal opphøre	187
9.7 Forbrukertilsynets og Markedsrådets kompetanse.....	189
9.8 Forbuds- og påbudsvedtak.....	192
9.9 Tvangsmulkt.....	192
9.10 Overtredelsesgebyr	194
9.10.1 Innledning.....	194
9.10.2 Overtredelsesgebyr som en administrativ sanksjon	195
9.10.3 Mottaker og skyldkrav	198
9.10.4 Overtredelsesgebyrets størrelse.....	199
9.11 Erstatning	202
9.11.1 Ulovfestet skyldansvar, arbeidsgiveransvar og styreansvar ...	202
9.11.2 Nærmere om skyldansvaret som ansvarsgrunnlag.....	203
9.11.3 Nærmere om organansvar	204
9.11.4 Søksmålshindre og ansvarsgjennombrudd.....	205

Kapittel 10

Åpenhetslovens innvirkning på offentlig sektor	208
10.1 Innledning.....	208
10.2 Å fremme grunnleggende menneskerettigheter gjennom offentlige anskaffelser.....	209

10.2.1	Innledning.....	209
10.2.2	Et kort overblikk over anskaffelsesregelverket	210
10.2.3	Offentlige anskaffelser som strategisk virkemiddel	211
10.2.4	Anskaffelsesloven § 5	212
10.2.5	«Egnede rutiner».....	214
10.3	Åpenhetsloven som en ny og forenklet standard i offentlige anskaffelser	215
10.4	Hvordan innarbeide krav og kriterier knyttet til åpenhetsloven i anskaffelsen	217

Kapittel 11

Veien videre - Ventet regulering i EU	220
11.1 Regelverksutvikling i EU: EU-kommisjonens direktivforslag.....	220
11.1.1 Bakgrunn og kontekst.....	220
11.1.2 Sammenhengen med åpenhetsloven.....	222
11.2 Personelt virkeområde (hvilke virksomheter som omfattes)	223
11.3 Aktsomhetsforpliktelsene etter direktivforslaget.....	229
11.4 Direktivforslagets regler om virksomhetsstyring og styreansvar	235
11.5 Direktivforslagets sanksjonssystem.....	239

Kapittel 12

Avslutning	244
Kilder	247
Litteratur.....	247
Forarbeider	255
EU-forarbeider og publikasjoner	256
Internasjonal soft law.....	257
Lover og forskrifter	258
Traktater	263
EU-direktiver og forordninger	265
Utenlandske lover	268
Rettspraksis	269
Forvaltningsvedtak og tolkningsuttalelser	269
Rettspraksis fra EU-domstolen	269
Rettspraksis fra EMD	269
Stikkordsregister	271

KAPITTEL 1

Introduksjon

«Business is the major source of investment and job creation, and markets can be highly efficient means for allocating scarce resources. They constitute powerful forces capable of generating economic growth, reducing poverty, and increasing demand for the rule of law, thereby contributing to the realization of a broad spectrum of human rights. But markets work optimally only if they are embedded within rules, customs and institutions. Markets themselves require these to survive and thrive, while society needs them to manage the adverse effects of market dynamics and produce the public goods that markets undersupply. Indeed, history teaches us that markets pose the greatest risks – to society and business itself – when their scope and power far exceed the reach of the institutional underpinnings that allow them to function smoothly and ensure their political sustainability. This is such a time and escalating charges of corporate-related human rights abuses are the canary in the coal mine, signalling that all is not well.

The root cause of the business and human rights predicament today lies in the governance gaps created by globalization – between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of societies to manage their adverse consequences. These governance gaps provide the permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation. How to narrow and ultimately bridge the gaps in relation to human rights is our fundamental challenge.»¹

John Ruggie, FNs daværende spesialrepresentant for næringsliv og menneskerettigheter og professor ved Harvard University, 2008.

1 Ruggie (2008).

Menneskerettighetene har i lang tid først og fremst angått verdens stater. Ordet «menneskerettigheter» har ledet tankene hen til FNs konvensjoner og praksis, systemet bygget rundt Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og de diplomatiske relasjonene stater imellom. Likevel er det liten tvil om at mange av menneskerettighetsbruddene og tilfellene av dårlige arbeidsforhold som finner sted i verden, enten er forårsaket av, eller kan knyttes til, næringsvirksomhet heller enn statlig maktutøvelse. Til tross for dette har næringslivet i liten grad vært involvert i utviklingen av, og debatten rundt, menneskerettigheter på verdensbasis. Private virksomheter har riktignok i økende grad blitt bevisst sitt sosiale ansvar, men dette har hovedsakelig vært en prosess drevet frem av ønsket om et godt *omdømme*, mer enn av konkrete *rettslige* forpliktelser.

Mangelen på rettslig regulering har, som spesialrepresentant John Ruggie påpekte i sin rapport til FN fra 2008, skapt tomrom hvor samfunn ikke har maktet å hindre de negative virkningene av en stadig mer globalisert og markedsstyrt økonomi. Åpenhetsloven tar sikte på å tette noen av disse tomrommene, og samtidig utnytte potensialet som ligger i et marked som blir mer og mer globalt. Næringslivet har stor innflytelse, og i mange tilfeller større påvirkningsmuligheter enn det stater har. Verden blir et bedre sted dersom denne innflytelsen og påvirkningskraften kan brukes til å fremme grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.

Åpenhetsloven er en del av en ny bølge av lovgivning som på mange måter markerer et paradigmeskifte i måten vi som samfunn tenker rundt menneskerettighetene. På samme måte som arbeidsforholdene i næringslivet internt i Norge for lengst har blitt underlagt rettslig kontroll og regulering, har lovgiver gjennom åpenhetsloven skapt et sett med spilleregler for næringslivets menneskerettighetspåvirkning i leverandørkjedene.

