



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Tredjepartsvirkninger av åpenhetsloven

Tuva Henriksen Stave

Veileder: Tore Bråthen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2023



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	DEFINISJON AV RETTSLIGE MEKANISMER.....	2
1.3	HISTORIKK OG INTERNASJONALE TRENDER - SOM RAMME FOR TOLKNINGEN AV ÅPENHETSLOVEN.....	2
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	4
2	REDEGJØRELSE FOR VIRKSOMHETENS PLIKTER ETTER ÅPENHETSLOVEN.....	5
2.1	VILKÅRENE SOM MÅ VÆRE OPPFYLT FOR AT EN VIRKSOMHET SKAL OMFATTES AV ÅPENHETSLOVEN ...	5
2.2	BEGRUNNELSEN FOR AT MINDRE VIRKSOMHETER IKKE OMFATTES AV LOVEN	6
2.3	PLIKTENE FOR VIRKSOMHETER SOM ER DIREKTE UNDERLAGT ÅPENHETSLOVEN	7
2.3.1	<i>Generelt.....</i>	7
2.3.2	<i>Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 4?.....</i>	7
2.3.3	<i>Betydningen av at aktsomhetsvurderingen skal stå i forhold til virksomhetens art.....</i>	9
2.3.4	<i>Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 5?.....</i>	9
2.3.5	<i>Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 6?.....</i>	12
2.3.6	<i>Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 12?.....</i>	13
2.4	ANSVARFRASKRIVELSE	13
3	GENERELT OM KONTRAKTSRETT SOM METODE TIL Å SIKRE VIRKSOMHETEN.....	14
3.1	DIREKTE OG INDIREKTE VIRKNINGER	14
3.2	FORRETNINGSFORHOLD UTEN DIREKTE KONTRAKTSRETTLIG TILKNYTNING	14
3.3	HVORDAN KAN VIRKSOMHETEN SKAFFE SEG PÅ VIRKNINGSKRAFT OVERFOR MEDKONTRAHENTER? ...	16
3.3.1	<i>Virksomheter med stor påvirkningskraft på sine medkontrahenter</i>	16
3.3.2	<i>Virksomheter med middels påvirkningskraft på sine medkontrahenter</i>	17
3.3.3	<i>Virksomheter med liten påvirkningskraft på sine medkontrahenter</i>	17
3.4	HVA KAN FORVENTES AV DE SOM IKKE OMFATTES AV ÅPENHETSLOVEN?	18
3.5	ER DET RIMELIG AT VIRKSOMHETENE KAN SETTE KRAV TIL MEDKONTRAHENTER?.....	19
3.6	INNGÅELSE OM TARIFFAVTALE	20
3.7	ENDRING AV NORSK STANDARD KONTRAKTER	20
3.8	OPPARBEIDE ET LIGNENDE TRAFIKKLYSSYSTEM SOM BLIR BENYTTET INNENFOR KARTLEGGING AV MILJØTILSTANDEN I OPPDRETTSANLEGG	21
3.9	KONTROLLPUNKTER I LEVERANDØRKJEDEN.....	22
4	VIRKSOMHETENES FAKTISKE MULIGHETER FØR KONTRAKT INNGÅS	23
4.1	FORHOLDET MELLOM VIRKSOMHETENS OPPLYSNINGSPLIKT OG MEDKONTRAHENTENS LOJALITETSPLIKT.....	23
4.1.1	<i>Hvorvidt virksomheten kan utføre undersøkelser av medkontrahenten</i>	23
4.1.2	<i>Kan medkontrahenten pålegges plikter etter reglene om lojalitetsplikt, og hva innebærer eventuelt en slik plikt?.....</i>	25

4.1.3	<i>Har medkontrahtenten en opplysningsplikt?</i>	25
4.1.4	<i>Konklusjon</i>	27
4.2	TILTAK VIRKSOMHETEN KAN TA I BRUK NÅR DE BENYTTET SEG AV UNDERSØKELSESPLIKTE	28
4.3	INDIREKTE ANSKAFFELSER HVOR VIRKSOMHETEN BRUKER EN AGENT FOR Å ANSKAFFE	
	MEDKONTRAHENTER OG UNDERENTREPRENØRER	29
5	KONTRAKTSREGULERINGEN	30
5.1	FØLGER AV KRAVENE VIRKSOMHETENE SETTER TIL MULIGE MEDKONTRAHENTER	30
5.2	ANBEFALT SIKRING OVERFOR MEDKONTRAHENTER ETTER REGLENE I ÅPENHETSLOVEN	30
5.2.1	<i>Innledning</i>	30
5.2.2	<i>Anbefalt sikring overfor medkontrahtent for å følge reglene etter § 4</i>	31
5.2.3	<i>Anbefalt sikring overfor medkontrahtent for å følge reglene etter § 5</i>	33
5.2.4	<i>Anbefalt sikring overfor medkontrahtent for å følge reglene etter § 6</i>	34
5.2.5	<i>Anbefalt sikring overfor medkontrahtenter for å følge reglene etter § 12</i>	35
5.3	KLAUSUL OM VIRKSOMHETENS RETT TIL Å TRE UT AV AVTALEN.....	35
5.4	MISLIGHOLD	37
5.4.1	<i>Stadfesting om det foreligger mislighold</i>	37
5.4.2	<i>Klausul om hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende</i>	39
5.4.3	<i>Avhjelp - spesielt for utvinningindustri</i>	40
5.4.4	<i>Heving</i>	41
5.4.5	<i>Økonomisk kompensasjon fra medkontrahtenter</i>	42
6	REFORHANDLING AV AVTALER	45
6.1	RETTLIGE SIKRINGSMEKANISMER VIRKSOMHETEN KAN BENYTTET VED ET ALLEREDE ETABLERT	
	KONTRAKTSFORHOLD.....	45
6.1.1	<i>Avtalefrihet</i>	45
6.1.2	<i>Endringsklausuler</i>	45
6.1.3	<i>Transnasjonale samarbeid</i>	46
6.1.4	<i>Kontraksrevisjon</i>	46
6.2	EN ALLEREDE OPPARBEIDET PRAKSIS.....	47
6.2.1	<i>Praksisen som har blitt opparbeidet</i>	47
6.2.2	<i>Problemer med praksisen og hvordan problemene kan løses</i>	47
7	AVSLUTNING	49
8	REFERANSELISTE	50
8.1	LOVREGISTER	50
8.2	FORSKRIFT	51
8.3	RETTSPRAKSIS.....	51
8.3.1	<i>Høyesterett</i>	51
8.3.2	<i>Lagmannsrett</i>	51

8.3.3	<i>Klagesaker</i>	52
8.4	FORARBEID.....	52
8.5	INTERNASJONALE KILDER	52
8.6	JURIDISK LITTERATUR	53
8.7	KILDER.....	53
8.8	NETTSIDER.....	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Etter åpenhetsloven § 4 og § 5 jf. § 2 og 3 skal nærmere angitte virksomheter foreta aktsomhetsvurderinger og redegjøre for disse. Virksomhetene skal også gi informasjon om hvordan de håndterer faktiske og negative konsekvenser som er avdekket gjennom aktsomhetsvurderingene, jf. åpenhetsloven § 6.

