



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

En sammenligning av rekkevidden av aktsomhetsvurderinger i henhold til andre aktører etter åpenhetsloven og etter forslaget til EUs CSDD Direktiv

Øyvind Bakkeby Øverli

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2023



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Aktualitet	2
1.3	Aktsomhetsvurderinger som verktøy for å motvirke næringslivsrelaterte menneskerettskrenkelser etter UNGP	4
1.3.1	Virksomheters ansvar for næringslivsrelaterte menneskerettighetsbrudd etter UNGP 4	4
1.3.2	Hvordan kan en virksomhet knyttes til en krenkelse?.....	6
1.3.3	Aktsomhetsvurderinger etter UNGP	7
1.3.4	Nærmere om Kartleggingsplikten i aktsomhetsvurderinger etter UNGPs prinsipp 18.....	9
1.3.5	Begrepet «forretningsforbindelser» i UNGP.....	10
1.4	Bakgrunnen for åpenhetsloven og CSDDD.....	11
1.5	Rettskildebilde og metode	13
1.5.1	Åpenhetsloven.....	13
1.5.2	CSDD Direktivet.....	15
1.6	Den videre fremstilling.....	16
2	Rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i henhold til andre aktører etter åpenhetsloven	17
2.1	Kort om kartleggingsplikten i aktsomhetsvurderinger etter åpenhetsloven	17
2.2	Begrepet leverandørkjede	17
2.2.1	Leverandører og underleverandører	18
2.2.2	Kort om varer, tjenester og andre innsatsfaktorer	21
2.2.3	Hva er terskelen for at en innsatsfaktor «inngår» i virksomhetens levering av tjenester eller produksjon av varer fra råvarestadiet til ferdig produkt	22
2.2.4	Nærmere returordninger og annen avhending.....	24
2.3	Begrepet forretningspartner	25

2.3.1	Dynamikken mellom åpenhetslovens begrepsbruk og OECDs retningslinjers begrepsbruk	26
3	Rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i henhold til andre aktører etter direktivforslaget	29
3.1	Kort om kartleggingsplikten i direktivforslaget	29
3.2	<i>Business partner</i>	29
3.2.1	Direct <i>business partner</i>	30
3.2.2	Kommersiell avtale	30
3.2.3	Kommersiell avtale relatert til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester 31	
3.2.4	Indirkte <i>business partner</i>	32
3.3	Aktivitetsskjedebegrepet	36
3.3.1	Oppstrøms aktivitetsskjede	36
3.3.2	Nedstrøms aktivitetsskjede	38
3.3.3	Distribusjon	39
3.3.4	Avhending av produktet som avfall	41
3.3.5	Direkte <i>business partner</i> som mottar tjenester fra virksomheten	42
4	Sammenligning rekkevidden av aktsomhetsvurderingene etter åpenhetsloven og direktivforslaget	42
4.1	Typen aktører etter begrepene «enhver» og «legal entity»	42
4.2	Hvilken type forhold: Kontraktsforhold og kommersielt avtaleforhold.....	43
4.3	Hvilken aktivitet fra andre aktører inngår i aktsomhetsvurderingene?	44
4.3.1	Leverandørkjeden.....	45
4.3.2	Forretningspartner	46
4.4	Aktører som mottar tjenester fra virksomheten	47
	Referanseliste	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingen er en sammenligning av rekkevidden av aktsomhetsvurderinger i henhold til andre aktører etter åpenhetsloven¹ og etter forslaget til EUs CSDD Direktiv.²

Aktsomhetsvurderinger er et verktøy som skal kartlegge, forebygge, motvirke og redegjøre for potensielle og faktiske negative konsekvenser som virksomhetene bidrar til gjennom sin virksomhet.³ Under aktsomhetsvurderingene er det hovedsakelig to områder pliktsubjektet må kartlegge. Det ene er negative konsekvenser gjennom virksomhetens egne aktiviteter. Det andre er negative konsekvenser virksomheten er knyttet til gjennom andre aktører. Med rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i henhold til andre aktører, menes hvilke andre aktører som skal undersøkes under aktsomhetsvurderingene. Avhandlingen behandler ikke rekkevidden av aktsomhetsvurderingene knyttet til virksomhetens egne aktiviteter. Hvilke aktører som må undersøkes avgjøres av åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartnere», og direktivforslagets begreper «business partner» og «aktivitetskjede». Med dette avgjør begrepene rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i henhold til kartlegging av andre aktører.

Dersom CSDD direktivet blir vedtatt og inntatt i Norges EØS-forpliktelser, vil noen selskaper omfattes av både åpenhetsloven og CSDDD. Det vil følgelig oppstå problemstillinger knyttet til forenelighetene av de to regelverkene, der rekkevidden av aktsomhetsvurderingene blir en sentral del. Målet med sammenligningen er å avdekke hvorvidt rekkevidden av begrepene er forenelige, eller om det er behov for en tilpasning av åpenhetsloven, samt hvilken tilpasning som eventuelt kreves for at loven skal samsvare med direktivforslaget. For å vurdere dette redegjøres det først for åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartner», og forslaget til CSDD Direktivets begreper «business partner» og «aktivitetskjede». Etter disse redegjørelsene vil begrepene sammenlignes for å fremheve likheter og ulikheter mellom regelverkene rekkevidde.

¹ Lov 18. juni 2021 nr. 99 om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)

² EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937 av 30 november 2022 (heretter forslag til CSDDD, forslag til CSDD Direktiv, direktivforslag)

³ Åpenhetsloven § 4 og forslag til CSDDD artikkel 4

1.2 Aktualitet

Åpenhetsloven ble vedtatt 16. juni 2021 og trådte i kraft 1. juli 2022. Lovens formål er å fremme virksomheters respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i forbindelse med virksomheters produksjon av varer og levering av tjenester. I tillegg skal loven sikre allmennheten tilgang på informasjon knyttet til hvordan virksomheter håndterer negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.⁴ For å oppnå formålet pålegger åpenhetsloven større virksomheter tre plikter. For det første skal virksomhetene gjennomføre aktsomhetsvurderinger av sin leverandørkjede og samarbeidspartnere i tråd med OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper.⁵ For det andre må virksomhetene gjøre rede for sine aktsomhetsvurderinger i en årlig, offentlig tilgjengelig redegjørelse.⁶ Til sist plikter virksomhetene å besvare henvendelser fra allmennheten, både om aktsomhetsvurderingene generelt og spørsmål knyttet til et spesifikt produkt eller tjeneste.⁷

Åpenhetsloven er fremdeles i sitt første år. Når det gjelder aktsomhetsvurderingsprosessen, bygger den imidlertid på eksisterende soft-law i FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter (UNGP)⁸ og OECDs retningslinjer og OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv.⁹ Grunnen til dette er et ønske om å unngå å danne parallelle systemer nasjonalt og internasjonalt.¹⁰

EU-kommisjonen fremmet 23. februar 2022 sitt første forslag til CSDD Direktivet,¹¹ som pålegger visse virksomheter til å utføre aktsomhetsvurderinger av negative påvirkninger

⁴ Åpenhetsloven § 1

⁵ Åpenhetsloven § 4, OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper (2011) (heretter OECDs retningslinjer)

⁶ Åpenhetsloven § 5

⁷ Åpenhetsloven § 6

⁸ Forslag til CSDDD fortale bl.a. avsnitt (12) og (26), FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter (heretter UNGP)

⁹ Prop.150 L (2020–2021) s. 108, OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv (heretter OECDs veileder)

¹⁰ Prop.150 L (2020–2021) s. 107

¹¹ EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022

knyttet til miljø og menneskerettigheter.¹² Aktsomhetsvurderingene retter seg blant annet mot pliktsubjektets «business partners» og «aktivitetskjede».¹³ Direktivet, som fremdeles er til behandling i EU, ble revidert i et nytt forslag 30. november 2022. Sammenligningen tar utgangspunkt i dette siste forslaget. Direktivet er ett av flere tiltak for å hjelpe EUs overgang til en grønn og klima-nøytral økonomi, i samsvar med The European Green Deal og FNs mål for bærekraftig utvikling.¹⁴

Forslaget til CSDD Direktivet er inspirert av UNGP og OECDs retningslinjer, men bygger ikke direkte på disse, slik åpenhetsloven gjør.¹⁵ Dette felles grunnlaget gjør likevel at de to kildene har en svært lik tilnærming til aktsomhetsvurderingsprosessen. I sitt første forslag i februar 2022 valgte EU-kommisjonen løsninger som var i stor kontrast til det som følger av UNGP og OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper.¹⁶ I sitt andre reviderte forslag i november 2022 ble det gjort en rekke endringer hvilket bidro til større likhet mellom direktivforslaget og åpenhetsloven. Selv om endringene i direktivforslaget minsker forskjellene mellom direktivet og åpenhetsloven, er det fremdeles aktuelt å sammenligne begrepsbruken som avgjør rekkevidden i de to kildene.

Det fremheves i åpenhetslovens forarbeider at det ikke er ønskelig å skape parallelle systemer, med åpenhetsloven på den ene siden og OECDs retningslinjer på den andre siden.¹⁷ Det er estimert at ca. 50 norske selskaper vil rammes av både åpenhetsloven og CSDDD i direktivets første år, og ca. 250 norske selskaper rammes 2 år etter at direktivet er iverksatt, når direktivet også inkluderer gruppe 2.¹⁸ Det vil være uheldig for disse selskapene å måtte forholde seg til to parallelle systemer, ett nasjonalt og ett gjennom EØS. Det er derfor sannsynlig at

¹² Forslag til CSDD Direktiv, bl.a. art. 3 bokstav (ca)

¹³ Op.cit., art. 6 paragraf 1 og 1a

¹⁴ Op.cit., fortale punkt 3

¹⁵ Op.cit., fortale bl.a. avsnitt (12) og (26), The European Green Deal, COM/2019/640 final, (2019) (heretter Green Deal)

¹⁶ EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022

¹⁷ Prop.150 L (2020–2021) s. 107

¹⁸ <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/mars/aktsomhetsdirektivet/id2918419/> (lest 2. april 2023)

åpenhetsloven vil kreve en tilpasning for å samsvare med direktivet. Da er det essensielt å vite hvilke aktører som inngår i aktsomhetsvurderingene i de to regelverkene.

1.3 Aktsomhetsvurderinger som verktøy for å motvirke næringslivsrelaterte menneskerettskrenkelser etter UNGP

For å sette sammenligningen av begrepsbruken i kontekst og forstå hvordan begrepene setter rekkevidden for aktsomhetsvurderingene, er det nødvendig med en innføring i aktsomhetsvurderinger som metode. Ettersom UNGP er et felles grunnlag for aktsomhetsvurderingsmodellen i både åpenhetsloven og direktivforslaget, er det naturlig å bruke UNGP som utgangspunkt for redegjørelsen. Denne vil gi en grunnleggende forståelse av aktsomhetsvurderinger som verktøy for å oppdage, forebygge og motvirke negative påvirkninger. Aktsomhetsvurderinger skal behandle menneskerettskrenkelser som en virksomhet kan stilles ansvarlig for. Derfor vil det først sees nærmere på virksomheters ansvar og hva som skal til for at en virksomhet kan knyttes til en menneskerettskrenkelse. Etter en generell redegjørelse av aktsomhetsvurderingsprosessen settes fokuset på kartleggingsplikten og rekkevidden av denne. Etter UNGP beror dette på en tolkning av begrepene «verdikjede» og «forretningspartner». Det vil også klargjøre for den senere sammenligningen hvordan begrepene i åpenhetsloven og direktivforslaget avviker fra sitt felles utgangspunkt. Dette er en omfattende redegjørelse, men den gjøres innledningsvis slik at den kan belyse punkt 1.4 om bakgrunnen for regelverkene og punkt 1.5 om rettskildebilde og metode.

1.3.1 Virksomheters ansvar for næringslivsrelaterte menneskerettighetsbrudd etter UNGP

I 2008 ledet John Ruggie arbeidet med en rapport til FNs menneskerettighetsråd. I rapporten fremsettes rammeverket basert på de tre pilarene «beskytte, respekt og gjenopprette», som senere dannet grunnlaget for UNGP.¹⁹ UNGP ble vedtatt av FNs sikkerhetsråd i 2011, og utgjør den ledende globale standarden for å bekjempe næringslivsrelaterte menneskerettskrenkelser.²⁰ På de tre pilarene fordeler det seg 31 prinsipper. Prinsippene gir anbefalinger og retningslinjer for stater og næringslivsaktører om hvordan de skal beskytte og

¹⁹ UN Human Rights Council, "Protect, Respect and Remedy", A/HRC/8/5, (2008)

²⁰ Elgesem, F., & Høstmælingen, N. (2019) s. 15

respektere menneskerettighetene, samt gi gjenoppretting der krenkelser har funnet sted.²¹ Vedtakelsen av UNGP førte blant annet til en revisjon av OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper i 2011, der det blant annet tatt inn et nytt kapittel om menneskerettigheter som samsvarer med UNGP-modellen, «beskytte, respektere og gjenopprette».²² Denne revisjonen, og det at en rekke andre regelverk bygger på UNGPs prinsipper, befester UNGP som en grunnleggende og sentral global standard for å bekjempe næringslivsrelaterte menneskerettskrenkelser.²³ OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper bygger videre på UNGP, og OECD har skapt flere praktiske veiledere for aktsomhetsvurderingsprosessen.

UNGPs andre pilar, «respekt», handler om næringslivets ansvar for å respektere menneskerettigheter.²⁴ Virksomheter bør unngå å krenke andres menneskerettigheter, samt håndtere og gjenopprette negative påvirkninger deres operasjoner har hatt på menneskerettighetene.²⁵ Negative påvirkninger på menneskerettighetene oppstår når en handling fjerner eller hindrer et individs mulighet til å utøve sine menneskerettigheter.²⁶ Virksomheter skal unngå å skape eller medvirke til negative påvirkninger på menneskerettighetene gjennom sine operasjoner.²⁷ I tillegg skal virksomheter forebygge og avhjelpe negative påvirkninger som de er direkte tilknyttet gjennom sine operasjoner, produkter eller tjenester via sine forretningsforbindelser («business relationships»)²⁸. Her er det ikke bare snakk om negative påvirkninger som virksomheten selv tar del i. Virksomheten må også adressere negativ påvirkning de er knyttet til gjennom flere ledd av sine forretningsforbindelser i sin verdikjede.²⁹ For at virksomheten skal være ansvarlig for en negativ innvirkning på menneskerettighetene, stilles det altså krav til at virksomheten må ha en viss tilknytning til den negative innvirkningen. Etersom UNGP består av veiledende

²¹ UNGP s. 1

²² OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper (2011)

²³ Bl.a. Åpenhetsloven, CSDDD og Den franske aktsomhetsloven (Lov nr. 2017 – 399)

²⁴ Bl.a. UNGP forside

²⁵ UNGP Prinsipp 11 s. 13

²⁶ THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT HUMAN RIGHTS An interpretive guide, (2012) (heretter interpretive guide) Q10 s. 15

²⁷ UNGP Prinsipp 13 a)

²⁸ UNGP Prinsipp 13 b)

²⁹ UNGP prinsipp 13 Commentary s. 15

prinsipper er det ikke nødvendig med like klare grensdragninger og definisjoner, slik det kreves i en lovtekst. Innholdet i visse begreper og prinsipper er derfor ikke alltid tydelig.