Målet er at disse spillereglene skal fremme virksomheters respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i forbindelse med produksjon av varer og levering av tjenester. Åpenhetsloven skal i tillegg bevisstgjøre forbrukere, investorer og samfunnet for øvrig: Enhver har nemlig rett til å kreve informasjon fra virksomhetene om hvilket avtrykk virksomhetene har på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, og om hvordan virksomhetene jobber for å forbedre dette fotavtrykket.

Denne boken er en praktisk håndbok i hvordan norske virksomheter kan oppfylle kravene i åpenhetsloven. Loven introduserer konsepter og begreper som frem til nå nok har vært ganske ukjente for mange norske virksomheter. «Aksomhetsvurderinger», «negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold» og «OECDs retningslinjer» er eksempler på dette. Vi vil lede leseren gjennom disse konseptene og begrepene, og gi praktiske råd langs veien mot oppfyllelsen av lovens plikter. Kort sagt vil vi altså forklare hvordan åpenhetsloven fungerer i praksis. Boken er basert på erfaringer vi så langt har gjort oss i arbeidet som advokater på området, og spørsmålene vi har erfart at virksomheter ofte lurere på.

Åpenhetslovens bakgrunn og kontekst

2.1 Innledning

Åpenhetsloven er én av flere lover og rettsakter om ansvarlighet og bærekraft i næringslivet vedtatt på nasjonalt og delstatlig nivå i verden det siste tiåret. Denne lovgivningen har vokst frem av røtter som strekker seg betydelig lenger tilbake i tid. For å forstå den historiske bakgrunnen for åpenhetsloven, som ble vedtatt av Stortinget 14. juni 2021, vil vi i dette kapitlet fremheve tre rettshistoriske strømninger: fremveksten av arbeiderrettigheter i kjølvannet av den industrielle revolusjon, etableringen av et internasjonalt menneskerettighetssystem i etterkant av andre verdenskrig og utviklingen av rettslig ansvar for næringslivets globale verdikjeder som følge av de siste tiårs globalisering av vare- og tjenesteproduksjon.

Industrialismens fremvekst fra slutten av 1700-tallet medførte en grunnleggende omorganisering av samfunnets arbeids- og produksjonssystem, fra tradisjonelt håndverk og jordbruk til moderne fabrikkdrift og maskindrevet masseproduksjon. I den industrielle revolusjonens tidlige fase jobbet fabrikkarbeiderne ofte under helseskadelige forhold, og det forekom flere fabrikkulykker med dødelig utfall. Dette, sammen med fremveksten av en fagbevegelse, skapte et behov for lovregulering av arbeidsmiljøet. Norge fikk den første reguleringen av arbeidsvilkår i industrien gjennom fabrikktilsynsloven fra 1892. Loven var motivert av vedtak og konvensjoner fattet på internasjonale arbeiderkongresser på slutten av 1800-tallet, som dannet grunnlaget for etableringen av Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) i 1919. Den norske fabrikktilsynsloven føyde seg inn i en rekke av nasjonale arbeiderrettighetslover i Europa i siste halvdel av 1800-tallet.

Individets rettsvern ble styrket ytterligere gjennom utviklingen av et internasjonalt menneskerettighetssystem i etterkant av andre verdenskrig. FNs medlemsland vedtok i 1948 Verdenserklæringen om menneskerettigheter, som blant annet forbyr slaveri og gir rett til arbeid, rettferdige og gode arbeidsforhold, hvile, ferie og fritid, rimelig begrensning av arbeidstiden og vern mot diskriminering. Rettighetene i Verdenserklæringen ble utdypet og gjort rettslig forpliktende for FNs medlemsland gjennom FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), vedtatt i 1966, og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), vedtatt i 1966. I Europa spiller Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), vedtatt i 1950 og inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven (1999),² en viktig rolle. Individene kan, dersom nasjonale rettsmidler er uttømt, fremme klager direkte for Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), som har kompetanse til å avsi avgjørelser som binder medlemsstatene.

I arbeidslivet danner ILOs åtte kjernekonvensjoner et grunnleggende menneskerettslig rammeverk (dette behandles nærmere i kapittel 3). De nevnte menneskerettslige regelsettene har til felles at de kun er bindende for stater som folkerettslige subjekter, og ikke kan påberopes av individer, fagforeninger og andre aktører overfor andre private rettssubjekter. Regelsettene gir derfor ikke direkte utspring til plikter for næringslivet. Statene har likevel en positiv sikreplikt, som innebærer at de må iverksette tiltak som sikrer at menneskerettighetene ikke brytes private rettssubjekter imellom. I mange land er det imidlertid betydelige mangler knyttet til håndhevelsen av menneskerettighetene og ILOs kjernekonvensjoner.³

Arbeidsforholdene og menneskerettighetssituasjonen i vare- og tjenesteproduksjonen til norske virksomheter har blitt satt under press som følge av den omfattende globaliseringen av næringslivet de siste 50 årene. Vare- og tjenesteproduksjonen har blitt fragmentert i komplekse leverandørkjeder, som ofte består av grossister, leverandører og kontraktsparter etablert i flere ulike land. I tillegg befinner gjerne kundene seg over hele verden, og viktige ledd i produksjonen blir ofte lagt til såkalte lavkostland, hvor menneskerettighetene og arbeidsforholdene typisk er mer utsatt enn

2 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

3 Se blant annet Etikkinformasjonsutvalget (2019) s. 84.