I aktsomhetsvurderingene skal virksomhetene bl.a. kartlegge, vurdere og forhold seg til «faktiske og mulige negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold som virksomheten enten har forårsaket eller bidratt til, eller som er direkte knyttet til virksomhetens forretningsvirksomhet, produkter eller tjenester gjennom leverandørkjeder eller forretningspartnere», jf. åpenhetsloven § 4 bokstav b.

En stor del av virksomhetenes plikter etter åpenhetsloven knytter seg til det som skjer i deres leverandørkjeder og hos deres forretningspartnere. Avhandlingen handler om hvordan virksomheter som er underlagt åpenhetsloven, kan sikre seg at leverandørkjeder og forretningspartnere bidrar til å oppfylle virksomhetens plikter etter åpenhetsloven.

Dette må normalt skje ved at virksomhetens medkontrahenter som ikke omfattes direkte av åpenhetsloven, likevel må forholde seg til åpenhetsloven som følge av kontrakt med virksomheten som omfattes av åpenhetsloven. Pliktene etter åpenhetsloven forplanter seg til virksomhetens medkontrahenter, som ikke direkte omfattes av loven. Åpenhetsloven har derfor både en direkte og indirekte virkning på selskaper.

Temaet skal undersøkes gjennom en rettsdogmatisk analyse basert på tradisjonell juridisk metode. Avhandlingen baseres på norsk rett, herunder kontraktsrett.

Åpenhetsloven har vært i kraft siden 1. juli 2022, og flere virksomheter har allerede opparbeidet seg rutiner og praksis rundt kravene åpenhetsloven stiller. Rettsområdet er dynamisk og kommer til å være i stadig utvikling siden det kommer nye retningslinjer om hva som anses bærekraftig og hvilke tiltak virksomheter er forventet å utføre. Med bærekraft i denne avhandlingen siktes det til «respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i forbindelse med produksjon av varer og levering av tjenester, og sikre allmennheten tilgang til informasjon om hvordan virksomheter håndterer negative

konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendighet arbeidsforhold», jf. åpenhetsloven § 1.

1.2 Definisjon av rettslige mekanismer

Med rettslig mekanisme menes her juridiske verktøy virksomheter kan benytte seg av for å sikre seg overfor medkontrahtenter. Typiske eksempler på juridiske verktøy er kontraktsbaserte rettigheter og plikter. I denne konteksten er det snakk om juridiske verktøy som er avpasset i forhold til pliktbestemmelsene i åpenhetsloven. Hvilken rettslig mekanisme virksomheten kan gjøre gjeldende, avhenger blant annet av hvilke rammer som gjelder mellom kontraktpartene i et eventuelt tidligere samarbeid. Juridiske verktøy kan være en ny kontrakt eller en tilleggskontrakt.

1.3 Historikk og internasjonale trender - som ramme for tolkningen av åpenhetsloven

Åpenhetsloven er inspirert av lovgivning i en del andre land, og bygger på internasjonale retningslinjer for ansvarlig forretningsdrift fra FN og OECD.¹ Frankrike, Storbritannia, Australia og USA er land som også er inspirert av de internasjonale retningslinjene. Frankrike sine aktsomhetsvurderinger skal forebygge skade på både mennesker og miljøet, hvor loven omfatter mellom 150 og 200 selskaper. Storbritannia vedtok «UK Modern Slavery Act» i 2015 og det regulerer bruk av slaveri i Storbritannia. Australia vedtok en lignende lov som Storbritannia i 2019, forskjellen er at den setter strengere krav til rapporteringen av redegjørelsen om moderne slaveri. USA har en lov om åpenhet for å forhindre slaveri og menneskehandel, hvor 3200 selskaper blir berørt av loven.² Frankrike har vedtatt den loven som er mest sammenlignbar med den norske åpenhetsloven.

De sentrale rammeverkene som er viktige kilder for å tolke åpenhetsloven, er FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, UNGP), OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper og OECDs veileder for aktsomhetsvurderinger for ansvarlig næringsliv.³

¹ Karnov, 2021, stjernekommentar, sist besøkt 2. mai 2023, dette gjelder for alle fotnotene.

² Prop. 150 L (2020-2021) s. 22-23.

³ Karnov, 2021, stjernekommentar.

Aktsomhetsvurderingene i åpenhetsloven skal tolkes i tråd med og utfylles av OECDs retningslinjer.⁴ Det kan stilles spørsmål til om praksisen som blir opparbeidet i kjølvannet av den norske åpenhetsloven skal bli inspirert av praksisen til OECDs retningslinjer. På den ene siden bør Norge la seg inspirere av praksisen som følger av OECDs retningslinjer fordi norsk rett følger et dualistisk rettsprinsipp, herunder presumsjonprinsippet. Åpenhetsloven befinner seg i dynamisk rettsområde, som betyr at forhold av internasjonal karakter kan ha påvirkning på hvordan åpenhetsloven utvikler seg i det videre.⁵ På den annen side taler det mot demokratiske hensyn at norsk praksis skal følge en praksis som er utarbeidet etter en anbefaling med lavere rettslig rang. Pliktene etter åpenhetsloven er mer omstendelig enn anbefalingene gitt av de internasjonale inspirasjonskildene.⁶ Åpenhetsloven gir norske myndigheter hjemmel til å bøtelegge virksomheter for pliktbrudd, og vil derfor ha større påvirkning på det norske næringslivet enn OECDs retningslinjer. Derfor bør virksomhetene som omfattes av åpenhetsloven sikre seg overfor deres medkontrahtenter i større grad enn virksomhetene gjorde etter OECDs retningslinjer ble tilgjengeliggjort.

Rammeverket gir staten ansvar for å sikre at menneskerettighetene blir fulgt av næringslivet.⁷ I praksis vil det bety at myndighetene har hovedansvaret om å kontrollere at pliktbestemmelsene i åpenhetsloven blir fulgt av det norske næringsliv. Åpenhetsloven medfører rettslige forpliktelser på en annen måte enn OECDs retningslinjer og veileder alene. Dermed vil virksomheten som omfattes av loven få ansvar om at deres forretningsforbindelser også følger loven, jf. åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b. Virksomheten har hovedansvaret for aktsomhetsvurderingene og de er ikke begrenset til å foreta aktsomhetsvurderingene selv. Dermed kan virksomhetene gjennom prinsippet om avtalefrihet avtale med sine forretningsforbindelser at de må delta i utøvelsen av å foreta aktsomhetsvurderinger. I slike tilfeller kan virksomheten bidra forretningsforbindelsen med økonomisk støtte, opplæring og oppfølging for å ta ansvar for at hele forretningsforbindelsen opptrer bærekraftig. Staten er pliktsubjekt etter internasjonale regler, og åpenhetsloven blir dermed en mekanisme for å oppfylle statens forpliktelser. Staten legger deretter pliktene videre på næringslivet.

⁴ Prop. 150 L (2020-2021) s. 64-65.

⁵ Ruud og Ulfstein, 2018, s. 55

⁶ Kristel Tonstad for Karnov, 2022, punkt 1 § 5.

⁷ Karnov, 2021, stjernekommentar.

Næringslivet er nærmere å kunne bidra til endring enn staten selv siden vi har mange privateide selskaper i Norge.

1.4 Den videre fremstillingen

Siktemålet er å kartlegge hvilke rettslige mekanismer virksomheten som omfattes av åpenhetsloven kan bruke for å sikre seg overfor deres medkontrahenter som ikke omfattes av åpenhetsloven.