For at virksomheter skal oppholde sitt ansvar for å respektere menneskerettighetene etter UNGP, anmodes de til å iverksette tre tiltak.³⁰ For det første bør virksomheten ha intern policy som binder virksomheten til å operere med respekt for menneskerettighetene.³¹ Policyen skal forankre og forplikte virksomheten til å respektere menneskerettighetene i tråd med UNGP.³² For det andre bør virksomheten utføre aktsomhetsvurderinger for å kartlegge, motvirke, formilde og redegjøre for sin negative påvirkning på menneskerettighetene.³³ Til sist bør virksomheten inneha prosesser for å gjenopprette de negative konsekvensene virksomheten har påført menneskerettighetene.³⁴ Disse tre anmodningene samsvarer i stor grad med de 6 trinnene i aktsomhetsvurderingsprosessen som følger av OECDs retningslinjer og åpenhetsloven.³⁵ Selv om ansvaret for å respektere menneskerettighetene gjelder likt for alle aktører, skal prosessene knyttet til overholdelse av de tre anmodningene tilpasses virksomhetens omstendigheter og størrelse.³⁶ Grunnen er at små og mellomstore virksomheter har lavere kapasitet og mer uformell ledelsesstruktur, og er derfor mindre egnet for denne typen prosesser.³⁷

1.3.2 Hvordan kan en virksomhet knyttes til en krenkelse?

UNGP prinsipp 13 stiller opp tre muligheter for hvordan en virksomhet kan knyttes til negative påvirkninger for menneskerettighetene. Bokstav (a) krever at virksomheten skal unngå å «causing» (forårsake) og «contributing» (medvirke) til negative påvirkninger gjennom deres «own activities» (egne aktiviteter). Her forstås «egne aktiviteter» som både handlinger og unnlatelser.³⁸ En virksomhet kan eksempelvis forårsake eller medvirke til en

³⁰ UNGP prinsipp 15

³¹ UNGP prinsipp 15 (a)

³² UNGP prinsipp 15 (a)

³³ UNGP prinsipp 15 (b)

³⁴ UNGP prinsipp 15 (c)

³⁵ Åpenhetsloven § 4 a), OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper sammenholdt med OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv

³⁶ UNGP prinsipp 15, sml. prinsipp 14

³⁷ UNGP prinsipp 14 Commentary s. 15

³⁸ UNGP prinsipp 13 Commentary s. 15

krenkelse, ved å starte eller delta i et utvinningsprosjekt som tar eller ødelegger ressurser som er nødvendig for at et urfolk skal utøve sin kultur, næring eller liknende.

Den tredje måten en virksomhet kan være knyttet til en krenkelse følger av bokstav (b). Dette er krenkelser som er direkte knyttet til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester gjennom deres forretningsforbindelser, selv om virksomheten selv ikke har medvirket til krenkelsen.³⁹ Konsekvensen er at virksomhetens ansvar strekker seg gjennom flere ledd både opp og ned i sin verdikjede, og til andre aktører med forretningsmessig tilknytning til virksomheten. Eksempelvis kan en snekkerbedrift ha kjøpt varer fra en verktøyprodusent, som igjen har kjøpt metall fra en aktør, som benytter seg av tvangsarbeid ved utvinningen av metallet. Da vil snekkerbedriften være knyttet til krenkelsen, selv om de ikke deltok i utøvelsen av tvangsarbeid.

1.3.3 Aktsomhetsvurderinger etter UNGP

Det følger av UNGP prinsipp 17 at virksomhetene bør utføre aktsomhetsvurderinger for å identifisere, motvirke og forebygge negative konsekvenser på menneskerettighetene, samt redegjøre for hvordan de behandler negative påvirkninger. Aktsomhetsvurderingene bør dekke de negative påvirkninger som virksomheten har tilknytning til.⁴⁰

Aktsomhetsvurderingene er dynamiske og omfanget av dem bør tilpasses etter virksomhetens størrelse, risikoen for alvorlige konsekvenser for menneskerettigheter, bransje og operative kontekst.⁴¹ En virksomhets operasjoner er i konstant endring. Utskifting av leverandører og oppstart i nye markeder eller bransjer er eksempler på hvordan en virksomhet kan endre seg. Aktsomhetsvurderingene må følgelig være en kontinuerlig prosess, slik at de ikke blir utdaterte.⁴² Virksomheter bør utføre en mer omfattende aktsomhetsvurdering av alvorlige risikoer knyttet til sin bransje eller forretningsområde. Eksempelvis kan en virksomhet i klesbransjen fokusere på å motvirke barnearbeid hos sine forretningsforbindelser. Det er imidlertid ikke bare bransjerisiko som kan kreve ekstra oppmerksomhet under aktsomhetsvurderingene. En virksomhet kan for eksempel operere i eller ha forretningsforbindelser i land med betydelig økt risiko for korrupsjon. I et slikt land er det

³⁹ UNGP prinsipp 13 (b)

⁴⁰ Se pkt. 1.3.2

⁴¹ UNGP prinsipp 17 (b)

⁴² UNGP prinsipp 17 (c)

langt enklere for forretningsforbindelser å krenke menneskerettighetene. Av den grunn må også denne typen økt risiko tas i betraktning under aktsomhetsvurderingene. Interessentdialog er et nyttig verktøy for aktsomhetsvurderingene. Gjennom en slik prosess kan virksomheten oppnå innsikt i hva aktsomhetsvurderingsprosessen bør dekke og hvordan den bør utføres, med hensyn til sårbare grupper. Tilnærmingene til blant annet risiko, størrelse og interessentdialog gjør aktsomhetsvurderingene til mer enn bare dokumentutveksling mellom aktørene. Ved å plassere de største risikoområdene i sentrum av aktsomhetsvurderingene, tillater UNGP virksomheten å bruke sin begrensede kapasitet til å arbeide på de fronter hvor det er høyest behov.

1.3.3.1 Trinnene i aktsomhetsvurderingsprosessen

Elementene i aktsomhetsvurderingene følger av prinsipp 18-21. De fire prinsippene har stor likhet med OECDs retningslinjer og åpenhetslovens trinn 2-5.⁴³ Det første trinnet i aktsomhetsvurderingsprosessen følger av prinsipp 18, som langt på vei samsvarer med kartleggingsplikten (trinn 2) i åpenhetslovens modell.⁴⁴ Prinsippet tilsier at virksomheter bør identifisere og vurdere faktiske og potensielle negative påvirkninger på menneskerettighetene, som virksomheten medfører gjennom sine egne aktiviteter eller som virksomheten er knyttet til gjennom sine forretningsforbindelser. Denne kartleggingsplikten i aktsomhetsvurderingen skal for det første oppdage faktiske menneskerettskrenkelser og risiko for at krenkelser kan skje. Trinnet kan deles i to deler. Den første gjelder selve kartleggingen av egne aktiviteter og forretningsforbindelsers aktiviteter, med den hensikt å avdekke faktiske eller potensielle negative påvirkninger. Etter virksomheten har kartlagt negative påvirkninger gjennom egne aktiviteter eller hos sine forretningsforbindelser, må de vurdere hvorvidt de er tilknyttet disse negative påvirkningene.⁴⁵ Det er kartleggingsplikten som bestemmer hvilke aktører som må undersøkes, og dermed også rekkevidden av aktsomhetsvurderingene. Rekkevidden begrenses dermed av at aktivitetene til en forretningspartner må være tilstrekkelig tilknyttet.

⁴³ OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper sammenholdt med OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv og åpenhetsloven § 4

⁴⁴ Åpenhetsloven § 4 b)

⁴⁵ Se pkt. 1.3.2

Det andre trinnet handler om hvordan virksomhetene bør behandle funnene fra trinnet om kartlegging og vurdering.⁴⁶ Dersom virksomheten har avdekket negative påvirkninger de er knyttet til, bør virksomheten integrere funnene inn i relevante prosesser og utføre tiltak som er passende basert på omfanget og graden av negativ påvirkning.⁴⁷ Trinn tre i aktsomhetsvurderingen er å overvåke effektiviteten av tiltakene som ble implementert under forrige trinn.⁴⁸ Måling av tiltakenes effekt skal bero på passende kvalitative og kvantitative indikatorer, og tilbakemeldinger internt og eksternt, inkludert interessenter.⁴⁹ Det fjerde og siste trinnet i aktsomhetsvurderingen er at virksomheten må kommunisere eksternt funnene fra trinn 1 og hvordan de behandlet de negative påvirkningene i trinn 2.

1.3.4 Nærmere om Kartleggingsplikten i aktsomhetsvurderinger etter UNGPs prinsipp 18

Når virksomheten skal forsøke å avdekke menneskerettskrenkelser, benyttes en risikobasert tilnærming. Risikoen må kartlegges gjennom en overordnet analyse av virksomhetens aktiviteter og forretningsforbindelser.⁵⁰ Analysen skal fremheve de mest risikofylte «områder» som virksomheten må prioritere videre i kartleggingen. Analysen bør ta utgangspunkt i empiriske kilder, for eksempel indekser som viser risiko for næringslivsrelaterte menneskerettskrenkelser basert på land, bransje og lignende faktorer.⁵¹

Når de største risikoområdene er kartlagt, må disse undersøkes nærmere. Hensikten er å identifisere konkrete krenkelser og risikoer for krenkelser. En slik undersøkelse krever at virksomheten samler informasjon fra både interne og eksterne kilder om egne operasjoner og forretningsforbindelser som knytter seg til risikoområdene. Slik informasjon hentes fra internt arbeid med for eksempel antihvitvasking og antikorrupsjonsarbeid, eller eksternt gjennom for eksempel bransjespesifikke veiledere eller forretningsforbindelsene selv.⁵² I undersøkelsen bør virksomheten ha viet oppmerksomhet til sårbare grupper som har en økt risiko for å bli

⁴⁶ UNGP prinsipp 19

⁴⁷ UNGP prinsipp 19

⁴⁸ UNGP prinsipp 20

⁴⁹ UNGP prinsipp 20 (a) og (b)

⁵⁰ Interpretive guide Q40 s. 42

⁵¹ UNGP prinsipp 18 (a) om bruk av ekstern ekspertise

⁵² Elgesem, F., & Høstmælingen, N. (2019) s. 190

marginalisert.⁵³ Interessentdialog er et særlig viktig element for undersøkelsen. For eksempel kan lokale myndigheter opplyse virksomheten om hvordan krenkelser oppstår i området og hvordan de burde gå frem i sine undersøkelser.⁵⁴

Når virksomheten skal kartlegge påvirkning knyttet til egne aktiviteter eller operasjoner, er det bare virksomhetens handlinger eller unnlaterelser og de konsekvenser som følger av disse, som må undersøkes. Et eksempel på et slikt brudd er hvis en virksomhet skal utføre et byggeprosjekt som krenker urfolksrettigheter. Kartleggingen av påvirkninger som potensielt kan knyttes i virksomheten gjennom sine forretningsforbindelser, krever imidlertid en undersøkelse av andre aktører. Et typisk eksempel på slike tilfeller er der en av virksomhetens leverandører benytter barnearbeid i produksjonen av produktet de leverer til virksomheten. Hvilke aktører virksomheten må undersøke i kartleggingsplikten avgjøres av begrepet «forretningsforbindelser».

1.3.5 Begrepet «forretningsforbindelser» i UNGP

UNGP prinsipp 18 går ut på at virksomhetene skal identifisere faktiske og potensielle negative menneskerettspåvirkninger som er tilknyttet dem på grunn av deres forretningsforbindelser. Med begrepet «forretningsforbindelser» menes forbindelser med forretningspartnere, aktører i virksomhetens verdikjede og enhver annen ikke-statlig eller statlig enhet som er direkte tilknyttet virksomhetens forretningsoperasjoner, produkter eller tjenester.⁵⁵ Det inkluderer også indirekte forretningsforbindelser knyttet til minoritets- og majoritetsposisjoner i fellesforetak.⁵⁶ Med en slik definisjon har man søkt å omfatte enhver som er direkte nødvendig for virksomhetens drift, samt produksjon og levering av produkter og tjenester. Definisjonen inkluderer følgelig alle forretningspartnere og hele virksomhetens verdikjede. En virksomhets verdikjede er alle aktiviteter som konverterer «input» til «output» ved å øke verdien. Verdikjeden inkluderer alle aktører som har direkte eller indirekte forretningsforbindelse til virksomheten, og som enten a) leverer produkter eller tjenester som bidrar til virksomhetens egne produkter eller tjenester, eller b) mottar produkter eller tjenester

⁵³ UNGP Commentary s. 20

⁵⁴ Interpretive Guide Q42 s. 43-44

⁵⁵ UNGP Commentary s. 15

⁵⁶ Interpretive Guide I. Key Concepts s. 5

fra virksomheten.⁵⁷ Dette betyr at verdikjedebegrepet følger forretningsforbindelser oppstrøms og nedstrøms. Med «oppstrøms» menes de ledd med forretningsforbindelser som leverer produkter eller tjenester i retning *mot* virksomheten. Et eksempel på en slik forretningsforbindelse er aktøren som stod for utvinning av metallet som virksomheten senere bruker i sitt produkt. Følgen av dette er at enhver oppstrøms forretningsforbindelse med tilstrekkelig tilknytning, er inkludert i kartleggingsplikten. Dette gjelder helt fra utvinning av råvarer frem til ferdigstilling av produktet eller tjenesten hos virksomheten. Med «nedstrøms» menes de ledd med forretningsforbindelser som mottar produkter eller tjenester fra virksomheten, altså i retning *vekk fra* virksomheten. Et eksempel på en slik aktør er en flyprodusent som mottar en turbin fra en flydelprodusent (pliktsubjektet). Konsekvensen av dette er alle kunder som mottar produkt eller tjenester fra virksomheten inkluderes i kartleggingsplikten.

1.4 Bakgrunnen for åpenhetsloven og CSDDD

UNGP og OECDs retningslinjer har forventninger til og veiledende uttalelser om hvordan aktører i næringslivet burde handle for å motvirke negative påvirkninger for menneskerettighetene. Regjeringen iverksatte i 2015 en nasjonal handlingsplan for oppfølging av UNGP.⁵⁸ Regjeringen forventer at alle norske selskaper opptrer ansvarlig og etterlever disse to kildene.⁵⁹ Det manglet imidlertid rettslige sanksjoner som var kraftige eller presise nok til å presse virksomheter til å respektere menneskerettighetene.⁶⁰ Den 18. februar 2016 fremmet representanter fra Senterpartiet, Kristelig folkeparti og Miljøpartiet de grønne et representantforslag om lov om etikkinformasjon.⁶¹ Forslaget ba regjeringen utrede og vurdere å fremme forslag til «[...] lov om åpenhet om produksjonssteder og etikkinformasjon om vareproduksjon til forbrukere og organisasjoner.»⁶² I slutten av april 2016 ble forslaget hørt i Familie- og kulturkomiteen og fremmet som vedtak, og 13. juni 2016 vedtok stortinget

⁵⁷ Interpretive Guide I. Key Concepts s. 8

⁵⁸ Regjeringen, «Handlingsplan for menneskerettigheter og næringsliv», 2015: 20

⁵⁹ https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/naringslivssamarbeid-i-utlandet/innsikt/forventninger_retningslinjer/id2076270/ (lest 01. mai 2023)

⁶⁰ Elgesem, F., & Høstmælingen, N. (2019) s. 123

⁶¹ Dokument 8:58 S (2015–2016)

⁶² Dokument 8:58 S (2015–2016) s. 2

forslaget enstemmig.⁶³ I juni 2018 ble Etikkinformasjonsutvalget opprettet. De uttrykte at lovgivning måtte til.⁶⁴ Dette var basert på erfaring fra annen lignende nasjonal lovgivning, som blant annet United Kingdom sin «Modern slavery act», som skal motvirke slaveri og menneskehandel blant annet ved hjelp av åpenhet i leverandørkjeden og en årlig redegjørelse,⁶⁵ samt den franske aktsomhetsloven⁶⁶ og Nederlands aktsomhetslov for barnarbeid.⁶⁷ Etikkinformasjonsutvalget avga sitt forslag til lov om åpenhet 28. november 2019.⁶⁸ Etter noen endringer leverte regjeringen i april 2021 sitt lovforslag, som ble vedtatt av stortinget 16. juni 2021 og trådte i kraft 1. juli 2022.