Partskonstellasjonene i oppgaven er virksomheten, medkontrahenten og underentreprenør. Hvor virksomheten brukes som betegnelse for virksomheter som er underlagt åpenhetsloven. Problemstillingen som blir behandlet i avhandlingen omhandler tilfeller hvor virksomheten inngår avtale med en medkontrahent som ikke er underlagt åpenhetsloven. Problemstillingen oppstår også i tilfeller hvor medkontrahenten er kontraktspart med en underentreprenør som ikke er underlagt åpenhetsloven.

Som bakgrunn for analysene, redegjøres det for virksomhetenes plikter etter åpenhetsloven i kapittel 2. I kapittel 3 skrives det om generell kontraktsrett som metode til å sikre virksomheten. Kapittel 4 gir en fremstilling av virksomhetens faktiske muligheter til å sikre seg før kontrakt inngås. Regulering av rettslige sikringsmekanismer i kontrakt blir behandlet i kapittel 5. I kapittel 6 fremstilles sikringsmetoder virksomheten kan benytte seg av under reforhandling av kontrakter. Avslutningsvis gis det et utsyn på påvirkninger åpenhetsloven antas å ha på samfunnet.

2 Redegjørelse for virksomhetens plikter etter åpenhetsloven

2.1 Vilkårene som må være oppfylt for at en virksomhet skal omfattes av åpenhetsloven

Større virksomheter som tilbyr varer og tjenester i Norge, omfattes av åpenhetsloven, jf. åpenhetsloven § 2. Bestemmelsen spesifiserer hvilken tilknytning selskapene må ha til Norge, se straks nedenfor.

Som større virksomheter regner åpenhetsloven § 3 for det første virksomheter som omfattes av regnskapsloven § 1-5. Etter regnskapsloven § 1-5 regnes store foretak som «allmennaksjeselskaper», «regnskapspliktige hvis aksjer, andeler, grunnfondsbevis eller obligasjoner noteres på børs, autorisert markedsplass eller tilsvarende regulert marked i utlandet, eller «andre regnskapspliktige dersom det er fastsatt i forskrift gitt av departementet». For det annet omfattes virksomheter som på balansedagen overskrider grensene for to av følgende tre vilkår: (1) virksomheten har en salgsinntekt på 70 millioner kroner, (2) virksomheten har en balansesum på 35 millioner kroner, og (3) virksomheten har 50 årsverk som gjennomsnittlig antall ansatte i regnskapsåret. Et morselskap skal regnes som en større virksomhet dersom vilkårene er oppfylt for at mor- og datterselskaper blir sett på som en enhet, jf. åpenhetsloven § 3 bokstav c.

Åpenhetsloven gjelder for det første virksomheter som er hjemmehørende i Norge, og som tilbyr varer og tjenester i eller utenfor Norge. Hvorvidt en virksomhet er «hjemmehørende» avhenger av hvor selskapets styre treffer sine beslutninger i deres løpende saker.⁸ Lovens geografiske virkeområde skal ses i sammenheng med virkeområdet for regnskapsloven.⁹ Kongen skal fastsette regler om lovens anvendelse for Norges økonomiske sone, Svalbard, Jan Mayen og bilandene, og kan fastsette særlige regler under hensyn til forholdene der, jf. regnskapsloven § 1-1.

For det annet omfattes større utenlandske virksomheter dersom to vilkår er oppfylt. For det første må virksomheten tilby varer eller tjenester i Norge. For det andre må virksomheten være skattepliktig til Norge, etter norsk intern lovgivning. For å være skattepliktig til Norge, må

⁸ Skatteetaten, sist lest 15.06.2023, punkt 3.1.

⁹ Prop. 150 L (2020-2021) s. 105.

virksomheten ha en formue i, og inntekt av, virksomhet som vedkommende utøver eller deltar i Norge, jf. skatteloven § 2-3.¹⁰

Det forventes at det vil være rundt ni tusen virksomheter som omfattes av loven.¹¹

2.2 Begrunnelsen for at mindre virksomheter ikke omfattes av loven

Etter en systembetragtning av flere lovverk, blant annet regnskapsloven, anses det å være i tråd med lovgiverviljen å ikke ha ment å omfatte alle selskaper i åpenhetsloven, selv om det er behov for at flere selskaper skal opptre mer bærekraftig.

Virksomheter som omfattes av åpenhetsloven anses å ha flere ressurser tilgjengelige for å opptre bærekraftig, siden de oppfyller omsetningsvilkårene for å omfattes av åpenhetsloven. Mindre selskap har ikke samme ressurser som virksomhetene til å gjennomføre pliktene etter åpenhetsloven.

Virksomheter med større omsetning, kan bruke sine ressurser på å gjøre flere bærekraftige ved å bidra i den grad de har ressurser tilgjengelige. Dermed på legges virksomheter et større samfunnsansvar. Virksomhetens medkontrahenter vil indirekte få plikter og ressurser fra virksomheten til å opptre mer bærekraftig, fordi virksomheten identifiseres med dens forretningspartnere og må gjøre nødvendige aktsomhetsvurderinger etter de negative påvirkningene leverandørkjeden står overfor.¹² Dermed vil virksomhetene som omfattes av åpenhetsloven skape en dominoeffekt når de inkluderer rettslige sikringsmekanismer i kontrakter for å redusere negativ påvirkning.

Det nevnes kort at de gjeldende argumenter er de av samme begrunnelse for at det ikke foreligger en medvirkningsbestemmelse. Siden medkontrahenter og underentreprenører indirekte blir påvirket av loven og kan få sanksjoner ved kontraktsbrudd, ses det ikke på som nødvendig med en medvirkningsbestemmelse.

¹⁰ Tonstad, K, 2022, Karnov lovkommentar 5 til åpenhetsloven § 2.

¹¹ Bråten og Minde, 2022, s. 68.

¹² Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b.

2.3 Pliktene for virksomheter som er direkte underlagt åpenhetsloven

2.3.1 Generelt

Virksomheter som omfattes av åpenhetsloven, pålegges forskjellige plikter for å ivareta grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i forbindelse med produksjon av varer og tjenester, jf. åpenhetsloven § 1 sml. §§ 4 flg. Dette omfatter også plikt til å sikre allmennheten tilgang til informasjon om hvordan virksomheter håndterer negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Ordlyden tilsier at forpliktelsen knyttet til å utføre aktsomhetsvurdering, ikke nødvendigvis vil unngå brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Likevel synes lovgiver å gi inntrykk av et ønske om at næringslivet ikke skal handle i strid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Åpenhetsloven setter et minstekrav om hva som er nødvendig for å opptre aktsomt.

Med grunnleggende menneskerettigheter siktes det til de internasjonalt anerkjente menneskerettigheter, som følger av blant annet FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet, jf. åpenhetsloven § 3 (1) bokstav b.

Med anstendige arbeidsforhold menes arbeid som ivaretar grunnleggende menneskerettigheter etter åpenhetsloven § 3 bokstav b og helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassen, og som gir en lønn å leve av, jf. åpenhetsloven § 3 (1) bokstav c.

2.3.2 Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 4?

Virksomheter som direkte omfattes av åpenhetsloven, skal utføre aktsomhetsvurderinger, jf. åpenhetsloven § 4. Aktsomhetsvurderinger skal foretas i tråd med OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper. Det innebærer at virksomhetene må være oppdaterte på OECDs retningslinjer og hva som kreves av deres virksomhet for å overholde disse. Virksomheten har dermed et ansvar etter åpenhetsloven om å holde seg oppdatert på internasjonale retningslinjer.

En aktsomhetsvurdering er etter åpenhetsloven § 4 første ledd og A) forankre ansvarlighet i virksomhetens retningslinjer, B) kartlegge og vurdere faktiske og mulige negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, som virksomheten har forårsaket eller bidratt til, som er direkte knyttet til virksomhetens

forretningsvirksomhet, produkter eller tjenester gjennom leverandørkjeder eller forretningspartnere. C) Iverksette egnede tiltak for å stanse, forbygge eller begrense negative konsekvenser etter bokstav b. D) Følge med på gjennomføring og resultater av tiltak etter bokstav c. E) Kommunisere med berørte interessenter og rettighetshavere om hvordan negative konsekvenser er håndtert etter bokstav c og d. F) Sørge for, eller samarbeide om, gjenoppretting og erstatning der dette er nødvendig. Åpenhetsloven § 4 kommer med en nærmere forklaring av hva som menes med aktsomhetsvurderinger. Ordlyden aktsomhetsvurdering innebærer at virksomhetene må benytte seg av rettslige sikringsmekanismer overfor medkontrahenter for å ikke begå pliktbrudd.

En aktsomhetsvurdering går ut på å gjøre en samvittighetsfull og informert vurdering av en risiko virksomheten ser, hvor den er nødt til å vekte fordeler og ulemper ved å begå handlingen, jf. åpenhetsloven § 4. Ordlyden i åpenhetsloven § 4 om å utvise aktsomhet uttrykker at virksomheten må ta det mest ansvarlige valget av de tilgjengelige alternativene i den konkrete situasjonen. I tilfeller hvor en virksomhet kan velge mellom to selskaper, hvor det ene er mer bærekraftig enn det andre. Gjennom en aktsomhetsvurdering velger virksomheten å inngå avtale med den medkontrahenten som anses som mest bærekraftig, dersom valget står i forhold til virksomhetens art.¹³

Ordlyden i åpenhetsloven § 4 tilsier at alle valg virksomheten gjør er en del av deres aktsomhetsvurdering. Plikten etter åpenhetsloven er ikke begrenset til en vurdering – loven setter også krav til at det foretas en handling. For at virksomheten skal sikre seg overfor medkontrahentene sine må virksomheten for det første kartlegge hvorvidt leverandørkjeden er en negativ påvirkning på virksomheten. Deretter utføre nødvendige tiltak for å stoppe eller forebygge den negative påvirkningen fra medkontrahenten. Dermed vil virksomheten etterleve pliktene i åpenhetsloven § 4, i større grad.

Forholdet mellom virksomheter som omfattes av åpenhetsloven, og deres medkontrahenter som ikke er omfattet, er at hvilke negative påvirkninger som foretas i virksomhetens leverandørkjede kan spores tilbake til virksomheten. Således vil graden av hvor aktsomt virksomheten opptrer bli påvirket av hvor aktsomt medkontrahenten og underentreprenører opptrer, jf. åpenhetsloven § b-e.

¹³ Åpenhetsloven § 4 annet ledd.

2.3.3 Betydningen av at aktsomhetsvurderingen skal stå i forhold til virksomhetens art

Aktsomhetsvurderingen skal utføres regelmessig og stå i forhold til virksomhetens størrelse og art, og konteksten virksomheten finner sted i etter åpenhetsloven § 4 annet ledd. Alvorlighetsgraden av, og sannsynligheten for, negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter spiller også inn, jf. åpenhetsloven § 4 annet ledd. Ordlyden tilsier at aktsomhetsvurderingen skal være forholdsmessig i forhold til skaden det er snakk om, innflytelsen virksomheten har med forretningsforbindelsen som opptrer uaktsomt og hva som kjennetegner bransjen og slike forretningsforhold.¹⁴ Dette går overens med det grunnleggende rettsprinsippet om forholdsmessighet og det omhandler at to faktorer skal være proporsjonale med hverandre. Ofte er den ene faktoren et pliktbrudd og den andre en negativ sanksjonering. Prinsippet kommer til uttrykk i lisboatraktaten artikkel 5 nr. 4.¹⁵

Hvilken aktsomhetsvurdering som kan forventes av en virksomhet må stå i forhold til bransjen, og hvilken standard bransjen har i henseende til å respektere grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. I praksis vil dette utspille seg ved at virksomheter kun kan unngå bøter hvis en medkontrahent, som ikke opptrer aktsomt, er den eneste leverandøren dem kan benytte seg av for å utføre sin virksomhet. Eksempel på en aktsomhetsvurdering var når merkeleverandøren Samsung valgte å stoppe et samarbeid med en underleverandør midlertidig fordi denne underleverandøren benyttet seg av barnearbeidere.¹⁶ Ved bruk av tilbakeholdsrett gis partene adgang til å holde tilbake sin ytelse når medkontrahenten ikke handler i tråd med avtalen.¹⁷ Virksomheten kan benytte seg av tilbakeholdsretten dersom den har sikret seg med rettslige mekanismer overfor medkontrahenten og medkontrahenten ikke handler i tråd med bærekraftspliktene i kontrakten.

2.3.4 Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 5?

Plikten til å offentliggjøre redegjørelse for aktsomhetsvurderingene som virksomheten utfører i tråd med åpenhetsloven § 4 blir regulert i § 5. Bestemmelsen fastsetter hvilke krav som settes til innholdet i redegjørelsen, hvordan og når den skal offentliggjøres.

¹⁴ OECD, 2018, s. 78.

¹⁵ Lisboatraktaten, artikkel 5 nr. 4.

¹⁶ Tek.no, 2022.

¹⁷ Hallsteinsen, 2018, s. 394.

Av første ledd i gjeldende bestemmelse kommer det frem at virksomheten skal offentliggjøre en redegjørelse for aktsomhetsvurderingene de utfører etter reglene i åpenhetsloven § 4. Ordlyden «offentliggjøre en redegjørelse for aktsomhetsvurderingene» tilsier at redegjørelsen skal gjøres tilgjengelig for allmennheten. Ordlyden «for» viser til at § 5 skal ses på som en forlengelse av innholdet i § 4, og at åpenhetsloven § 5 er den delen av aktsomhetsvurderingen som er knyttet til at omverden får kunnskap om hvilke tiltak virksomheter gjør for å redusere negativ risiko. Tonstad støtter denne tolkningen i lovkommentaren.¹⁸ Hensikten med bestemmelsen antas å være et bidrag til å tilgjengeliggjøre aktsomhetsvurderingene virksomhetene gjør. Tilgjengeliggjøringen vil gjøre aktsomhetsvurderingene etterprøvable, i tillegg kan tilgjengeligheten styrke virksomhetens tillit.¹⁹ Hvis virksomheten ikke tilgjengeliggjør aktsomhetsvurderingene, vil virksomheten stå overfor en reputasjonsrisiko.