Forslaget til CSDDD er et ledd i en større utvikling innen bærekraftig finans, som igjen er et ledd i samme trend som Green Deal. Green Deal ble lansert 11. desember 2019 og skal sikre en mer bærekraftig og sirkulær økonomisk utvikling gjennom blant annet lavere klimagassutslipp, økt livskvalitet og nye arbeidsplasser.⁶⁹ Målet med Green Deal er å gjøre EU klimanøytralt innen 2050.⁷⁰ For å oppfylle Green Deal sitt mål utvikles en rekke nye regelverk innen bærekraftig finans. Den første er den såkalte taksonomiforordningen, som implementerer et klassifiseringssystem som baseres på hvor bærekraftige de økonomiske aktivitetene er.⁷¹ Den andre er rapporteringsdirektivet for bærekraft (Corporate sustainability reporting directive).⁷² Direktivet implementerer et rapporteringssystem for hvordan virksomheter påvirker miljø og samfunn. Den tredje er offentliggjøringsforordningen, som handler om offentliggjøring av bærekraftsinformasjon.⁷³ Til sist er CSDDD, som skal kartlegge, forebygge og motvirke negative påvirkninger på miljø og menneskerettigheter gjennom aktsomhetsvurderinger.⁷⁴

⁶³ Innst.384 S (2015–2016) s. 3

⁶⁴ Etikkinformasjonsutvalget (2019) pkt. 8.1 s. 37

⁶⁵ Storbritannia, Modern Slavery Act (2015) c. 30 PART 6 Section 54 (1)

⁶⁶ Frankrike, «LOI n° 2017-399» (2017)

⁶⁷ Nederland, «Wet Zorgplicht Kinderarbeid» (2019), Etikkinformasjonsutvalget (2019) pkt. 8.1 s. 37

⁶⁸ Etikkinformasjonsutvalget (2019)

⁶⁹ Smith, M. R. (2021) s. 106

⁷⁰ The European Green Deal (2019) «Introduction», annet avsnitt

⁷¹ Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139

⁷² Direktiv (EU) 2022/2464

⁷³ Regulation (EU) 2019/2088

⁷⁴ Forslag til CSDDD art. 4

CSDD Direktivet skal fastsette et regelverk for virksomheter som opererer i EUs indre marked, med sikte på å fremme virksomheters bidrag til unionens overgang til en grønn og klimanøytral økonomi etter Green Deal og FNs bærekraftmål.⁷⁵ EU ønsker en felles regulering for det indre marked, ettersom en rekke nasjonale lover har blitt opprettet de siste årene. Her kan det nevnes Tysklands «Lieferkettengesetz» (Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains), den franske aktsomhetsloven og Nederlands aktsomhetslov for barnearbeid.⁷⁶ Ettersom næringslivet i EU-området har så sterke bånd over landegrensene innad i EUs indre marked, kan et felles regelverk forenkle arbeidet med aktsomhetsvurderinger for aktørene.

1.5 Rettskildebilde og metode

Sammenligningen krever en rettsdogmatisk tolkning av både åpenhetsloven og direktivforslaget. Kildene har metodiske særtrekk som må redegjøres for nærmere. Sammenligningen tar for seg rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i de to kildene, og ser dem opp mot hverandre. Sammenligningen vil ikke foreta nye tolkninger eller vurderinger av regelverkene.

I avhandlingen blir begrepet «virksomhet» ofte brukt for å betegne kildenes pliktsubjekt. I visse sammenhenger kan imidlertid betegnelsen være forvirrende, hvorpå betegnelsen «pliktsubjektet» anvendes i stedet. Det er ikke ment noen realitetsforskjell i bruk av det ene begrepet over det andre. Åpenhetsloven benytter betegnelsen «negative konsekvenser». Direktivforslaget, UNGP og OECDs retningslinjer bruker formuleringen «adverse impacts», som oversettes til «negative påvirkninger». Begrepene «negative konsekvenser» og «negative påvirkninger» likestilles.

1.5.1 Åpenhetsloven

Åpenhetsloven skal i prinsippet tolkes gjennom alminnelig juridisk metode. Åpenhetsloven som rettskilde har imidlertid enkelte særpreget sammenlignet med de fleste andre norske lover. Åpenhetsloven støttes av detaljerte forarbeider, blant annet en utredningsrapport og en proposisjon.⁷⁷ De ferske forarbeidene er et tydelig grunnlag for lovgiverviljen og er derfor

⁷⁵ Forslag til CSDDD Introduction (3)

⁷⁶ Tyskland, «Lieferkettengesetz», (2023), Nederland, Frankrike, «LOI n° 2017-399» (2017) og «Wet Zorgplicht Kinderarbeid» (2019)

⁷⁷ Etikkinformasjonsutvalget (2019) og prop.150 L (2020-2021)

vesentlige ved tolkning av lovens bestemmelser. Det er særlig proposisjonen som er relevant for den videre fremstillingen. Loven er under 1 år gammel og har ingen domstol- eller tilsynspraksis knyttet til seg.

Åpenhetsloven bygger på en tankegang om aktsomhetsvurderinger fra UNGP og OECDs retningslinjer.⁷⁸ Åpenhetsloven § 4 pålegger virksomheter å utføre aktsomhetsvurderinger i tråd med OECDs retningslinjer. Forarbeidene presiserer at aktsomhetsvurderinger etter OECDs retningslinjer også vil være i tråd med UNGP, og bemerker viktigheten av å unngå parallelle regelverk nasjonalt og internasjonalt.⁷⁹ Dette betyr at innholdet i aktsomhetsvurderingsprosessen etter åpenhetsloven § 4 skal tolkes i tråd med de gjeldende internasjonale prinsippene og retningslinjene som følger av OECDs retningslinjer, inkludert reviderte versjoner i fremtiden.⁸⁰ Hvordan en virksomhet skal utføre aktsomhetsvurderinger etter OECDs retningslinjer tydeliggjøres i OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv. Veilederen består av 6 trinn som samsvarer med bokstavleddene a)-f) i åpenhetsloven § 4. Forarbeidene legger opp til at denne veilederen, inkludert en kortere innføringsversjon, og veiledere for spesifikke sektorer skal benyttes av virksomhetene for hjelp til å gjennomføre aktsomhetsvurderinger.⁸¹ Idet det dreier seg om dynamiske dokumenter som vil tilpasses eller erstattes i takt med samfunnsutviklingen, er det lagt opp til at virksomhetene til enhver tid må legge til grunn den gjeldende versjonen av veilederne.⁸² Følgene av at åpenhetsloven bygger så tett på OECDs retningslinjer, er altså at OECDs retningslinjer og veiledere må tillegges betydelig vekt ved tolkningen av innholdet i aktsomhetsvurderingene. Åpenhetslovens § 4 får dermed en dynamisk karakter som tilpasser seg samfunnsutviklingen i større grad enn tradisjonell lovgivning. OECD-land plikter å opprette kontaktpunkt hvor selskaper kan klages inn til mekling for manglende etterlevelse av

⁷⁸ Åpenhetsloven § 4, sml. prop.150 L (2020-2021) s. 107

⁷⁹ Prop.150 L (2020-2021) s. 108

⁸⁰ Prop.150 L (2020-2021) s. 108

⁸¹ Prop.150 L (2020-2021) s. 108, bl.a. OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, (2016)

⁸² Prop.150 L (2020-2021) s. 108

OECDs retningslinjer.⁸³ Praksis fra OECDs kontaktpunkt kan derfor gi innsikt i forståelsen av OECDs retningslinjer og veiledere.

Forbrukertilsynet fungerer som både veiledende og tilsynsførende organ for åpenhetsloven.⁸⁴ De er svært tilbakeholdne med å ilegge sanksjoner i det første året av lovens levetid, da konseptet om aktsomhetsvurderinger er helt nytt for flere virksomheter og det er behov for en periode på et år til å innrette seg.⁸⁵ Etikkinformasjonsutvalgets rapport kan gi innsikt i åpenhetslovens innhold.⁸⁶ Lovens unge alder og mangelen på rettspraksis, gjør utredningen til en viktig kilde på områdene hvor proposisjonen er taus.

1.5.2 CSDD Direktivet

Norge er ikke medlem av EU, men er del av EUs indre marked gjennom sine folkerettslige forpliktelser i EØS-avtalen. EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og ble gjennomført i norsk rett via EØS-loven.⁸⁷ Avtalen er inngått mellom EFTA-statene Norge, Island og Liechtenstein, og EU-landene, med det formål å innlemme EFTA-statene i EUs indre marked. Med dette ønsker man å opprette et dynamisk og ensartet økonomisk samarbeidsområde, med blant annet like konkurransevilkår og fri bevegelse av ressurser.⁸⁸ Konsekvensen av dette er at Norge forpliktes til å følge EU-retten selv uten EU-medlemskap. Norges dualistiske prinsipp medfører imidlertid at EU-retten prinsipielt sett ikke gjelder i Norge før den er gjennomført i norsk rett.

Norge er i utgangspunktet underlagt EFTA-domstolen etter EØS-avtalen, men EU-domstolen har i prinsippet oppgaven å tolke og anvende EU-direktiver.⁸⁹ Dette må sees i sammenheng med homogenitetsmålsetningen, som innebærer at EØS-retten tolkes likt i både EFTA-

⁸³ https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/naringslivssamarbeid-i-utlandet/innsikt/forventninger_retningslinjer/id2076270/ (lest 01. mai 2023)

⁸⁴ Åpenhetsloven § 8 og § 9

⁸⁵ <https://www.forbrukertilsynet.no/apenhetsloven> under «Forbrukertilsynets rolle – hvordan vi arbeider» (lest 13. april 2023)

⁸⁶ Etikkinformasjonsutvalget (2019)

⁸⁷ Lov 27.11.1991 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

⁸⁸ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet av 2. mai 1992. (heretter EØS-avtalen) art. 1, sml. EØS-avtalens fortale avsnitt 5.

⁸⁹ Bl.a. Treaty of the European Union (2016) art. 19

domstolen, EU-domstolen og nasjonale domstoler.⁹⁰ Homogenitetsmålsetningen viser seg i tolkningsprinsipper som presumsjonsprinsippet og prinsippene om EØS-konform, som fører til at EU-praksis er vesentlig ved klarlegging av innholdet i EØS-avtalen.

For å få en reell fremstilling av CSDD Direktivets konsekvenser er det etter dette naturlig å anvende EU-domstolens tolkningsprinsipper når innholdet i forslaget skal klarlegges. EU-domstolens tolkningsstil avviker delvis fra norsk metodelære som legger hovedvekten på ordlyd og forarbeidsuttalelser. EU-domstolen legger et større fokus på bestemmelsens formål. Kildens systematikk og dens særlige målsetning er i tillegg til artikkelens ånd, oppbygning og ordlyd, viktig ved klarlegging av artikkelens innhold.⁹¹ Fortalen til EU-direktiver gir direkte innsikt i artikkelens formål, og tillegges følgelig stor vekt i tolkningen. Ettersom CSDDD ikke er vedtatt og tredd i kraft enda, er det ingen rettspraksis fra domstolen å se hen til.

Tolkningen tar utgangspunkt i EU-kommisjonens andre direktivforslag.⁹² Denne versjonen refereres til som «direktivforslaget» videre i avhandlingen. Direktivets første forslag gir innsikt i endringene kommisjonen valgte å gjennomføre. Dette kan i visse tilfeller belyse innholdet eller formålet til bestemmelser i kommisjonens andre forslag. Ved henvisning til kommisjonens første forslag, vil dette omtales som «opprinnelig direktivforslag».⁹³

1.6 Den videre fremstilling

Kapittel 2 inneholder en redegjørelse og tolkning av åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartner». Redegjørelsen vil legge grunnlaget for sammenligningen av aktsomhetsvurderingenes rekkevidde med direktivforslaget i kapittel 5.

Kapittel 3 inneholder en redegjørelse og tolkning av direktivforslagets begreper «business partner» og «aktivitetskjede». Redegjørelsen vil legge grunnlaget for sammenligningen av aktsomhetsvurderingenes rekkevidde med åpenhetsloven i kapittel 5.

⁹⁰ EØS-avtalen art. 1 «ensartet» og fortalen avsnitt 7 «harmonisk utvikling»

⁹¹ Bl.a. dom av 21. februar 1973 [C5], Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, Case 6/72, EU:C:1973:22, avsnitt 22

⁹² Forslag til CSDD Direktiv (EU) 2019/1937 av 30 november 2022

⁹³ EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022

Kapittel 4 inneholder en sammenligning av åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartner», og direktivforslagets begreper «business partner» og «aktivitetskjede». Sammenligningen tar for seg aktsomhetsvurderingenes rekkevidde etter de to regelverkene. Sammenligningen baseres på tolkningene i kapittel 3 og 4.

2 Rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i henhold til andre aktører etter åpenhetsloven

2.1 Kort om kartleggingsplikten i aktsomhetsvurderinger etter åpenhetsloven

Åpenhetsloven § 4 b) pålegger virksomheter å kartlegge og vurdere negative påvirkninger som blant annet «[...]er direkte knyttet til virksomhetens forretningsvirksomhet, produkter eller tjenester gjennom leverandørkjeder eller forretningspartnere». Hvilke aktører virksomheten må undersøke og dermed rekkevidden av aktsomhetsvurderingene, bestemmes av begrepene «leverandørkjede» og «forretningspartnere». Begrepene skal tilsvare begrepet «forretningsforbindelse» i OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper.⁹⁴ Det er imidlertid visse definisjonsmessige avvik mellom åpenhetslovens og OECDs begreper. I den sammenheng kan det oppstå enkelte problemstillinger knyttet til begrepenes innhold. Disse vil drøftes samlet under punkt 2.3 om forretningspartnere.

2.2 Begrepet leverandørkjede

Begrepet «leverandørkjede» er legaldefinert i åpenhetsloven § 3 d:

«Med leverandørkjede menes enhver i kjeden av leverandører og underleverandører som leverer eller produserer varer, tjenester eller andre innsatsfaktorer som inngår i en virksomhets levering av tjenester eller produksjon av varer fra råvarestadiet til ferdig produkt.»

Definisjon oppstiller flere kriterier for at en aktør skal kunne ansees som del av pliktsubjektets leverandørkjede. Det første kriteriet er at aktøren må inngå i kjeden av leverandører og underleverandører. Det andre kriteriet er at aktøren må levere eller produsere «varer, tjenester eller andre innsatsfaktorer». Det tredje kriteriet er at disse «inngår i virksomhetens levering av tjenester eller produksjon av varer fra råvarestadiet til ferdig

⁹⁴ Prop.150 L (2020-2021) s. 107

produkt.» I dette ligger et krav om tilknytning mellom det som leveres og virksomhetens aktiviteter knyttet til produksjon og levering.

Åpnehetslovens definisjon av leverandørkjede er ment til å samsvare med «mineral supply chain» i EUs forordning om konfliktmineraler art. 2 bokstav c.⁹⁵ Bestemmelsen lyder: «‘mineral supply chain’ means the system of activities, organisations, actors, technology, information, resources and services involved in moving and processing the minerals from the extraction site to their incorporation in the final product».⁹⁶ Den samme definisjonen fremgår av OECDs veileder for konfliktmaterialer.⁹⁷

2.2.1 Leverandører og underleverandører

Leverandører og underleverandører kan begge karakteriseres ved at de er aktører i næringslivet som leverer varer, tjenester eller annet som kan ansees som en innsatsfaktor.⁹⁸ Leverandører og underleverandører kan etter åpnehetsloven § 3 d være «enhver». Dette innebærer både enkeltpersoner og virksomheter.⁹⁹ Terskelen for hva som faller innenfor «enhver» er altså svært lav. Et illustrerende eksempel er «[...] barn som plukker eller samler råvarer og selger det på et lokalt marked.»¹⁰⁰

Forskjellen mellom leverandører og underleverandører er deres posisjon i forhold til pliktsubjektet. Med leverandører menes aktører som leverer varer, tjenester eller andre innsatsfaktorer direkte til virksomheten. Varen, tjenesten eller en annen innsatsfaktor går følgelig ikke gjennom noe annet ledd med tilvirkning eller bearbeidelse før den leveres til virksomheten. Slike leverandører anses som «nivå 1» leverandører. Et eksempel på en leverandør kan være en bonde som leverer egg til den lokale matbutikken.