Virksomheten kan publisere mer informasjon dersom de ser på det som ønskelig.²⁰ Av den grunn må redegjørelsen av informasjonen som må offentliggjøres, anses som et minstekrav.²¹ Unntaksvis trenger ikke virksomheter som er datterselskap, å publisere egne aktsomhetsvurderinger.²² Forutsetningen er at datterselskapet henviser til morselskapets aktsomhetsvurderinger, som i tilstrekkelig grad representerer samme aktsomhetsvurderinger som datterselskapet. Unntaket gjelder også for virksomheter som har større medkontrahtenter. Disse kan henvise til medkontrahtentenes aktsomhetsvurderinger.²³

Ordlyden «generell beskrivelse» i bokstav a tilsier at informasjonen som offentliggjøres må samsvare med pliktene i åpenhetsloven § 4. Ifølge forarbeidene må en generell beskrivelse inneholde en «omtale av hvordan virksomheten er organisert, hva slags produkter og tjenester virksomheten tilbyr, markeder virksomheten opererer i, hvordan virksomheten har forankret arbeidet med menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i interne retningslinjer og rutiner, samt informasjon om varslingskanaler og klagemekanismer».²⁴ Informasjonen i

¹⁸ Kristel Tonstad for Karnov, 2022, kommentar 1 til § 5.

¹⁹ Prop. 150 L (2020-2021) s. 69.

²⁰ Prop. 150 L (2020-2021) s. 111.

²¹ Kristel Tonstad for Karnov, 2022, punkt 2 § 5.

²² Prop. 150 L (2020-2021) s. 70.

²³ Prop. 150 L (2020-2021) s. 67.

²⁴ Prop. 150 L (2020-2021) s. 111.

redegjørelsen kan gjøre det enklere for en forbruker å stille informasjonsspørsmål, jf. åpenhetsloven § 6.

Ordlyden «vesentlig risiko» i bokstav b tilsier at redegjørelsen må gi en opplysning om faktisk negativ risiko virksomheten kan bidra til. Hensikten med å oppgi denne informasjonen er å gi offentligheten en fremstilling av risikokartlegging og risikoområder.²⁵ Siden ordlyden beskriver at risikoen skal være vesentlig, er det ikke nødvendig å oppgi all risiko virksomheten opplever. I slike tilfeller hvor forretningsforbindelsene må oppgis, bør virksomheten gjøre en vurdering om den vil navngi sine forretningsforbindelser. Derfor må virksomheten sikre seg overfor forretningsforbindelsene for å ha denne informasjonen tilgjengelig slik at virksomheten kan foreta valget selv.²⁶ Hvor forretningsforbindelsen selv har plikt til å redegjøre for aktsomhetsvurderingene, kan virksomheten hen vise til disse, dersom de gir et dekkende bilde av aktsomhetsvurderingene til virksomheten.²⁷ Hva virksomheten anser som en risiko, må den gjøre en selvstendig vurdering over. Vurderingen er en del av virksomhetens aktsomhetsvurdering og den skal fremgå av redegjørelsen.

Virksomhetene må offentliggjøre aktsomhetsvurderingene de har foretatt på nettsiden sin innen 30. juni hvert år. Unntaksvis må de endre nettsiden hvis de har gjort vesentlige endringer i risikovurderingene sine.²⁸

Ordlyden «tiltak som virksomheten har iverksatt eller planlegger å iverksette» i bokstav c viser til at virksomheten må gjøre en selvstendig vurdering ut fra hvilke prioriteringer de gjør av nødvendige tiltak. Eksempler på tiltak vil være å ha interessentdialog med utsatte grupper slik som urfolksgrupper.²⁹ Ordlyden «resultatet eller forventede resultater» tilsier at virksomheten må vise til hvordan den konkret har bidratt eller forventes å bidra for å begrense sin negative påvirkning.³⁰

²⁵ Kristel Tonstad for Karnov, 2022, punkt 4 § 5.

²⁶ Kristel Tonstad for Karnov, 2022, punkt 4 § 5.

²⁷ Prop. 150 L (2020-2021) s. 70.

²⁸ Åpenhetsloven § 5 tredje ledd første punktum.

²⁹ Prop. 150 L (2020-2021) s. 67.

³⁰ Prop. 150 L (2020-2021) s. 111.

I virksomhetens årlige redegjørelse bør det komme frem at virksomheten er observant på hvem de samarbeider med, og at de tar informerte valg i utvelgelsen av medkontrahtenter. Begrunnelsen er at virksomheten som omfattes av loven, kan identifiseres med de som ikke omfattes av loven, jf. åpenhetsloven § 4 bokstav c-d.

2.3.5 Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 6?

Paragraf 6 regulerer enhver persons rett til informasjon «fra en virksomhet som omfattes av loven om hvordan virksomheten håndterer faktiske og mulige negative konsekvenser etter § 4». Samt virksomhetens plikt til å svare på informasjonsspørsmålene «enhver» stiller. Ordlyden «skriftlig forespørsel» tilsier at «enhver» med et informasjonsspørsmål må fremlegge det skriftlig for å få svar. Virksomheten må derfor tilgjengeliggjøre på nettsiden sin hvor de ønsker å få tilsendt informasjonsspørsmålene.³¹

Informasjonsspørsmålene kan både gjelde «generell informasjon» eller «informasjon knyttet til en særskilt vare eller tjeneste». Den generelle informasjonen lettere tilgjengelig, enn informasjonen knyttet til en særskilt vare eller tjeneste. Den særskilte informasjonen som det stilles informasjonsspørsmål til er ikke nødvendigvis en del av virksomhetens prioritering. Informasjonskravene kan derfor knytte seg til andre forhold enn de forholdene virksomheten har prioritert å redegjøre for etter reglene i åpenhetsloven § 5. Derfor gir åpenhetsloven § 6 virksomheten en plikt om å gjøre ytterligere undersøkelser dersom virksomheten ikke hadde informasjonen som ble forespurt tilgjengelig.³²

Flere grunner som kan føre til avslag av informasjonsspørsmålet kommer frem i åpenhetsloven § 6 annet ledd. «Retten til informasjon omfatter ikke informasjon som er gradert etter sikkerhetsloven eller beskyttet etter åndsverkloven», jf. åpenhetsloven § 6 fjerde ledd. Hvis virksomheten bare kan svare delvis på et spørsmål er det bedre å svare delvis, enn å ikke svare i det hele tatt. Grunnen til dette er at det kan være informasjon som må unntas fra deling etter reglene i åpenhetsloven § 6 annet ledd. Hvis svaret inneholder noe som er taushetsbelagt, kan det sensureres. Et eksempel kan være informasjon «om et produksjonsforhold som virksomheten ikke har prioritert, eller uforutsette hendelser som har oppstått på et

³¹ Prop. 150 L (2020-2021) s. 112.

³² Kristel Tonstad for Karnov, 2022, punkt 1 § til § 6.

produksjonssted».³³ I slike tilfeller er det mer krevende for virksomheten å skaffe informasjon til å besvare informasjonsspørsmålet. Hensikten med å gi utenforstående mulighet til å stille informasjonsspørsmål er at de skal få kunnskap om informasjon som ikke er lett tilgjengelig. Dersom de får et svar som delvis svarer på det de ønsker kunnskap om, anses det som bedre enn at de ikke får noe som helst svar.

Klagene KMI-2021-7, KMI-2021-14, KMI-2021-15 og KMI-2021-19 dreier seg om anvendelsen av åpenhetsloven og innhenting av informasjonsspørsmål. Ut fra disse klagene kan en se at forbruker kan kreve informasjon fra de som omfattes av åpenhetsloven, og de som er omfattet må derfor forespørre medkontrahenter og underentreprenører om informasjonsspørsmålet. Medkontrahenter og underentreprenører som ikke omfattes av loven er ikke forpliktet til å svare på noen informasjonsspørsmål etter reglene i åpenhetsloven.