Underleverandører refererer til aktørene som leverer varer, tjenester eller andre innsatsfaktorer til pliktsubjektets leverandører (nivå 1) eller andre underleverandører. Alle aktører fra nivå 2 til leverandørkjedens startpunkt (råvarestadiet), er underleverandører.

⁹⁵ Prop.150 L (2020-2021) s. 106 og 107

⁹⁶ Regulation (EU) 2017/821 art. 2 c)

⁹⁷ OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, (2016) s. 14

⁹⁸ Innholdet i vare, tjenester og andre innsatsfaktorer drøftes i pkt. 2.2.2.

⁹⁹ Prop.150 L (2020-2021) s. 106 fjerde avsnitt annet punktum

¹⁰⁰ Prop.150 L (2020-2021) s. 51

Bonden kan igjen være et eksempel på en underleverandør. I dette tilfellet leverer bonden melk til en yoghurtprodusent. Produsenten bruker bondens melk til å produsere yoghurt, som de selger videre til den lokale butikken. Fra lokalbutikkens perspektiv er yoghurtprodusenten en leverandør (nivå 1), mens bonden er en underleverandør (nivå 2).

En leverandørkjede stanser ikke nødvendigvis med ett ledd bestående av leverandører og ett av underleverandører. I realiteten dannes det som regel et bredt nettverk av leverandører. For eksempel kan én nivå 1 leverandør ha ti egne leverandører (nivå 2), så som igjen har sine ti leverandører (nivå 3). Fra denne ene nivå 1 leverandøren kan det altså knyttes 100 nivå 3 leverandører, som alle blir underleverandører til virksomheten. Dersom den opprinnelige virksomheten har ti leverandører (nivå 1) med samme leverandørkonstellasjon, blir resultatet at virksomheten har 1 000 underleverandører på nivå 3. På denne måten kan en relativt enkel leverandørkjede bli enorm allerede på nivå 3. Forretningspartnere av leverandører og underleverandører kan inngå i kartleggingsplikten.¹⁰¹

2.2.1.1 Stilles det krav til avtalegrunnlag?

Et spørsmål er hvorvidt varene, tjenestene eller innsatsfaktorene må mottas som ledd gjennom en avtalt transaksjon mellom partene. Konsekvensen av er slikt krav er at det kreves avtalegrunnlag mellom hver aktør i pliktsubjekters leverandørkjede, og enhver som ikke bygger på et avtaleforhold faller utenfor leverandørkjedebegrepet. Det er få tilfeller hvor innsatsfaktorer ikke overdras gjennom et avtaleforhold mellom partene. Det kan imidlertid tenkes aktører som deler informasjon og teknologiske løsninger offentlig tilgjengelig på internett, og informasjonen ble innhentet gjennom metoder som krenket visse menneskerettigheter. Aktører som benytter seg av denne informasjonen som innsatsfaktor har ikke noen form for avtaleforhold med den som publiserte informasjonen. Dette er imidlertid svært spesielle tilfeller, men som kan oppstå under for eksempel journalistikkvirksomhet.

Det er tenkes tre forskjellige tilnærminger til krav til avtaleforhold. Den første er at det ikke stilles noe krav til avtaleforhold, slik at enhver aktør som bidrar med en innsatsfaktor blir en del av virksomhetens leverandørkjede. Den andre muligheten er at det stilles krav til avtaleforhold, enten i muntlig eller skriftlig form. Den tredje og siste muligheten er et krav til kontraktsforhold, som i prinsippet ekskluderer avtaler som ikke har sitt grunnlag i en kontrakt.

¹⁰¹ Se pkt. 2.3

Ordlyden «leverandør» og «underleverandør» stiller ikke et krav til avtaleforhold, men tilsier at aktøren må være bevisst over hva de leverer og hvem leveransen går til, samt at mottaker bevisst ønsker å få innsatsfaktoren levert. Dette trekker i retning av at det i alle fall foreligger et krav om avtaleforhold.

EUs forordning om konfliktmineralers definisjon inkluderer «systemet av» aktiviteter, organisasjoner, aktører, informasjon, ressurser og tjenester. Dette legger ikke opp til en begrensning til avtaleforhold. Tvert imot legger formuleringen «systemet av aktiviteter» opp til å inkludere enhver aktivitet uavhengig av hvor den stammer fra. Dette trekker i retning av at det ikke stilles krav til kontrakt- eller avtaleforhold.

Åpenhetslovens § 4 b) begrenser trinnet om kartlegging og vurdering til negative påvirkninger som virksomheten er «direkte knyttet til» gjennom sin leverandørkjede. Forarbeidene presiserer at «direkte knyttet til» viser til forholdet mellom den negative konsekvensen og pliktsubjektet, og at «direkte» begrenses til kontraktsforhold.¹⁰² Dette må forstås slik at det kreves kontraktsforhold mellom hvert ledd i leverandørkjeden.

Lovkommentaren til åpenhetsloven har imidlertid en ulik forståelse av presiseringen av «direkte» til å gjelde kontraktsforhold. Det fremmes at dette må forstås som at det kreves et direkte kontraktsforhold mellom pliktsubjektet og aktøren, og ikke et krav til kontraktsforhold mellom hvert ledd i leverandørkjeden. Denne forståelsen samsvarer ikke med leverandørkjedebegrepet ellers, så lovkommentaren fremmer at forarbeidsuttalelsen stammer fra en feilaktig oversettelse av OECDs veileder.¹⁰³

Hvorvidt begrensningen til kontraktsforhold stammer fra en oversettelsesfeil eller ikke er usikkert. Forarbeidsuttalelsen må forstås som et krav til kontraktsforhold mellom hver aktør i pliktsubjektets leverandørkjede, og ikke et krav til direkte kontraktsforhold mellom pliktsubjektet og aktøren, som bare vil innebære direkte leverandører. En slik forståelse fører til at pliktsubjektets leverandørkjede bare kan fortsette til neste trinn hvor det foreligger et kontraktsforhold. Vekten av forarbeidsuttalelsen svekkes av usikkerheten om uttalelsen egentlig er en feil.

¹⁰² Prop.150 L (2020-2021) s. 108

¹⁰³ Frode Elgesem, Karnov Lovkommentar 5 til åpenhetsloven § 4, versjon: 05.10.2022

Forarbeidsuttalelsen skaper problemer for utgangspunktet om at leverandørkjeden skal omfatte «enhver» leverandør og underleverandør, eksempelvis barn som samler og selger råvarer på lokalmarked. Det er lite sannsynlig at slike transaksjoner har sitt grunnlag i en skriftlig kontrakt. En begrensning til kontraktsforhold er altså ikke forenelig med ordlyden «enhver». En mulighet som motvirker dette er at begrepet «kontraktsforhold» bør tolkes utvidende i visse sammenhenger, slik at også leveringer på alminnelige avtalegrunnlag inkluderes. Denne løsningen tillater «enhver» å være leverandør eller underleverandør.

EUs forordning om konfliktmineralers definisjon og OECDs retningslinjers mangel på begrensning, trekker begge retning av at det hverken kreves avtaleforhold eller kontraktsforhold mellom hver deltaker i leverandørkjeden.¹⁰⁴ Ordlyden trekker noe i retning av et krav til avtaleforhold mellom hver deltaker i leverandørkjeden. Forarbeidsuttalelsen trekker i retning av et krav til kontraktsforhold mellom hver deltaker i leverandørkjeden. På bakgrunn av dette er det uklart hvorvidt leverandørkjedebegrepet bare gjelder leverandører og underleverandører, som kan knyttes til pliktsubjektet direkte eller indirekte gjennom avtale- eller kontraktsforhold. Rettstilstanden krever avklaring av lovgiver.

2.2.2 Kort om varer, tjenester og andre innsatsfaktorer

Varer og tjenester er vide begreper som ofte flyter over i hverandre. En vare er ofte noe fysisk som kan kjøpes og selges, som for eksempel en TV eller en fotball. En tjeneste er derimot ofte en aktivitet eller en opplevelse, som for eksempel en massasje. Disse begrepene gjøres imidlertid mindre viktig av inklusjonen av «andre innsatsfaktorer». Andre innsatsfaktorer er en samlebetegnelse for andre bidrag som ikke ansees som varer eller tjenester. Forarbeidene presiserer at «innsatsfaktorer» blant annet innebærer «råvarer, komponenter, tjenester samt transport og annet».¹⁰⁵ Bruken av begrepet kan på denne bakgrunn forstås som et forsøk på å inkludere ethvert bidrag eller ytelse, så lenge disse kan knyttes til pliktsubjektets produksjon eller levering av varen eller tjenesten. Forarbeidene uttrykker at også innsatsfaktorer som stammer fra resirkulerte materialer og komponenter omfattes.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Regulation (EU) 2017/821 art. 2 c)

¹⁰⁵ Prop. 150 L (2020-2021) s. 106

¹⁰⁶ Prop. 150 L (2020-2021) s. 51

Ordlyden «innsatsfaktore» kan sees i lys av EUs forordning om konfliktmineralers definisjon jf. art. 2 bokstav c. Definisjonen inneholder et bredt spekter av innsatsfaktorer, inkludert «teknologi» og «informasjon». Dette støtter forståelsen om at åpenhetslovens definisjon ønsker å fange opp ethvert bidrag eller ytelse, så lenge de kan tilknyttes til pliktsubjektets produksjon eller levering av varen eller tjenesten gjennom en kjede av kontraktsforhold.

2.2.3 Hva er terskelen for at en innsatsfaktor «inngår» i virksomhetens levering av tjenester eller produksjon av varer fra råvarestadiet til ferdig produkt

Åpenhetslovens legaldefinisjon krever innsatsfaktoren som leveres av leverandører eller underleverandører må «inngå» i virksomhetens produksjon av varer eller levering av tjenester.¹⁰⁷ Et slikt tilknytningskrav samsvarer med hva pliktsubjektet kan holdes ansvarlig for etter åpenhetsloven. Det følger av åpenhetsloven § 4 bokstav b) at den negative konsekvensen som minimum må være «[...] direkte knyttet til virksomhetens forretningsvirksomhet, produkter eller tjenester gjennom leverandørkjeder eller forretningspartnere». For at negative konsekvenser skal knyttes direkte til virksomhetens produkter eller tjenester via en leverandør, må det altså foreligge en tilknytning mellom leverandøren og virksomhetens produkter og tjenester.

Ordlyden «inngår» antyder noe som gir en innsats mot virksomhetens produksjon varer eller levering av tjenester. En mulig forståelse av vilkåret er at denne innsatsen må ha en effekt på virksomhetens produksjon av varer eller levering av tjenester. Dersom innsatsen fjernes, men produksjon- eller leveringsprosessen likevel forblir uendret, kan det vanskelig sies at innsatsen «inngår» i virksomhetens produksjon eller levering. På bakgrunn av dette kan «inngår» forstås som et krav om at varen eller tjenester er nødvendig for produksjonen av varen eller levering av tjenesten. Forarbeidene poengterer imidlertid at også en leverandør eller underleverandør sin forretningspartner kan inngå i leverandørkjeden, så fremt de leverer varer eller tjenester som «inngår» i virksomhetens levering av varer eller produksjon av tjenester.¹⁰⁸ Dette beskrives videre som et krav til forretningsmessig tilknytning mellom forretningspartneren og pliktsubjektet. Hvorvidt begrepet «inngår» på bakgrunn av dette kan

¹⁰⁷ Åpenhetsloven § 3 d)

¹⁰⁸ Prop. 150 L (2020-2021) s. 50

generelt ansees som et krav til forretningsmessig tilknytning, er ikke tydelig. Dersom det skulle være tilfelle, vil følgen være en utvidelse av ordlyden.

Ordlyden «en virksomhets [...] produksjon av varer» viser til selve produksjonsprosessen. Innsatsfaktorer som inngår i produksjonen av varer, er det virksomheten benytter seg av når de skal tilvirke eller bearbeide sine varer. Dette inkluderer blant annet materialer, deler, verktøy, utstyr, maskiner og lignende, som brukes i produksjonslinjen for å oppnå sluttproduktet. Andre innsatser virksomheten mottar fra andre, men som ikke inngår i selve produksjonsprosessen, kan for eksempel være rengjøring av virksomhetens forretningslokaler. Slike tilfeller kan imidlertid falle under begrepet forretningspartner.

Ordlyden «en virksomhets levering av tjenester» innebærer langt på vei det samme som ved produksjon, men i relasjon til *leveringsprosessen*. Innsatsfaktorer som inngår i levering av tjenester, er det virksomheten benytter seg av når de skal både skape og levere sin tjeneste til en bruker. Dette kan være for eksempel datamaskiner som brukes til å levere tjenester digitalt, massasjebordet til en massør eller saksen til en frisør.

Grensedragningen mellom hva som inngår i produksjonsprosessen og leveringsprosessen er av underordnet betydning. Det vesentlige er hvorvidt det som blir *levert* inngår i enten produksjonsprosessen eller leveringsprosessen.

Legaldefinisjonen i åpenhetsloven § 3 d) poengterer at leverandørkjedebegrepet kan omfatte aktører helt fra «råvarestadiet til ferdig produkt». Det at noe fra råvarestadiet kan «inngå» i en virksomhets levering- og produksjonsprosess er ikke uvanlig. En kan tenke seg metall som utvinnes i en gruve. Denne råvaren bearbeides gjennom flere ledd av aktører før den endelig blir en turbin til en flymotor. På denne måten vil metallet fra råvarestadiet «inngå» i både flydelprodusentens produksjonsprosess og sluttprodukt. Begrepet «ferdig produkt» må ansees som en avgrensning av aktiviteter etter at virksomheten har solgt varen eller levert tjenesten. Derfor er aktiviteter knyttet til distribusjonen eller bruken av varen eller tjenesten i etterkant av salg, ikke inkludert i leverandørkjedebegrepet.

2.2.4 Nærmere returordninger og annen avhending

Det fremkommer av forarbeidene at returordninger og annen avhending kan være en del av leverandørkjeden.¹⁰⁹ Dette har sitt grunnlag i den sirkulære økonomien. En forretningsmodell basert på sirkulær økonomi har gjenbruk i sentrum, med den hensikt å utnytte jordas begrensede ressurser på best mulig måte.¹¹⁰ Modellen gjør at ressurser brukes på nytt etter at de har blitt til avfall. Denne prosessen repeteres, noe som skaper en gjenbrukssyklus. For å skape en trygg sirkulær økonomi er det viktig at aktører knyttet til gjenvinning, gjenbruk og resirkulering også inngår i aktsomhetsvurderinger. Etikktutvalget forklarer at å inkludere returordninger er naturlig i lys av politikk for forretningsmodeller som er basert på bærekraft og sirkulær økonomi både i EU og i Norge.¹¹¹

Annen avhending kan for eksempel være avhending av defekte produkter før de blir solgt. Returordning betyr i denne sammenheng retur av en kjøpt vare som er solgt av pliktsubjektet, slik at pliktsubjektet overtar ansvaret for avhendingen av varen.¹¹² Leverandørkjedebegrepet omfatter dermed aktører som bistår virksomheten med å flytte, bearbeide eller annen etterfølgende tjenesteyting knyttet til returneringsprosessen, gjenvinningen, gjenbruksordninger eller resirkuleringen. Dette vil gjelde både leverandører og underleverandører, så lenge de leverer tjenester eller varer knyttet som inngår i virksomhetens returtjeneste. Et eksempel er retur av en lampe til en elektronikkvirksomhet. Dersom elektronikkvirksomheten benytter et resirkuleringsfirma til å sortere og resirkulere avfallet, vil resirkuleringsfirmaet omfattes av elektronikkvirksomhetens leverandørkjede.

Det kan stilles spørsmål ved om en slik ordning strider med definisjonen av leverandørkjedebegrepet, ettersom den ikke skal inkludere aktivitet etter «ferdig produkt».¹¹³ Returordningen må imidlertid ansees som en tjeneste pliktsubjektet leverer. Dermed vil tjenesteyting fra andre aktører knyttet til returordningen ikke ansees å inngå i pliktsubjektets

¹⁰⁹ Prop.150 L (2020-2021) s. 106

¹¹⁰ Etikkinformasjonsutvalget (2019) s.115 pkt. 16.2 avsnitt 3

¹¹¹ Etikkinformasjonsutvalget (2019) s. 22

¹¹² Prop.150 L (2020-2021) s. 48 og s. 107

¹¹³ Åpenhetsloven § 3 d)

«produksjon av varen» i etterkant av «ferdig produkt», men heller inngå i pliktsubjektets «levering av tjenester».¹¹⁴

Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er hvorvidt aktører som kjøper og overtar ansvaret for avfallet fra pliktsubjektet, også inkluderes i leverandørkjeden. Ved mer komplisert gjenvinning kan forskjellige prosesser utføres av flere forskjellige aktører. I slike tilfeller kan en aktør utføre én del av gjenvinningen, og så avhende til en annen aktør som fullfører gjenvinningen. Her kan en løsning være at returordningen ikke ansees som fullført før varen enten er omgjort til en «ny» råvare eller er i bruk på nytt. Inkludering av disse aktørene vil opprettholde hensynet til en trygg sirkulærøkonomi. Dette er fordi aktørene frem til det «nye» råvarestadiet faller under aktsomhetsvurderingene til det opprinnelige pliktsubjektet, mens aktørene som benytter seg råvaren senere faller under en ny leverandørkjede med egne aktsomhetsvurderinger. Det er dermed ingen aktører i denne syklusen som ikke inngår i noens aktsomhetsvurderinger.

Definisjonen av leverandørkjede tar imidlertid sikte på å omfatte innsats som til slutt kulminerer hos pliktsubjektet og deres levering av tjenester. Aktørene som overtar ansvaret har ingen form for tjenesteyting knyttet til pliktsubjektet, og faller dermed utenfor leverandørkjedebegrepet. Det må derfor legges til grunn at det kun er aktører som yter tjenester til virksomheten mens virksomheten selv har ansvaret for avhendingen av avfallet, som inkluderes i leverandørkjedebegrepet.

2.3 Begrepet forretningspartner

Begrepet forretningspartner er legaldefinert i åpenhetsloven § 3 bokstav e): «Med forretningspartner menes enhver som leverer varer eller tjenester direkte til virksomheten, men som ikke er en del av leverandørkjeden.» Med «enhver» menes både virksomheter og enkeltpersoner.¹¹⁵ Bestemmelsen samler opp alle aktører som ikke er tilknyttet selve levering- eller produksjonsprosessen, men som likevel leverer varer eller tjenester direkte til virksomheten.¹¹⁶ Forarbeidene presiserer at formuleringen «direkte» medfører at begrepet forretningspartner bare innebærer de aktører som står i et kontraktsforhold med

¹¹⁴ Åpenhetsloven § 3 d)

¹¹⁵ Prop.150 L (2020-2021) s. 106

¹¹⁶ Prop.150 L (2020-2021) s. 107

virksomheten.¹¹⁷ Dette avskjærer for eksempel virksomhetens restaurantbesøk eller innkjøp av overtidsmat. Eksempler på forretningspartnere er rengjøringsfirma som vasker forretningslokalet, virksomheten som leverer skrivepulver til kontorene og reklamebyråer.¹¹⁸

Åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartner» skal tilsvare begrepet «forretningsforbindelse» i OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper.¹¹⁹ Dynamikken mellom åpenhetslovens begrepsbruk og OECDs retningslinjers begrepsbruk skaper flere usikkerheter.

2.3.1 Dynamikken mellom åpenhetslovens begrepsbruk og OECDs retningslinjers begrepsbruk

Åpenhetsloven definerer forretningspartnere med to viktige begrensninger av begrepet. Aktøren må levere «varer eller tjenester» og dette må gjøres gjennom et «kontraktsforhold» med pliktsubjektet. Dette må sammen med leverandørkjedebegrepet sees opp mot begrepet «forretningsforbindelse» i OECDs retningslinjer.

Begrepet forretningsforbindelser i aktsomhetsvurderinger etter OECDs retningslinjer er svært vidt definert, og er innholdsmessig svært lik som UNGPs begrepsbruk.¹²⁰ Begrepet inneholder:

«[...] leverandører, franchisetakere, lisensinnhavere, joint ventures (fellesforetak), investorer, kunder, forbrukere, entreprenører, konsulenter, finansielle, juridiske og andre rådgivere og andre ikke-statlige eller statlige enheter med tilknytning til forretningsvirksomheten, produktene eller tjenestene.»¹²¹

Listen inneholder flere aktører som ikke passer overens med ordlyden i åpenhetslovens definisjoner av leverandørkjede og forretningspartnere.¹²² De viktigste er investorer, fellesforetak, kunder og forbrukere. Disse aktørene leverer ikke varer eller tjenester til pliktsubjektet. OECDs retningslinjer har heller ingen generell begrensning til

¹¹⁷ Prop. 150 L (2020-2021) s. 107

¹¹⁸ Prop. 150 L (2020-2021) s. 107

¹¹⁹ Prop. 150 L (2020-2021) s. 107

¹²⁰ Se pkt. 1.3.5

¹²¹ OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv s. 10

¹²² Åpenhetsloven § 3 bokstav d) og e)

kontraktsforhold for sin definisjon av forretningsforbindelse. Dersom OECDs retningslinjers definisjon av «forretningsforbindelser» skal legges til grunn, vil dette skape en utvidelse av hvilke aktører som inngår i kartleggingsplikten etter åpenhetsloven.

2.3.1.1 Hvilken forståelse skal legges til grunn?

Det er flere holdepunkter for at det er OECDs retningslinjer sin begrepsbruk som bør legges til grunn for åpenhetsloven.

For det første skal aktsomhetsvurderingene etter åpenhetsloven § 4 utføres i tråd med OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper. Det er under aktsomhetsvurderingene at begrepene leverandørkjede og forretningspartner anvendes. Etersom selve aktsomhetsvurderingsprosessen skal gjøres i tråd med OECDs retningslinjer sitt system, kan dette muligens tale for at også begrepsbruken skal være lik. Vekten av et slikt argument svekkes imidlertid av det faktum at åpenhetsloven bevisst begrenser rekkevidden av aktsomhetsvurderingene gjennom en egen definisjonsbestemmelse i åpenhetslovens § 3. På bakgrunn av dette kan hensikten med inkluderingen av «[...] utføre aktsomhetsvurderinger i tråd med OECDs retningslinjer [...]» i § 4, være å kun anvende OECDs *system* for aktsomhetsvurderingsprosessen, med åpenhetslovens egne begreper. Dette er metoden som er brukt for å begrense åpenhetsloven til å kun gjelde grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, og ikke miljøvern.¹²³

For det andre uttaler forarbeidene at åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartner» skal svare til begrepet «forretningsforbindelse» i OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper.¹²⁴ Dette betyr imidlertid ikke at OECDs retningslinjers begrep uten videre skal legges til grunn. Begrepet «forretningspartner» ble inkludert i åpenhetsloven § 4 bokstav b) for å gjøre begrepsbruken mer likartet begrepsbruken i OECDs retningslinjer.¹²⁵ Denne løsningen ble valgt fordi det ikke var enkelt å anvende OECDs retningslinjers begrep «forretningsforbindelse» direkte i åpenhetsloven, ettersom begrepet ikke var tydelig nok definert.¹²⁶ Departementet fremhever at det er «[...] hensiktsmessig at definisjonen av leverandørkjeder, og dermed lovens rekkevidde, i størst mulig grad samsvarer

¹²³ OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv s. 15

¹²⁴ Åpenhetsloven § 3 e) jf. Prop.150 L (2020-2021) s. 107

¹²⁵ Prop.150 L (2020-2021) s. 50, OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper

¹²⁶ Prop.150 L (2020-2021) s. 50

med det som omfattes av «forretningsforbindelser» i OECDs retningslinjer.» Dette antyder at det er åpenhetslovens egne begreper som faktisk bestemmer rekkevidden av aktsomhetsvurderingene, og at disse, så langt ordlyden tilsier, bør samsvare med begrepsbruken i OECDs retningslinjer. Denne forståelsen støttes av at forarbeidene senere går direkte imot OECDs retningslinjers begrepsbruk. Dette gjør de ved å presisere av at aktører krever kontraktsforhold med pliktsubjektet for å være en «forretningspartner», jf. ordlyden «direkte».¹²⁷ Det finnes ingen slik begrensning i OECDs retningslinjer. Her bekrefter forarbeidene at åpenhetslovens definisjon bergenser begrepet «forretningspartner», selv om dette avviker fra OECDs retningslinjers begrepsbruk. Det er imidlertid sannsynlig at dette stammer fra en oversettelsesfeil.¹²⁸

Det fremkommer altså motsigende uttalelser fra forarbeidene. Forarbeidene tilsier at definisjonene i åpenhetsloven og OECDs retningslinje skal samsvare, samtidig som de sier at rekkevidden av åpenhetslovens definisjon skal begrenses. Konsekvensen er åpenhetslovens pliktsubjekter møter en utydelig rettsstilling, noe som er uheldig.

På bakgrunn av dette må åpenhetslovens definisjon legges til grunn ved aktsomhetsvurderingene. Aktsomhetsvurderingene skal følgelig utføres i tråd med OECDs retningslinjer, men med åpenhetslovens egne begrensninger. Begrepene er blant fem definisjoner i åpenhetslovens § 3. Disse definisjonene setter konkrete rammer for åpenhetslovens anvendelsesområde. Ordlyden i definisjonene til leverandørkjede og forretningspartner i åpenhetsloven § 3 d) og e) må tillegges betydelig vekt. Det at det fremkommer av forarbeidene at begrepsbruken i åpenhetsloven og OECDs retningslinjer skal være like, fører ikke til faktisk likhet. Begrensningen til kontraktsforhold vil altså være uten betydning, dersom OECDs retningslinjer sin definisjon skal legges til grunn.

Dersom man legger OECDs retningslinjers definisjon til grunn, blir åpenhetslovens system komplisert og vanskelig å navigere, ettersom lovens egne definisjoner ikke er det som faktisk skal anvendes. Åpenhetslovens pliktsubjekter kan etter denne løsningen forholde seg til at lovens egne definisjoner setter rammen for rekkevidden av kartleggingsplikten. Dette fører til at enhver som følger OECDs retningslinjer sin metode og begrepsbruk til punkt og prikke,

¹²⁷ Åpenhetsloven § 3 e), jf. Prop.150 L (2020-2021) s. 107

¹²⁸ Se pkt. 2.2.1.1

ikke handler i strid med åpenhetsloven, men lengre enn det loven pålegger. Idet dette ikke fremstår særlig klart, vil det nok være behov for presisering fra lovgiver på dette området.

3 Rekkevidden av aktsomhetsvurderingene i henhold til andre aktører etter direktivforslaget

3.1 Kort om kartleggingsplikten i direktivforslaget

Plikten i direktivforslagets art. 4 paragraf 1 (b) pålegger virksomheter å kartlegge og vurdere negative påvirkninger i tråd med art. 6. Artikkelen 6 paragraf 1 og 1a pålegger virksomheter å kartlegge faktiske og potensielle negative påvirkninger knyttet til blant annet deres «aktivitetskjede» og «business partners». Disse begrepene avgjør hvilke aktører virksomheten må kartlegge. Begrepet «business partner» inngår i definisjonen til aktivitetskjede, og vil følgelig redegjøres for først.¹²⁹ For å opprettholde en tydelig grense mellom forslaget til CSDDD sitt begrep «business partner» og åpenhetslovens «forretningspartner», benytter den videre fremstilling den engelske oversettelsen *business partner* i henhold til direktivforslagets begrep.

I direktivets første forslag var det bare «established business relationships» som inngikk i aktsomhetsvurderingene.¹³⁰ Dette innebar visse terskler for varigheten og omfanget av virksomhetens forhold med sine *business partners*.¹³¹ Dette ble imidlertid fjernet og erstattet av en risikobasert tilnærming, som er svært lik tilnærmingen i UNGP.¹³²

3.2 Business partner

Direktivforslaget definerer innholdet i «business partner» i art. 3 bokstav e punkt (i) og (ii). Punkt (i) definerer «direct business partner» og punkt (ii) definerer «indirect business partner». Begrepene direkte og indirekte *business partner* inngår i aktivitetskjedebegrepet.¹³³ Derfor behandles bare de *business partners* som ikke inngår i aktivitetskjeden under dette

¹²⁹ Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

¹³⁰ EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022 artikkel 6 pkt. 1

¹³¹ EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022 artikkel 3 bokstav (e)

¹³² Forslag til CSDDD fortale punkt 17

¹³³ Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

punktet. Begge definisjonene er begrenset til «legal entity», altså juridiske enheter. Dette avskjærer alle fysiske personer fra å være en *business partner*.

3.2.1 Direct *business partner*

Direktivforslaget definerer «direct business partner» som enhver ikke-fysisk person «[...] with whom the company has a commercial agreement related to the operations, products or services of the company or to whom the company provides services pursuant to point (g) [...]» Definisjonen oppstiller to muligheter for hvordan en aktør kan være en direkte *business partner*. Den første er en aktør som har en kommersiell avtale i relasjon til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester. Den andre muligheten er en aktør som virksomheten tilbyr tjenester til i henhold til artikkel 3 bokstav g «aktivitetskjede». Dette inkluderer ikke bruken av virksomhetens produkter eller tjenester.¹³⁴ Dette sees nærmere på under drøftelsen av «aktivitetskjede» i punkt 3.3.

Definisjonen fastsetter to vilkår som må sees i sammenheng med hverandre. For det første må det foreligge en kommersiell avtale mellom aktøren og virksomheten. Denne avtalen må for det andre være i relasjon til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester.

3.2.2 Kommersiell avtale

Dette er en viktig avgrensning, ettersom flere forpliktelser ikke gjelder for avtaleforhold som er inngått før overgangsperioden etter artikkel 30.¹³⁵

En avtale kan ansees som en enighet mellom to eller flere parter. Denne enigheten resulterer som oftest i at partene utveksler noe av verdi med hverandre. Forslagets fortale utdyper ikke om hva som menes med en kommersiell avtale. Ordlyden «kommersiell» («Commercial») antyder en avtale mellom to profesjonelle parter som er av forretningsmessig karakter. Dette vil avskjære mindre avtaler som for eksempel virksomhetens uregelmessige restaurantbesøk. Typiske eksempler på kommersielle avtaler kan være en avtale mellom en snekkervirksomhet og en verktøydistributør, en avtale mellom virksomheten og rengjøringsbedriften som vasker virksomhetens forretningslokaler, eller en avtale mellom virksomheten og deres kunde.