2.3.6 Hvilke plikter følger av åpenhetsloven § 12?

Av åpenhetsloven § 12 kommer det frem at myndighetene kan nedlegge forbud og gi påbud for å sikre at §§ 4 til 7 overholdes. Ordlyden tilsier at myndighetene gis plikt til å undersøke om virksomheter handler tilstrekkelig bærekraftig etter åpenhetsloven og myndighetene har kompetanse til å kreve konkrete tiltak fra virksomheten for å redusere negativ påvirkning.

2.4 Ansvarsfraskrivelse

I klagesaken KMI-2022-19 blir det uttalt at «nemnda kom til at H&M Norge har plikt til å gi klager informasjon om hvilke områder bomullen som brukes i deres produkter kommer fra dersom informasjonen er tilgjengelig». Hvis de ikke har informasjonen plikter de å rette forespørsel til det aktuelle salgsledd dersom HM Norge selv ikke har informasjonen. Dersom informasjonen etter en slik henvendelse blir tilgjengelig, må de utlevere den til klager.

Når virksomheten inngår samarbeid med en medkontrahent som har flere underentreprenører og som virksomheten har lite kommunikasjon med, kan det være enklere å videreføre ansvaret om å foreta aktsomhetsvurderinger til de kontra å utføre kontroller og lignende for å forsikre seg om at medkontrahenten følger de avtalte pliktene i kontrakten. Hvis det er snakk om å besvare informasjonsspørsmål, er det enkelt å videresende dette og gi noen andre ansvaret for å besvare spørsmålet. En slik tilnærming vil føre til at for eksempel forbrukeren aldri får svar

³³ Prop. 150 L (2020-2021) s. 112.

på hvor bomullen i genseren er fra. Det kan kort bemerkes at dersom en kjede har unnlatt å skrive hvor for eksempel bomullen er fra eller hvilket land produktet er produsert, er det en pekepinn på at forholdene på plassen produktet blir produsert ikke er som det bør og det gir en indikasjon på at det foreligger brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Ansvar for aktsomhetsvurderinger er ikke ment å flyttes over på en annen virksomhet.³⁴ Selv om virksomheten kan få medkontrahenter til å utføre aktsomhetsvurderinger er det fortsatt virksomheten som skal ha ansvaret for at aktsomhetsvurderingene blir gjort.

3 Generelt om kontraktsrett som metode til å sikre virksomheten

3.1 Direkte og indirekte virkninger

Selv om virksomhetens medkontrahent ikke omfattes av åpenhetsloven, kan den likevel gjennom kontrakt være forpliktet til å opptre i tråd med pliktbestemmelsene som følger av åpenhetsloven.

Indirekte kan medkontrahenter bli påvirket av åpenhetsloven ved at bærekraft blir sett på som en stigende populærkultur. Selskaper som opptre bærekraftig vil være mer investeringsverdige, da det er dyrere å være bærekraftig siden det krever tidsmessige og økonomiske ressurser.³⁵ Selskaper som ikke omfattes direkte av åpenhetsloven, må likevel forholde seg til krav oppstilt av virksomheter hvis de inngår avtale om dette i kontrakt. Manglende vilje eller evne til å innrette seg og være en bærekraftig underentreprenør, kan bety at færre vil inngå avtale med dem.

3.2 Forretningsforhold uten direkte kontraktsrettslig tilknytning

Når medkontrahenten er mellomledet til virksomheten og underentreprenøren har ikke virksomheten direkte kontraktsrettslig tilknytning til underentreprenøren. I slike tilfeller må virksomheten gjøre tiltak for å påvirke underentreprenøren til å foreta aktsomhetsvurderinger.

³⁴ NHO, 2022, s. 60.

³⁵ E24, 2022.

Det bør virksomheten gjøre ved å binde medkontrahenten til å gi virksomheten påvirkningskraft på underentreprenøren.

For eksempel for elektronikkbedrifter som har leverandører som driver med utvinning av mineraler, foreligger det høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.³⁶ Elektronikkbedrifter har ofte ikke et direkte kontraktsforhold med disse underentreprenørene og det kan være problematisk å forholde seg til disse, da deres utvinning av mineraler har noe å si for hvor ansvarlig elektronikkbedriften er. Det er virksomheten som omfattes av åpenhetsloven, som har ansvar for å sikre at forretningsforbindelsene opptrer ansvarlig og etisk. Derfor bør de avdekke om forretningsforbindelsene er i en høyrisikosone.

Virksomhetene bør skaffe seg en indirekte påvirkning på forretningsforbindelser de ikke har kontraktsforhold til. Virksomheten bør sette krav om at mellomledet må være kritiske til hvem de inngår kontrakt med, og at medkontrahenten må stille krav i kontrakt til sine underentreprenører. Eventuelt bør virksomhetene undersøke om det finnes andre tilbydere av mineraler som mellomledet heller kan inngå kontrakt med, eller undersøke hvilke tiltak som kan gjøres for å redusere den negative risikoen underentreprenøren har.

Medkontrahenten bør skaffe informasjon som er nødvendig for at virksomheten kan vurdere risikoen knyttet til at underentreprenøren befinner seg i en høyrisikogruppe for brudd på pliktbestemmelsene i åpenhetsloven.³⁷ På denne måten kan de få informasjon og deretter gjøre tiltak for å sikre seg overfor en kontraktsforbindelse de ikke har direkte tilknytning til, jf. åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav c-e. Virksomheten kan også bestille en vurdering av felles forretningsforbindelser fra en tredjepart for å kartlegge risikoen.³⁸

Flere virksomheter med samme underentreprenør kan slå seg sammen for å utarbeide en felles rapporteringsmal for den indirekte forretningsforbindelsen. Deretter bør virksomhetene i samråd utvikle krav til ansvarlighet overfor underentreprenøren, ut fra de resultater de hentet fra rapporteringen. Potensielt vil tiltakene være med på å skape et press for at forretningsleddet skal handle på en mer ansvarlig måte fremover. Når en underleverandør ikke vil opptre mer

³⁶ OECD, 2018, s. 66.

³⁷ OECD, 2018, s. 68.

³⁸ OECD, 2018, s. 68.

bærekraftig står den overfor en risiko for å miste samarbeidspartnere, som kan ødelegge dens renommé.

Virksomheten kan lage en sporbarhetsordning hvor de kan synliggjøre hele leverandørkjede.³⁹ Dette kan de gjøre ved å opparbeide kontrollpunkter i leverandørkjeden. Eksempelvis kan de ansette noen i en spesifikk rolle for å gjøre slike undersøkelser.