¹³⁴ Forslag til CSDDD fortale pkt. 19

¹³⁵ Se bl.a. forslag til CSDDD artikkel 7 paragraf 8 og artikkel 8 paragraf 9

Disse eksemplene bygger på avtaler av forretningsmessig karakter. I «forretningsmessig karakter» kan det muligens innfortolkes et krav om at avtalen skal være ment for å skape økonomisk vinning, enten avtalen alene eller i en større forretningsammenheng. En slik streng tolkning kan imidlertid avskjære visse aktører, som for eksempel non-profit enheter. Derfor kan ikke et slikt krav legges til grunn generelt. At avtalen må være av forretningsmessig karakter, trekker i retning av at aktøren må enten være deltaker i næringslivet eller bli det i kraft av avtaleinngåelsen. Dette avskjærer likevel ikke statlige enheter eller andre enheter som ikke hovedsakelig handler i næringslivet, så lenge avtalen inngås som et ledd i næringsvirksomhet.

Det er usikkert om avtalene må finne sitt grunnlag i en kontrakt eller ikke, ettersom det er sjeldent at kommersielle avtaler ikke er kontraktbasert. Det er imidlertid ikke grunnlag for et alminnelig krav til et skriftlig kontraktsforhold.

På hvilket tidspunkt det må ansees å foreligge en avtale og gyldigheten av avtalene, må vurderes i hvert konkrete tilfelle ut fra gjeldende kontraktsrettslige regler. Varigheten av kontraktsforholdet er i prinsippet uvesentlig.¹³⁶

3.2.3 Kommersiell avtale relatert til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester

For at en aktør skal være virksomhetens *business partner*, må det foreligge en kommersiell avtale som er relatert til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester. Virksomhetens operasjoner, produkter og tjenester omfatter de fleste aspekter av pliktsubjektets forretningsvirksomhet. Dette fører til et svært vidt krav til tilknytning mellom aktøren og virksomheten. Fortalen utdyper ikke nærmere om grensdragningene mellom når en aktør er tilstrekkelig tilknyttet og når aktøren ikke er det. Aktører som knytter seg til virksomhetens produksjon av varer eller levering av tjenester vil inngå i aktivitetskjedebegrepet.¹³⁷

En virksomhets operasjoner omfatter et svært bredt område av pliktsubjektets drift, produksjon og tjenesteyting. For at en kommersiell avtale skal være relatert til virksomhetens operasjoner, må den være egnet til å muliggjøre, bidra til eller støtte virksomhetens drift,

¹³⁶ Forslag til CSDDD fortale punkt 17, ikke lenger noe krav til at forholdet mellom virksomheten og aktøren må ansees tilstrekkelig etablert.

¹³⁷ Se pkt. 3.3

produksjon av varer og levering av tjenester eller andre operasjoner. Dette innebærer et bredt spekter av innsats, som for eksempel levering av varer til virksomheten og tjenesteyting som konsultasjon, flytting, oppbevaring, vedlikehold, rengjøring osv.

Det omfatter ikke bare innsats som knyttes til virksomhetens produksjon og levering, men også innsats som knyttes til virksomhetens generelle drift, som for eksempel renhold av forretningslokaler og levering av kaffe til virksomhetens kaffemaskiner. Hvorvidt dette også omfatter avtaler som knytter seg til virksomhetens organisering og investeringsstruktur, som låneavtaler og investoravtaler er noe uklart. Slike avtaler har imidlertid ofte tilstrekkelig tilknytning til virksomhetens operasjoner at de kan inngå, men dette må bero på en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.

Aktører i en virksomhets fellesforetak kan være en direkte *business partner*, så lenge det foreligger en kommersiell avtale mellom aktøren og virksomheten i denne sammenheng. Det kan også tenkes at visse partnerskap eller samarbeid som er basert i kontraktsforhold vil danne en direkte *business partner*. Dersom to eller flere aktører inngår et samarbeid om produktutvikling, produkttesting eller noe liknende, vil det være naturlig at dette oppfyller tilknytningskravet. Det finnes imidlertid tilfeller hvor aktørene samarbeider om et prosjekt, men hvor begge aktørene har kontraktsforholdet med en annen tredjepart. I et slikt tilfelle er de ikke direkte *business partners*.

En kommersiell avtale kan også være relatert til virksomhetens produkter eller tjenester. For produkter kan dette være avtale om for eksempel bearbeidelse, flytting, oppbevaring eller distribusjon av produktet. For tjenester kan dette være en avtale om innsats som bidrar til tjenesteytingen, for eksempel avtale knyttet til innkjøp eller vedlikehold av verktøy eller utstyr som brukes virksomhetens levering av tjenester.

3.2.4 Indirkte *business partner*

En «indirekte business partner» er definert som en ikke-fysisk person «[...] which is not a direct business partner but which performs business operations related to the operations, products or services of the company [...]»¹³⁸ Definisjonen inneholder tre viktige begrensninger. For det første gjelder definisjonen aktører som faller utenfor definisjonen av direkte *business partner* i artikkel 3 bokstav e (i). For det andre må aktøren utføre

¹³⁸ Forslag til CSDDD art. 3 bokstav (e) punkt (ii)

forretningsvirksomhet. For det tredje må denne forretningsvirksomheten være relatert til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester.

For både direkte og indirekte *business partners* kreves det samme tilknytning til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester. Forskjellen er på hvilken måte aktøren knyttes til pliktsubjektet. Dette innebærer at det ikke stilles krav om et kommersielt avtaleforhold direkte mellom aktøren og virksomheten, slik det gjør for direkte *business partners*.

Hvorvidt det også gjelder et krav til kommersielt avtaleforhold indirekte mellom aktøren og virksomheten er noe usikkert. Med dette menes at aktøren og virksomheten kan knyttes sammen gjennom to eller flere kommersielle avtaler gjennom en eller flere aktører. Dette spørsmålet er særlig viktig, ettersom det er avgjørende for om det kreves kommersielle avtaleforhold gjennom hele aktivitetskjeden. Det kan her tenkes tre mulige løsninger.

Den første er at det ikke er noe krav til verken kommersielt eller ikke-kommersielt avtaleforhold for indirekte *business partners*. Denne løsningen åpner imidlertid for inkludering av aktører som er knyttet til virksomheten direkte gjennom et ikke-kommersielt avtaleforhold. Slik som virksomhetens spontane restaurantbesøk. Det er her ikke snakk om en kommersiell avtale mellom restauranten og virksomheten, men etter denne løsningen kan restauranten likevel være en indirekte *business partner*. Det er ikke i samsvar med ordlyden «indirekte» at en aktør med et direkte forhold til virksomhet kan inngå i begrepet.

Dette resultatet er uheldig, ettersom begrepet indirekte *business partner* blir en utvidelse av begrepet direkte *business partner*. Spesifiseringen av kommersielle avtaleforhold forsøker å avskjære slike ikke-kommersielle avtaleforhold.

Den andre muligheten er at «which is not a direct business partner» bare avskjærer de som står i et direkte forhold til virksomheten, mens aktører med et indirekte forhold ikke krever indirekte kommersielt avtaleforhold med virksomheten. Etter denne løsningen elimineres problemet knyttet til restaurant-eksempelet. Det kan imidlertid tenkes at to forskjellige aktører, en «nivå 1» og en «nivå 2», som har lik forretningsmessig tilknytning til virksomheten og ingen av de oppfyller kravet til kommersielt avtaleforhold. Etter denne løsningen kan aktøren på «nivå 2» inngå i aktsomhetsvurderingen, mens aktøren på «nivå 1» ikke gjør det, ettersom det bare er «nivå 1» aktøren som må ha et kommersielt avtaleforhold

med virksomheten. Løsningen fører altså til en unaturlig lav terskel for en aktører på «nivå 2» eller lengre ned.

Den tredje mulige løsningen er at også indirekte *business partners* må kunne spore sin tilknytning til virksomheten, gjennom en kjede av kommersielle avtaleforhold. Dette avtaleforholdet kan bare ikke være direkte mellom aktøren og virksomheten. Dette kan også sees på som at enhver indirekte *business partner* må være en direkte *business partner* av pliktsubjektets direkte *business partner*, eller lengre ut i en kjede av slike forhold. Dette bygger på en forståelse av at «som ikke er direkte *business partner*» avgrensner bare de som står i et direkte avtaleforhold til virksomheten, mens kravet til kommersielt avtaleforhold gjelder likevel indirekte. Denne løsningen løser begge problemene knyttet til de to første løsningene. En indirekte *business partner* kan ikke ha et direkte forhold til virksomheten, og det blir en enstydig terskel for alle aktører uansett hvilket nivå de hører til. Svakheten med denne løsningen er at den kan avskjære aktører som har sterk tilknytning til virksomheten, men som ikke oppfyller kravet til direkte eller indirekte kommersielt avtaleforhold.

Definisjonen av indirekte *business partner* er ikke tydelig på hvilken forståelse som skal legges til grunn. Det er imidlertid den siste løsningen som i størst grad passer lovens system. Det må derfor etter forstås slik at også indirekte *business partners* må knyttes til virksomheten indirekte gjennom kommersielle avtaleforhold. Andre løsninger gjør at definisjonen for direkte *business partner* mister sin kraft. Idet dette ikke fremstår særlig klart, vil det være behov for oppklaring fra EU-kommisjonen på dette området.

En indirekte *business partner* er derfor for eksempel en reparatørvirksomhet som vedlikeholder maskiner som leies inn fra et annet firma. Virksomheten har altså et direkte forhold til leiefirmaet, men et indirekte forhold til reparatørvirksomheten ettersom de tjenesteyter leiefirmaet. Etter denne løsningen må, enhver som overtar reparatørvirksomhetens posisjon i eksempelet, ha en kommersiell avtale med leiefirmaet.

3.2.4.1 Hva er forretningsvirksomhet som er «relatert» til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester

Hva ligger til at en aktørs forretningsvirksomhet må være «relatert» til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester?

Forretningsvirksomhet er et svært omfattende begrep. Det kan omfatte det meste som næringsvirksomheter foretar seg i næringslivet. Det er derfor mange muligheter for hvordan

en aktør sin forretningsvirksomhet kan være relatert til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester. Først og fremst vil dette omfatte samme type aktører og deres aktiviteter som nevnt i punkt 3.2.3, om direkte *business partner*. Forskjellen er at aktørene ikke utfører disse aktivitetene direkte for virksomheten, men heller gjennom ett eller flere ledd.

Hvorvidt dette gjelder de aktører som bearbeider pliktsubjektets produkter eller tjenester på et tidligere eller senere stadium er noe usikkert. Med et tidligere stadium menes for eksempel aktøren som utvinner metallet som bilprodusenten senere bruker i sitt produkt. I et slikt tilfelle vil aktøren sin forretningsvirksomhet være relatert til deler av virksomhetens produkt. Dette skaper en kjede av indirekte *business partners*, som på hver sin måte har tilstrekkelig tilknytning til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester. Slike faller imidlertid naturlig under aktivitetskjedebegrepet¹³⁹ Dette gjelder for de aktører med slik tilknytning både i forkant (oppstrøms) og i etterkant (nedstrøms) av virksomhetens egne aktiviteter knyttet til produktet eller tjenesten.

Det er imidlertid vanskelig å sette en generell terskel for når forretningsvirksomheten er tilstrekkelig relatert pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester. For å illustrere grensdragningen for når en aktør sin forretningsvirksomhet er og ikke er tilstrekkelig relatert til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester, sees det til noen eksempler.

Et eksempel er hvor aktøren som bedriver renhold av forretningslokalet til virksomhetens direkte *business partner*, som leverer maskiner til virksomheten. Her er det svært usikkert om renholdet er relatert til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester. Det foreligger ingen opplagt korrelasjon mellom renholdet og pliktsubjektet, men renholdet kan ansees som nødvendig for at maskinleverandøren skal utføre sin tjeneste til virksomheten. Det er imidlertid naturlig at renholdfirmaet ikke er en indirekte *business partner*. I et annet lignende tilfelle er virksomheten som installerer maskinene hos virksomheten på vegne av maskinleverandøren. I et slikt tilfelle er det tydelig at installatørens forretningsvirksomhet relaterer til virksomhetens operasjoner.

¹³⁹ Se pkt. 3.3

Det kan tenkes fellesforetak hvor det ikke foreligger noen direkte avtale mellom virksomheten og dens med aksjonær. I et slikt tilfelle vil de andre aksjonærene sin forretningsvirksomhet være relatert indirekte til virksomhetens operasjoner.

Det kan her stilles spørsmål om nære samarbeid med pliktsubjektet, kan føre til at samarbeidspartneren blir en indirekte *business partner*. Det kan tenkes et større byggeprosjekt over fem år, hvor en utbygger hyrer både pliktsubjektet og aktøren til å utføre ulike deler av prosjektet. Pliktsubjektet og aktøren har ikke et avtaleforhold mellom seg. Likevel vil de over en lengre periode samarbeid om byggeprosjektet. Arbeidsfordelingen kan være flytende, noe som fører til at de tidvis tilvirker hverandres «produkter» eller lignende. I slike tilfeller kan aktørens forretningsvirksomhet være tilstrekkelig relatert til pliktsubjektet operasjoner, produkter eller tjenester. Slike tilfeller må bero på en konkret vurdering tilknytningen mellom aktøren og pliktsubjektet.

3.3 Aktivetskjedebegrepet

Forslaget til CSDD Direktivet definerer innholdet i aktivetskjedebegrepet i artikkel 3 bokstav g (i) og (ii). Punkt (i) definerer aktivetskjeden oppstrøms fra virksomheten (pliktsubjektet), mens punkt (ii) definerer aktivetskjeden nedstrøms fra virksomheten.

3.3.1 Oppstrøms aktivetskjede

En oppstrøms aktivetskjede er definert som:

«[...] activities of a company's upstream business partners related to the production of goods or the provision of services by the company, including the design, extraction, manufacture, transport, storage and supply of raw materials, products or parts of the products and development of the product or the service [...]»¹⁴⁰

Definisjonen inkluderer all aktivitet til pliktsubjektets oppstrøms direkte og indirekte *business partners*.¹⁴¹ Denne aktiviteten må være relatert til pliktsubjektets produksjon av varer eller levering av tjenester. Med «oppstrøms» menes de aktører med aktiviteter som kan knyttes til pliktsubjektets produksjon av varer eller levering av tjenester enten hos pliktsubjektet eller på et tidligere tidspunkt. Det er derfor snakk om aktiviteten til alle *business partners* med slik

¹⁴⁰ Forslag til CSDDD artikkel 3 bokstav g (i)

¹⁴¹ Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

tilknytning til og med råvarestadiet. En *business partner* er relatert til pliktsubjektets produksjon av varer eller levering av tjenester blant annet gjennom følgende aktiviteter: design, utvinning, produksjon, transport, lagring og gjennom levering av råmaterialer, produkter eller deler av produkter, og utvikling av produktet eller tjenesten. Opplistingen av aktiviteter i definisjonen er ikke til å anse som uttømmende, ettersom fortalen omtaler listen som hvilke aktiviteter som «burde» inkluderes.¹⁴² Aktivitetskjedebegrepet strekker seg helt tilbake til utvinning av råmaterialet, og helt frem til pliktsubjektets egen produksjon eller levering av varer eller tjenester.

3.3.1.1 Grensen for når en oppstrøms *business partner* sin aktivitet er relatert til virksomhetens produksjon av varer eller levering av tjenester.

Det første forslaget til CSDD Direktivet benyttet seg av begrepet «verdikjede» («value chain»). Det var hovedsakelig to grunner til endringen til aktivitetskjede i det andre forslaget. For det første var verdikjede et begrep som kunne knyttes til mange forskjellige eksisterende definisjoner. Det ble derfor besluttet å bruke aktivitetskjede for å unngå forvirring mellom ulike definisjoner.¹⁴³ For det andre ønsket kommisjonen å bruke et begrep som lignet mer på et leverandørkjedebegrep. Dette oppnådde de ved å unnta bruken av virksomhetens produkter og nyttiggjørelse av deres tjenester.¹⁴⁴ Aktivitetskjedebegrepet «oppstrøms» slik det er nå, er derfor svært lik en kjede av leverandører og underleverandører.

En oppstrøms *business partner* sin aktivitet er utvilsomt relatert til virksomhetens produksjon av varer eller levering av tjenester, når de gjør et direkte bidrag mot virksomhetens evne til å produsere varer eller levere tjenester. Eksempelvis kan det nevnes de som bearbeider eller utvikler produktet på et tidligere stadium.

Et spørsmål som oppstår, er om de aktører som gjennom sin aktivitet muliggjør at en av pliktsubjektets leverandører kan for eksempel bearbeide produktet. En kan tenke seg at en flydelprodusent kjøper inn ferdig tilvirket metall fra sin leverandør. Denne leverandøren bruker maskiner til å tilvirke metallet. Kan da den aktøren som leverer eller vedlikeholder disse maskinene også være en del av flydelprodusentens aktivitetskjede.

¹⁴² Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

¹⁴³ Forslag til CSDDD fortale pkt. 18

¹⁴⁴ Forslag til CSDDD fortale pkt. 19

Spørsmålet beror på omfanget av «relatert til». Begrepet kan forstås som et svært vidt krav til tilknytning. De eksemplene definisjonen lister opp har imidlertid en langt mer direkte tilknytning til produksjonen av produktet. Disse aktørene har alle på et eller annet tidspunkt direkte bidratt til produktet eller tjenesten slik den ender opp ved ferdigstillelse hos pliktsubjektet. Maskinleverandørens aktivitet er nødvendig for flydelprodusentens produksjon, men maskinleverandøren har ikke gjennom sin aktivitet bidratt direkte til produksjonen av flydelen. Dersom alle aktører som maskinleverandøren også inngår i aktivitetskjeden, innebærer dette at alle som har en viss kausalitet knyttet til flydelprodusentens produksjon må undersøkes.

Basert på oppramsingen av relaterte aktiviteter i definisjonen, virker det ikke som at dette er hensikten med aktivitetskjededefinisjonen. Aktører som maskinleverandøren vil derfor i prinsippet falle utenfor aktivitetskjedebegrepet oppstrøms. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor en aktør i en slik posisjon likevel har tilstrekkelig tilknytning til å være en del av aktivitetskjeden, men dette må bero på en konkret vurdering av tilfellet.

3.3.2 Nedstrøms aktivitetskjede

En nedstrøms aktivitetskjede er definert som

«[...] activities of a company's downstream business partners related to the distribution, transport, storage and disposal of the product, including the dismantling, recycling, composting or landfilling, where the business partners carry out those activities for the company or on behalf of the company, excluding the disposal of the product by consumers and distribution, transport, storage and disposal of the product being subject to the export control [...]»¹⁴⁵

Definisjonen inkluderer all aktivitet til pliktsubjektets nedstrøms direkte og indirekte *business partners*.¹⁴⁶ Aktiviteten må være knyttet til enten distribusjon, transport, lagring av produktet eller avhendelse av produktet som avfall. Avhendelse av produktet som avfall inkluderer demontering, resirkulering, kompostering eller deponi.¹⁴⁷ Aktiviteter knyttet til distribusjon, transport, lagring av produktet eller avhendelse av produktet som avfall, er bare inkludert i

¹⁴⁵ Forslag til CSDDD artikkel 3 bokstav g (ii)

¹⁴⁶ Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

¹⁴⁷ Listen er ikke uttømmende, jf. Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18) «inter alia»

aktivitetskjeden dersom de utføres for pliktsubjektet eller på vegne av pliktsubjektet. Definisjonen ekskluderer avhendelse av produktet som avfall dersom dette utføres av en bruker. Dette gjelder også ved distribusjon, transport, lagring eller avhendelse av produktet som avfall, men ikke dersom det skjer som ledd i eksportkontroll.¹⁴⁸

Med nedstrøms *business partners* aktiviteter menes de aktiviteter som finner sted etter at pliktsubjektet har fullført produksjon av produktet, som for eksempel videre distribusjon eller avhending av produktet. Dette inkluderer ikke bruken av virksomhetens produkter eller tjenester.¹⁴⁹

3.3.3 Distribusjon

Ved distribusjon av virksomhetens produkt er det flere aktiviteter som omfattes av aktiviteteskjedefølgelig. Aktivitetene må være utført enten for pliktsubjektet eller på vegne av pliktsubjektet. En naturlig forståelse av dette kravet er at dette bare inkluderer aktører som ikke overtar ansvar eller risiko for videre salg av produktet. Dette inkluderer blant annet handelsagenter som utfører salg for pliktsubjektets regning, distributører eller forhandlere som ikke overtar risikoen for salget av produktet og virksomheter som transporterer eller lagrer produktet. Etersom disse aktørene ikke har overtatt ansvaret og risikoen for videre salg, er det naturlig at eventuelle aktører de benytter seg av til for eksempel lagring eller frakting, også er aktiviteter som utføres «for» eller «på vegne av» pliktsubjektet.

Det engelske begrepet «distribution» er imidlertid åpent for å inneholde alle ledd fra ferdigstilling av produktet til bruker mottar produktet. Både forhandlere og grossister overtar ansvar og risiko for videresalg. Et spørsmål er derfor hvorvidt «for» eller «på vegne av» pliktsubjektet også inkluderer slike forhandlere og grossister. Aktøren overtar ansvaret og risikoen for videre distribusjon, noe som taler mot at de distribuerer produktet på pliktsubjektets vegne. Hverken definisjonen eller fortalet til forslaget spesifiserer innholdet i «for» eller «på vegne av» av pliktsubjektet. Kommisjonens første forslag inkluderte blant annet distribusjon av produktet til grossister, spesifiserte ikke om dette også omfatter aktørene som driver videresalg, eller bare de aktører som transporterer og lagrer produktet på pliktsubjektets

¹⁴⁸ Forslag til CSDDD artikkel 3 bokstav g (ii), gjelder eksportkontroll etter "Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council on the export control relating to weapons, munition or war materials, after the export of the product is authorised."

¹⁴⁹ Forslag til CSDDD fortale pkt. 19

risiko.¹⁵⁰ Denne bemerkning er endret til å bare bruke betegnelsen «distribusjon», i kommisjonens andre forslag.¹⁵¹ En annen endring er at *business partners* «that use or receive products» ikke lenger er inkludert i kommisjonens andre forslag.¹⁵² Endringen trekker i retning av at aktørene som overtar produktet (inkludert ansvar og risiko) ikke inkluderes i aktivitetsskjedebegrepet nedstrøms.

Definisjonen kan imidlertid også forstås til å til å inkludere enhver aktør som overtar ansvaret for distribusjon og salg helt frem til produktets bruker overtar produktet. Dette bygger på en forståelse om at begrensningen «for» eller «på vegne» av virksomheten, bare har den hensikt å avskjære videre distribusjon fra brukere eller andre aktører, som formidler virksomhetens produkter videre i etterkant av virksomhetens opprinnelige distribusjon og salg. Dermed vil alle ledd i distribusjonen før produktet når bruker være «på vegne» av virksomheten. Denne forståelsen åpner for inklusjon av distributører som overtar produktet med videresalg som hensikt, som for eksempel når en elektroverktøyprodusent selger sine produkter til et salgsfirma som videreselger elektroverktøy til grossister. Salgsfirmaet vil etter denne løsningen distribuere for eller på vegne av pliktsubjektet, selv om de overtar ansvaret for den videre distribusjonen. En indirekte *business partner* kan derfor bare distribuere «på vegne» av virksomheten, dersom de er et ledd lengre ned i kjeden, slik som grossisten er i eksempelet over. Denne forståelsen utvider imidlertid ordlyden «for» og «på vegne av» vesentlig.

Ordlyden «for» eller «på vegne av» må forstås som at den bare gjelder de aktører som tjenesteyter virksomheten i deres distribusjon av varen, og ikke de aktører som kjøper og overtar varen. Franchisetakere står i en unik posisjon i relasjon til denne problemstillingen. En franchisetaker benytter pliktsubjektets merkevare, produkt og/eller liknende, men ofte helt eller delvis på egen regning og risiko, som for eksempel en Bunnpris-butikk eller kafévirksomheten Jordbærpike. Selv om franchisetakeren handler på egen regning og risiko er dette en naturlig forlengelse av virksomhetens distribusjon, slik at det må ansees å være «på vegne av» pliktsubjektet.

¹⁵⁰ EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022 fortale avsnitt (18) «inter alia the distribution of the product to retailers»

¹⁵¹ Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

¹⁵² EUs forslag til Corporate Sustainability Due Diligence and amending Direktiv (EU) 2019/1937, 23. februar 2022 fortale avsnitt (18)

3.3.4 Avhending av produktet som avfall

Ved avhending av produktet som avfall inkluderes aktivitetene til enhver direkte og indirekte *business partner* som relaterer til blant annet demontering, resirkulering, kompostering eller deponi.¹⁵³ Ansvarer omfatter altså aktiviteter knyttet til behandlingen av produktet som avfall, så lenge aktivitetene er utført for pliktsubjektet eller på vegne av pliktsubjektet. Det er ikke snakk om avhendelse av produktet som avfall dersom dette utføres av en bruker.¹⁵⁴ Derfor omfattes bare virksomhetens egne returordninger eller andre avhendingsmetoder hvor virksomheten selv overtar ansvaret for avhendingen.

Et sentralt spørsmål er hvorvidt «for» eller «på vegne av» pliktsubjektet også innebærer neste ledd av aktører som overtar deler av resirkuleringsarbeidet. For eksempel bruker en barbermaskinprodusent en resirkuleringsbedrift til å resirkulere elektronisk avfall som de mottar. Resirkuleringsbedriften demonterer det elektroniske avfallet og sender plastavfallet til en plastgjenvinningsvirksomhet. Resirkuleringsbedriften utfører tjenesten «for» eller «på vegne av» barbermaskinprodusent, men det er usikkert om det samme kan sies om plastgjenvinningsvirksomheten.

Argumentet for at alle aktører gjennom hele resirkuleringsprosessen skal være inkludert, er at ansvaret for en trygg avhending av varer som avfall ikke er et ansvar som kan selges bort eller overlates til andre. Dette bygger på hensynet til miljøvern. Dersom en virksomhet kan unngå dette ansvaret ved å selge bort avfallet til andre aktører, som ikke inngår i aktsomhetsvurderingene, fører dette til økt risiko for omgøelser fra virksomhetenes side. Denne forståelsen støttes av direktivforslagets formål, som blant annet er å oppdage og motvirke miljøvernbrudd. Følgen av en slik forståelse er at ethvert ledd i avfallshåndtering, resirkulering eller liknende, gjøres «for» eller «på vegne av» pliktsubjektet.

På bakgrunn av dette må det legges til grunn at aktivitetskjedebegrepet «nedstrøms» dekker aktiviteter helt til avfallsbehandlingens sluttspunkt eller ved ny bruk. Dette er imidlertid fremdeles usikkert og krever avklaring fra EU-kommisjonen.

¹⁵³ Listen er ikke uttømmende, jf. Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18) «inter alia»

¹⁵⁴ Forslag til CSDDD fortale avsnitt (18)

3.3.5 Direkte *business partner* som mottar tjenester fra virksomheten

Definisjonen av direkte *business partner* inkluderer aktører som virksomheten tilbyr tjenester til i henhold til artikkel 3 bokstav g om aktivitetsskjedebegrepet. Hva kommisjonen sikter til her er uklart, ettersom aktivitetsskjedefinisjonen ikke nevner noe om mottagelse av tjenester.

En mulighet er at enhver aktør som mottar tjenester fra virksomheten gjennom et kommersielt avtaleforhold inngår som en direkte *business partner*. Dette er åpner imidlertid for at bruken av tjenestene også inkluderes, noe som var spesifikt avskåret i aktivitetsskjedebegrepet og dermed aktsomhetsvurderingene.¹⁵⁵ En annen mulighet er snakk om de tilfeller hvor virksomheten tilbyr tjenester som nevnt i aktivitetsskjedebegrepets definisjon. Dette innebærer at dersom tjenester levert av pliktsubjektet som inngår i verdiskapningen i en aktørs virksomhet, så skal den aktøren inngå som en direkte *business partner* til pliktsubjektet. Denne løsningen er imidlertid heller ikke i tråd med at bruken av varen eller tjenestene ikke skal være inkludert i aktsomhetsvurderingene, ettersom aktøren som mottar tjenesten bruker den i sin verdiskapning.

Det er på bakgrunn av dette svært usikkert hvorvidt de som direkte mottar tjenester fra virksomheten via et kommersielt kontraktsforhold skal inkluderes i aktsomhetsvurderingene eller ikke.

4 Sammenligning rekkevidden av aktsomhetsvurderingene etter åpenhetsloven og direktivforslaget

Begrepsbruken i direktivforslaget og åpenhetsloven fører til at aktsomhetsvurderingene i mange tilfeller har lik rekkevidde. Det er flere ulikheter i hvilke aktører som inngår i aktsomhetsvurderingene etter åpenhetsloven og direktivforslaget. Dette innebærer blant annet hvilken type aktør, hva slags forhold aktørene må ha, og hvilken tilknytning til virksomhetens aktiviteter som kreves for at aktørene skal inngå i aktsomhetsvurderingene

4.1 Typen aktører etter begrepene «enhver» og «legal entity»

Den første forskjellen knytter seg til hvilke typer aktører som kan inngå i aktsomhetsvurderingene. Åpenhetsloven åpner for at enkeltpersoner og virksomheter kan

¹⁵⁵ Forslag til CSDDD fortale pkt. 19

være del av leverandørkjeden eller være en forretningspartner. Direktivforslaget avskjærer fysiske personer fra å være en *business partner* og fra å være ledd i aktivitetskjeden. Her strekker altså åpenhetsloven seg betydelig lengre enn direktivforslaget. Både direktivforslaget og åpenhetslovens løsninger er presise og gir tydelige grenser for hvilke typer aktører som skal undersøkes.

UNGP uttrykker ingen lignende avgrensning som EU-kommisjonen fremsetter i direktivforslaget. En avskjæring av fysiske personer kan gjøre aktsomhetsvurderingene mindre kompliserte, ettersom flere små aktører fjernes fra aktivitetskjeden og virksomhetens *business partners*. Aktsomhetsvurderingene etter åpenhetsloven kan dermed bli tungvinte og kompliserte, særlig lengre ned i leverandørkjeden, der antallet aktører kan bli svært høyt.

På en annen side kan det å avskjære fysiske personer svekke aktsomhetsvurderingenes effektivitet som verktøy for å oppdage og forebygge negative konsekvenser. Fysiske personer kan virke trivielle i aktivitetskjeden sammenlignet med store selskaper, men lengre opp i kjeden kan de være siste bindepunkt til menneskerettskrenkelser. Dette er særlig relevant for krenkelser som rammer færre individer, eksempelvis der en enkeltperson benytter seg av ulovlig barnearbeid under produksjon av tekstiler. Disse tekstilene kan senere bearbeides og ende opp i en klesbutikk i et annet land, uten at flere menneskerettskrenkelser oppstår underveis. Selv om klesbutikken gjør grundige aktsomhetsvurderinger av alle juridiske personer i aktivitetskjeden oppstrøms, vil de aldri finne frem til selve krenkelsen. I slike tilfeller vil direktivforslagets aktsomhetsvurderinger verken oppdage eller behandle barnearbeidet. Åpenhetslovens aktsomhetsvurderinger møter ikke det samme problemet, ettersom enkeltpersonen inngår i vurderingen og barnearbeidet kan oppdages og behandles.

Idet åpenhetslovens rekkevidde er større enn direktivforslagets, kreves det ingen lovendring for at åpenhetsloven skal overholde direktivforslagets forpliktelser.