Hvor problemet ligger hos en forretningsforbindelse virksomheten ikke har kontraktsforhold med kan den for det første kreve at medkontrahenten finner en underentreprenør som virksomheten har forhåndsgodkjent. For det andre velge å inngå kontrakter med andre medkontrahenter som omfattes av åpenhetsloven. For det tredje bør virksomheten kreve av medkontrahenten at de trenger å ha direkte kontakt med eller tilgang til hvilke prosesser forretningsforbindelsen har og gjør, for å forebygge skade.⁴⁰

3.3 Hvordan kan virksomheten skaffe seg påvirkningskraft overfor medkontrahenter?

3.3.1 Virksomheter med stor påvirkningskraft på sine medkontrahenter

Aktsomhetsvurderingene virksomhetene må foreta seg kan variere ut fra hvilken påvirkningskraft de har på medkontrahenten. Uansett hvilken påvirkningskraft virksomheten har på medkontrahenten er virksomheten pliktig å gjøre aktsomhetsvurderinger.⁴¹

Typiske kjennetegn på tilfeller hvor virksomheter har stor påvirkningskraft på sin medkontrahent er hvis de har direkte kontroll over forretningsforholdet gjennom eierskap i medkontrahentens selskap, har et langsiktig forretningsforhold med medkontrahenten og virksomheten står for en betydelig andel av medkontrahentens inntjening.⁴²

Aktsomhetsvurderinger virksomheter kan gjøre ut fra at de har stor påvirkningskraft på medkontrahent er for det første å innlemme forventningene virksomheten har til medkontrahenten i kontrakten rundt å forebygge og avbøte skader, gi de støtte til opplæring.

³⁹ OECD, 2018, s. 68.

⁴⁰ OECD, 2018, s. 81.

⁴¹ OECDs sektorveileder for sko og kles-bransjen, 2017, s. 78.

⁴² OECDs sektorveileder for sko og kles-bransjen, 2017, s. 78.

Her kan de bruke påvirkningskraften på at de har et kontinuerlig arbeid for å forebygge mot pliktbrudd og fremme bærekraft.⁴³

3.3.2 Virksomheter med middels påvirkningskraft på sine medkontrahtenter

Typiske kjennetegn på virksomheter med middels påvirkningskraft på sine medkontrahtenter er at de ikke har direkte kontrakt, har et kortsiktig forretningsforhold og utgjør en ubetydelig andel av inntjeningen til medkontrahtenten.⁴⁴

Aktsomhetsvurderinger virksomheten kan foreta seg er å øke påvirkningskraften de har på medkontrahtenten. Det kan virksomheten gjøre ved å inngå avtale om samarbeid for å forebygge og avbøte skade. Virksomheten kan opprette et system som medkontrahtenten følger for å få kontinuerlig kontroll over de prosesser som foretas.⁴⁵ Hvis disse tiltakene ikke fungerer bør virksomheten avslutte forretningsforholdet og finne en annen medkontrahtent virksomheten har større påvirkningskraft på.

3.3.3 Virksomheter med liten påvirkningskraft på sine medkontrahtenter

Typiske kjennetegn på at virksomheten har liten påvirkningskraft på sin medkontrahtent er at medkontrahtenten befinner seg langt fra virksomheten i leverandørkjeden, ved at det eksempelvis er en råvareprodusent.

Aktsomhetsvurderinger virksomheten bør foreta seg er å forplikte forretningsforbindelsene mellom virksomheten og medkontrahtenten de har liten påvirkningskraft på til å sikre seg med de samme rettslige mekanismer overfor den perifere leverandøren. En annen mulighet er å opprette et sporingssystem for å få kontroll på prosessene som blir foretatt. En slik sporing kan gjøre det enklere å foreta kontinuerlige kontroller for å kunne gjøre forbedringer underveis.⁴⁶ I tillegg bør virksomheten bryte forbindelsen for å kunne inngå samarbeid med en medkontrahtent de har større påvirkningskraft på.

Det kan hende at medkontrahtenten er større enn virksomheten selv fordi de ofte har flere bedrifter de skal levere varer eller tjenester til. Hvis leverandøren ikke føler et press rundt å

⁴³ OECDs sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 78.

⁴⁴ OECDs sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 78.

⁴⁵ OECDs sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 78.

⁴⁶ OECDs sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 78.

prestere bærekraftig i større grad, bør virksomhetene gå sammen om å offentliggjøre vurderingen de har av medkontrahenten. En siste utvei er at virksomheten bør rette et direktekrav mot medkontrahenten.⁴⁷

3.4 Hva kan forventes av de som ikke omfattes av åpenhetsloven?

Lovgiverønsket etter innføringen av miljøinformasjonsloven forstås å være starten på etableringen av et allment prinsipp, som går ut på at alle skal kunne, og bør bidra til å verne miljø og seg selv mot helse- og miljøskade, jf. miljøinformasjonsloven § 1.

Det knytter seg en forventning til at de aller fleste næringsdrivende i Norge ønsker å bli identifisert som bærekraftige, bl.a. fordi bærekraft har blitt en populærkultur grunnet flere grønne investeringer. Kostnadene forbundet med dette, kan imidlertid være et motargument.

Åpenhetsloven beskytter forbrukere på den måten at forbrukere kan ta et informativt valg når de utfører kjøp av varer og tjenester. Det er også mulig for forbrukere å påvirke markedet ved å kreve informasjon fra virksomheter som omfattes av åpenhetsloven, etter reglene i åpenhetsloven § 6. Derfor vil åpenhetsloven også beskytte forbruker i den grad at kvaliteten på en vare og tjeneste kan etterprøves. Klagesakene som gjennomgås i avhandlingen gir uttrykk for at forbrukere ønsker å ha tilgang til informasjon om varene og tjenestene de kjøper.⁴⁸ Forbrukerne bør være mer kritiske til det de kjøper og stille informasjonsspørsmål til virksomhetene.

Etter en systembetragtning av regnskapsloven, miljøinformasjonsloven og åpenhetsloven legger lovgiver opp til et samfunnsansvar ved at både forbrukere og virksomheter skal være mer kritiske når det kommer til kjøp av varer og tjenester. Det pålegges et samfunnsansvar om å opptre mer bærekraftig enn tidligere. Det taler for at det forventes at de som ikke omfattes av åpenhetsloven har et mål om å være mer bærekraftige, selv om de ikke har lovpålagte plikter om å gjøre aktsomhetsvurderinger.

⁴⁷ OECD sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 74.

⁴⁸ KMI-2022-19, KMI-2021-7, KMI-2021-14, KMI-2021-15 og KMI-2021-19.

3.5 Er det rimelig at virksomhetene kan sette krav til medkontrahenter?

Virksomheter har avtalefrihet og kan inngå avtale om de forbehold som gjennomgås i avhandlingen, jf. NL 5-1-2. Det anses som en nødvendig forutsetning for virksomhetene å sette forbehold i kontrakt overfor sine forretningsforbindelser, slik at de selv kan etterleve sine plikter gitt av åpenhetsloven. Virksomheten vil beskytte sine interesser, og at avtalen blir gjennomført på en måte som sikrer de ovenfor å ikke få bøter. Det er anerkjent at partene i et kontraktsforhold kan forhandle og avtale seg til å ha forbehold og klausuler i kontrakt. Medkontrahentene kan ende opp med å måtte følge regler som samsvarer med åpenhetsloven, likevel unngår de det ansvaret som er knyttet til myndighetenes bøteleggelse.

Det kan være urimelig å inkludere forbehold i kontrakt, som fører til at de som ikke omfattes av åpenhetsloven likevel må følge åpenhetsloven.⁴⁹ Det er en grunn for at disse selskapene ikke omfattes av loven. Likevel åpner lovgiver for at virksomheter kan sikre seg overfor deres forretningsforbindelser, jf. åpenhetsloven § 4 annet ledd. Medkontrahentene kan miste samarbeidspartnere når de ikke handler i tråd med åpenhetsloven. Grunnen til dette er at virksomheten synes risikoen er for høy til å inngå samarbeid med de som har historikk rundt å handle i strid med åpenhetsloven.