4.2 Hvilken type forhold: Kontraktsforhold og kommersielt avtaleforhold

Både åpenhetsloven og direktivforslaget kan tolkes slik at de stiller krav om henholdsvis kontraktsforhold og kommersielt avtaleforhold, enten direkte eller indirekte mellom aktørene og pliktsubjektet. Det er imidlertid svært usikkert om dette er tilfellet, og det er behov for oppklaring fra lovgiver og EU-kommisjonen. På denne bakgrunn er det hensiktsmessig å

sammenligne rettstilstanden både dersom slike krav legges til grunn og dersom de ikke legges til grunn.

I relasjon til åpenhetsloven ble det drøftet tre ulike løsninger. Disse gjør seg gjeldende både for leverandørkjeden og forretningspartnere. Den første er at det ikke stilles noe krav til avtaleforhold eller lignende verken direkte eller indirekte. Den andre løsningen er at det stilles krav til indirekte eller direkte alminnelig avtaleforhold mellom aktøren og virksomheten. Den tredje løsningen var at det stilles krav til indirekte eller direkte kontraktsforhold mellom aktøren og virksomheten.

Når det kommer til direktivforslaget, ble det drøftet om det skulle legges til grunn et krav til indirekte kommersielt avtaleforhold for indirekte *business partners* eller ikke. Ettersom indirekte *business partner* inngår i aktivitetskjedebegrepet, vil et eventuelt krav til indirekte kommersielt avtaleforhold også gjelde for aktivitetskjeden.

Direktivets «kommersielle avtaleforhold» har høyere terskel enn både den første og andre løsningen etter åpenhetsloven. Hvorvidt kommersielle avtaleforhold er et strengere krav enn åpenhetslovens «kontraktsforhold», er imidlertid usikkert. Kommersielle avtaleforhold inneholder ikke et alminnelig skriftlighetskrav, slik som det er naturlig å ilegge begrepet kontraktsforhold. Det kan imidlertid ikke sies at kontraktsforhold stiller ett strengere krav enn det kommersielt avtaleforhold gjør.

Dette betyr at dersom EU-kommisjonen velger å også anvende et krav om indirekte kommersielt avtaleforhold, vil åpenhetsloven uansett ha større eller lik rekkevidde som direktivet. Følgelig vil det ikke kreves noen lovendring for å overholde direktivets forpliktelser. Hvis EU-kommisjon derimot avklarer at det ikke finnes et krav til indirekte kommersielt avtaleforhold mellom aktøren og virksomheten, er det bare åpenhetslovens første løsning som legger terskelen på samme nivå. Dette utfallet samsvarer også med UNGP, som ikke stiller noe krav til avtaleforhold, verken direkte eller indirekte.

4.3 Hvilken aktivitet fra andre aktører inngår i aktsomhetsvurderingene?

I åpenhetslovens og direktivforslagets begreper var det tale om aktører hvis aktivitet har en viss tilknytning til virksomheten. Terskelen for dette tilknytningskravet er avgjørende for rekkevidden av aktsomhetsvurderingene, og den må derfor sammenlignes. Sammenligningen

tar utgangspunkt i åpenhetslovens begreper «leverandørkjede» og «forretningspartner», og vurderer de tilfeller hvor rekkevidden av direktivforslagets begreper avviker fra disse.

4.3.1 Leverandørkjeden

Åpenhetslovens leverandørkjedebegrep og direktivforslagets oppstrøms aktivitetsskjede dekker begge de aktører med aktiviteter knyttet til produksjon av varer og levering av tjenester. Begge begrepene inkluderer aktører helt tilbake til råvarestadiet, så lenge de har tilstrekkelig tilknytning.

Direktivforslaget krever at aktiviteten må være «relatert» til virksomhetens produksjon av varer eller levering av tjenester, mens åpenhetsloven benytter begrepet «inngår». Sett opp mot hverandre, kan det tenkes at direktivforslagets ordlyd åpner for inkludering av flere aktiviteter enn åpenhetslovens ordlyd. Begrepet «relatert» synes å ha ett litt større omfang enn bare det som «inngår» i produktet eller tjenesten.

EUs forordning om konfliktmineraler art. 2 bokstav c sin definisjon, som åpenhetsloven skal samsvare med, bruker begrepet «involvert».¹⁵⁶ Dette kan ansees å ha enda større omfang enn inngår. Det engelske ordet *related* kan imidlertid har et snevrere omfang enn det norske begrepet «relatert». *Related* benyttes blant annet slektskap, og har en tydeligere henvisning til sammenhengen mellom årsak og virkning enn den norske versjonen.

Det kan etter dette ikke sies at begrepene «relatert» og «inngår» fører til en større rekkevidde hos direktivforslaget, men det er likevel et punkt som kan bli problematisk for regelverkernes overensstemmelse, ettersom ordlydene kan føre til ulike terskler.

4.3.1.1 Nærmere om distribusjon og avhending

Begrepet leverandørkjede omfatter også aktiviteter som er dekket av direktivforslagets nedstrøms aktivitetsskjede. Her er det hovedsakelig snakk om tjenesteytelse knyttet til virksomhetens distribusjon og avhending av produktet.

Åpenhetsloven og direktivforslaget har lignende tilnærming til distribusjon.

Leverandørkjedebegrepet inkluderer bare tjenesteytelse knyttet til distribusjon før produktet blir solgt. Direktivforslagets aktivitetsskjede nedstrøms inkluderer distribusjonsaktiviteter som

¹⁵⁶ Prop. 150 L (2020-2021) s. 106 og 107, regulation (EU) 2017/821 (2017) art. 2 c)

gjøres «på vegne» av virksomheten. Begge regelverkene åpner for at også aktører på «nivå 2» eller lengre ned kan være inkludert, så lenge de utfører aktiviteter knyttet til distribusjonen før produktet selges. Her kreves det derfor ingen endring av åpenhetsloven.

Når det kommer til avhending av eget produkt som avfall, avskjærer begge regelverkene avhending som gjøres av bruker av produktet. Det er altså bare returordninger eller der virksomheten selv kaster defekt produkt eller lignende, som omfattes. Åpenhetsloven begrenser dette til å bare omfatte aktiviteter som resirkulering, når dette skjer som en tjeneste levert til virksomheten selv. Med dette menes at når virksomheten overfører ansvaret for avhendingen til andre aktører, eksempelvis gjennom salg av avfallet, vil mottakeren ikke inkluderes i aktsomhetsvurderingene. Hvorvidt den samme begrensningen gjør seg gjeldende i direktivforslagets aktivitetskjede nedstrøms er imidlertid mer usikkert. I aktivitetskjeden nedstrøms kan det legges til grunn at en virksomhet ikke kan overføre ansvaret for avhending til andre, og at dermed er enhver resirkulering eller lignende ansees å være utført på vegne av pliktsubjektet. Dette gir aktivitetskjedebegrepet nedstrøms langt større rekkevidde enn åpenhetslovens leverandørkjedebegrep.

Dersom EU-kommisjonen bekrefter at en slik forståelse skal legges til grunn, vil det kreves en vesentlig endring av åpenhetsloven. Lovgiver må enten utvide leverandørkjedebegrepet eller legge til et nedstrøms kjedebegrep, for å også inkludere ethvert ledd knyttet til avhending av produktet som avfall. Dersom EU-kommisjonen ikke legger til grunn en slik forståelse vil imidlertid rekkevidden av aktsomhetsvurderingene være lik også i henhold til avhending av produktet som avfall.

4.3.2 Forretningspartner

Annen levering av varer eller tjenester som ikke inngår i leverandørkjeden faller innunder åpenhetslovens begrep forretningspartner. Den samme typen levering av varer og tjenester går under direktivforslagets direkte *business partners* og aktivitetskjede nedstrøms. Her er det snakk om eksempelvis renhold av forretningslokaler eller distribusjon av produkter på vegne av virksomheten.

Direktivforslagets begreper har imidlertid en større rekkevidde enn bare levering av varer eller tjenester til virksomheten. Begrepet direkte og indirekte *business partner* åpner for alle aktiviteter som er «relatert» til pliktsubjektets operasjoner, produkter eller tjenester. Dette åpner for flere typer aktiviteter som ikke er levering av varer eller tjenester. En av disse er

samarbeid som ikke knytter seg til produksjon av varer eller levering av tjenester. Her kan det tenkes operasjonelle samarbeid eller samarbeid knyttet til driften av virksomheten. Direktivforslaget åpner også for at andre aksjonærer i et fellesforetak kan være direkte eller indirekte *business partners*. Dette er i samsvar med UNGPs utgangspunkt.

Slike tilfeller er ikke omfattet av åpenhetslovens begreper. Dette er en betydelig forskjell i rekkevidden av aktsomhetsvurderingen til de to regelverkene. For at åpenhetsloven skal overholde direktivets forpliktelser må begrepet «forretningspartner» utvides, slik at det ikke bare er aktører som leverer varer og tjenester som er inkludert. Det må åpnes for at også aktivitet knyttet til virksomhetens operasjoner kan gjøre aktører til virksomhetens forretningspartnere. Dette er en endring som muligens allerede er påtenkt, ettersom åpenhetslovens begreper skal samsvare best mulig med OECDs retningslinjers begrepsbruk, som inkluderer både slike samarbeid og fellesforetak.

Åpenhetsloven åpner for at leverandører og underleverandørers forretningspartnere også kan være inkludert i aktsomhetsvurderingene, så lenge deres levering av varer eller tjenester «inngår» i pliktsubjektets levering av tjenester eller produksjon av varer. Denne typen aktivitet omfattes av direktivforslagets indirekte *business partner*. Tilknytningskravet er imidlertid langt mindre strengt enn etter åpenhetsloven, ettersom aktiviteten bare må være relatert til virksomhetens operasjoner, produkter eller tjenester. Dette kan gjøre at flere aktører på «nivå 2» og oppover er inkludert etter direktivet enn etter åpenhetsloven.

Det er vanskelig å sette en konkret ramme for rekkevidden av indirekte *business partner*, men det er likevel klart at begrepet kan ha lengre rekkevidde enn åpenhetslovens begreper. Her kreves også en utvidelse av åpenhetslovens forretningspartnerbegrep, men knyttet til aktører som ikke har direkte forhold med pliktsubjektet. Definisjonen av indirekte *business partner* er imidlertid uklar, og danner ingen tydelig grense for aktsomhetsvurderingens rekkevidde. Derfor kan en oppklaring fra EU-kommisjonen være nødvendig for at lovgiver skal ha mulighet til å tilpasse forretningspartnerbegrepet.

4.4 Aktører som mottar tjenester fra virksomheten

Direktivforslaget nevner i definisjonen av direkte *business partners*, at også aktører som mottar tjenester fra virksomheten i henhold til aktivitetskjedebegrepet, inkluderes i aktsomhetsvurderingene.

Det er uklart hvilke aktører som omfattes av denne delen av definisjonen. Det tyder på at de aktører som mottar direkte tjenester fra virksomheten via et kommersielt kontraktsforhold skal inkluderes i aktsomhetsvurderingene. Dette er usikkert, ettersom bruken av varer og tjenester er avskåret fra aktsomhetsvurderingene.

Åpenhetslovens begreper inkluderer imidlertid ingen aktører som mottar tjenester fra virksomheten. Dermed vil enhver inkludering av aktører som mottar tjenester fra virksomheten, føre til at direktivforslaget får en lengre rekkevidde enn åpenhetsloven. Det er derfor sannsynlig at åpenhetsloven må tilpasses for å inkludere visse aktører som mottar tjenester fra pliktsubjektet, men dette er fremdeles uavklart.

Referanseliste

Norsk lovverk:

Lov 18. juni 2021 nr. 99 om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)

Lov 27.11.1991 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Førarbeider:

Prop.150 L (2020–2021) Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven)

Etikkinformasjonsutvalget, Etikkinformasjonsutvalgets rapport: Åpenhet om Leverandørkjeder, 28. november 2019

<https://www.regjeringen.no/contentassets/6b4a42400f3341958e0b62d40f484371/195794-bfd-etikkrapport-web.pdf> (lest 9. april 2023)

Innst.384 S (2015–2016) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Anne Tingelstad Wøien, Une Aina Bastholm og Geir Jørgen Bekkevold om oppretting av lov om etikkinformasjon

EU og EØS kilder:

Direktiv (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, 14. desember 2022

Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139 of 4 June 2021 supplementing Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council by establishing the technical screening criteria for determining the conditions under which an economic activity qualifies as contributing substantially to climate change mitigation or climate change adaptation and for determining whether that economic activity causes no significant harm to any of the other environmental objectives, 4. juni 2021

Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 setting up a Union regime for the control of exports, brokering, technical assistance, transit and transfer of dual-use items, 20. mai 2021

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, 27. november 2019

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, 17. mai 2017

Europakommisjonen, forslag til direktiv OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 30. november 2022 (forslag til CSDD Direktiv)

Europakommisjonen, forslag til direktiv OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 23. februar 2022

Europakommisjonen, 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, COM/2019/640 final, 11 november 2019

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, (EØS-avtalen), 2. mai 1992

Consolidated version of the Treaty of the European Union (TEU), C 202/1. OJ C 202 7. juni 2016, p. 13

Praksis EU-domstol:

Dom av 21. februar 1973 [C5], Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, Case 6/72, EU:C:1973:22

Offentlig tilgjengelige dokumenter:

Dokument 8:58 S (2015–2016)

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Representantforslag/2015-2016/dok8-201516-058/> (lest 04. mai 2023)

OECD, OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv,

https://files.nettsteder.regjeringen.no/wpuploads01/blogs.dir/263/files/2019/09/201904_OECD_DDveileder_nettil.pdf (lest 03. april 2023)

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Guiding Principles on Business and Human Rights (2011) (UNGPs)

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT HUMAN RIGHTS An interpretive guide, (2012)

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf

OECD, OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper, (2011)

https://files.nettsteder.regjeringen.no/wpuploads01/sites/263/2022/08/OECDs-retningslinjer-for-flernasjonale-selskaper_Norsk-oversettelse-10.03.2022.pdf

Regjeringen, «Handlingsplan for menneskerettigheter og næringsliv», 2015: 20
https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/naringsliv/ud_naringsliv_og_menneske_uu-versjon2.pdf

OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition, OECD Publishing, Paris, (2016)
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264252479-en> (lest 4. mai 2023)

The UN Guiding Principles for responsible business and human rights, The Human Rights Council resolution 17/4, 16. juni 2011 (UNGP)

UN Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: a framework for business and Human Rights. Report of the special Representative of Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. UN Doc. A/HRC/8/5, 7. april 2008
<https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/a-hrc-8-5.doc>

Litteratur:

Frode Elgesem, Karnov Lovkommentar 5 til åpenhetsloven § 4, versjon: 05.10.2022
https://lovdata.no/pro/COMMENT/karnov/2021-06-18-99_p4.n5/1 (lest 28.04.2023)

Elgesem, F., & Høstmælingen, N. (2019). Næringsliv og menneskerettigheter. Universitetsforlaget.

Smith, M. R. (2021). «EU-taksonomi – paradigmeskifte eller mørkegrønn bakvei?», Praktisk økonomi og finans, 37(2), 105–117.
<https://doi.org/10.18261/issn.1504-2871-2021-02-02> (lest 02. mai 2023)

Annen nasjonal lovgivning:

Tyskland, «Lieferkettengesetz» (Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains), 1. januar 2023

Nederland, «Wet Zorgplicht Kinderarbeid» (Child Labour Due Diligence Law), 2019

Frankrike, «LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1)», 28. mars 2017

Storbritannia, «The Modern Slavery Act 2015. An Act to make provision about slavery, servitude and forced or compulsory labour and about human trafficking, including provision

for the protection of victims; to make provision for an Independent Anti-slavery Commissioner; and for connected purposes», 2015

Nettbaserte kilder:

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/mars/aktsomhetsdirektivet/id2918419/> (lest 2. april 2023)

https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/naringslivssamarbeid-i-utlandet/innsikt/forventninger_retningslinjer/id2076270/ (lest 01. mai 2023)

<https://www.forbrukertilsynet.no/apenhetsloven> (lest 13 april 2023)