Lovgiverviljen som kommer til uttrykk i åpenhetsloven § 4 annet ledd viser til at forventningene som stilles til en virksomhet må ses i lys av virksomhetens art. Derfor bør virksomhetens krav overfor medkontrahenten stå i stil med medkontrahentens type virksomhet. Virksomheten må vurdere nøye om det er rimelig og nødvendig å sette forbehold i kontrakt, som involverer parter som ikke omfattes av åpenhetsloven. Hvis forbehold skal bli inkludert i kontrakt, må de være klare og tydeligere, samt inneholde begrensninger for når de kan brukes.

Forbeholdene som blir satt bør være rimelige og proporsjonale i forhold til avtalens karakter og formål. Samtidig ses i tråd med samarbeidspartens ressurser og størrelse. I tillegg gi et forholdsmessig tilbud i forhold til hva andre mulige medkontrahenter kan tilby. Krav til medkontrahentens opptreden må vurderes etter konkurransereglene, og likt som en anbudskonkurranse. Virksomheten gjør en aktsomhetsvurdering når den skal velge

⁴⁹ Avtaleloven § 36.

medkontrahent, og bør velge den mest egnede medkontrahenten de kan, etter hva de har ressurser til.

3.6 Inngåelse om tariffavtale

Tariffavtalen følger offentlige reguleringer og øker hvert år i tråd med konsumprisindeksen. En aktsomhetsvurdering for å sikre at arbeidstakerne har et minstevern for lønnsrettigheter og arbeidsvilkår, kan virksomheten innføre tariffavtale i kontrakten med den ansatte. Virksomheten bør sette krav til medkontrahenten om at medkontrahenten må innføre et system som inneholder en tariffordning. Dette bidrar til at virksomheten handler i tråd med åpenhetsloven.

3.7 Endring av norsk standard kontrakter

Flere bransjer benytter seg av NS-kontrakter. Disse kontraktene er ferdig utarbeidede standardkontrakter, som ulike bransjer kan benytte seg av. Innenfor ulike bransjer kan det være hensiktsmessig at det blir laget nye NS kontrakter, som inkluderer de forbehold som gjennomgås i avhandlingen. Da blir det enklere for bransjer, som kanskje ikke har jurister, å utføre aktsomhetsvurderinger i tråd med åpenhetsloven. I tillegg vil kontraktene tilpasses de ulike bransjene, som har ulike krav av hva som kan forventes av de etter reglene i åpenhetsloven § 4 annet ledd.

I tillegg til å lage nye NS kontrakter, kan også virksomheter gå sammen om å lage en standard tilleggskontrakt. Det kan de gjøre ved å slå seg sammen med flere store virksomheter for å skape en felles rapporteringsstandard. De kan gi faglig veiledning i form av opplæring og oppgradering av styringssystemer. De kan utarbeide et system som skaper kontakt mellom forretningsforbindelser og tilrettelegge for finansiering til forretningsforbindelser for å hjelpe å gjennomføre forbedringsplaner gjennom direkte finansiering, lavrentelån, garantier for fremtidig handel og hjelp til å sikre finansiering.⁵⁰ Virksomheten kan legge til rette for at leverandøren kan utvikle seg. Det antas at virksomheten ønsker å bruke ressurser på å forbedre sine medkontrahenter slik at de kan ha et langsiktig kontraktsforhold. Hvis virksomheten investerer ressurser i medkontrahentens selskap, kan virksomheten sikre seg ved å for eksempel kjøpe aksjer i medkontrahentens selskap slik at virksomheten kan få utbytte.

⁵⁰ OECD, 2018, s. 80.

3.8 Opparbeide et lignende trafikklyssystem som blir benyttet innenfor kartlegging av miljøtilstanden i oppdrettsanlegg

For å kartlegge i hvilken grad selskaper forholder seg til åpenhetsloven, kan det utarbeides et lignende trafikklyssystem for bærekraft i virksomheter som blir benyttet innenfor kartlegging av miljøtilstanden i oppdrettsanlegg, se straks nedenfor. Denne inndelingen ville gitt en enklere oversikt over hvor bærekraftig selskaper er, og hvilke tiltak som må igangsettes for å kunne følge åpenhetsloven i større grad enn selskapet allerede gjør. Virksomheter som omfattes av åpenhetsloven, kan gå sammen om å lage dette systemet og gjøre det til en del av deres aktsomhetsvurderinger. En annen mulighet vil være at det offentlige lager reguleringen og kontrollerer reguleringen med de samme ressursene som utfører kontrollerer av virksomhetene sine aktsomhetsvurderinger.

Oppdrettsanlegg får en kategorisering basert på miljøtilstanden rundt anlegget. Det som måler miljøtilstanden på oppdrettsanlegget, er risikoen for lakslusinfeksjoner på oppdrettsfisken og spredning av oppdrettsfisken til villaksbestander.⁵¹ Kategoriseringen er basert på et trafikklyssystem, hvor fargekoden rød tilsier at oppdrettsanlegget må stanse eller redusere produksjonsnivået på oppdrettsfisk i oppdrettsanlegget, fordi det er dårlig miljøtilstand i oppdrettsanlegget. Fargekoden gul tilsier at produksjonsnivået av oppdrettslaks kan opprettholdes eller økes gradvis, fordi miljøtilstanden er moderat. Fargekoden grønn tilsier at produksjonsnivået av oppdrettslaks kan økes fordi det er god miljøtilstand i oppdrettsanlegget.

Trafikklyssystemet kan innføres i rettsområdet knyttet til bærekraft innenfor kontrakter, for å eksempelvis kartlegge risikoen på investeringer, og gjøre det enklere for virksomhetene ved at de kan inngå samarbeid med medkontrahenter etter hvilken plassering de har i trafikklyssystemet. Rød fargekode kan for eksempel være en indikasjon på at medkontrahenten ikke respekterer «grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold i forbindelse med produksjon av varer og levering av tjenester».⁵² Virksomheten bør derfor ikke inngå samarbeid med det røde selskapet, eller stanse samarbeidet med selskapet, for å unngå å bli identifisert med selskapets brudd på åpenhetsloven. Gul fargekode kan fungere som en indikasjon på at selskapet har en delvis respekt for grunnleggende menneskerettigheter og

⁵¹ Regjeringen, 2022.

⁵² Jf. Åpenhetsloven av 15. juni 2018 nr. 45.

anstendige arbeidsforhold, og at virksomheten bør være varsom med å inngå samarbeid med medkontrahtenten, eller iverksette tiltak som gjør at det gule selskapet blir mer grønt. Grønn fargekode kan fungere som en indikasjon på at selskapet har respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, og at virksomheten kan ha et trygt samarbeid med det grønne selskapet. De kan fortsette det eventuelle samarbeidet med de samme tiltak som allerede er igangsatt.

Trafikklyssystemet kan på samme måte brukes innenfor flere av pliktene som jeg gikk gjennom i kapittel 2. I forhold til aktsomhetsvurderinger kan trafikklyssystemet være indikasjon på i hvilken grad medkontrahtenten utfører disse. Selskapet kan for det første skaffe seg en indikasjon om i hvilken grad medkontrahtenten utfører aktsomhetsvurderinger de har blitt pålagt gjennom kontrakt. For det andre hvorvidt de besvarer og behandler informasjonskrav fra utenforstående. For det tredje tidligere historikk rundt om de har foretatt kontraktsbrudd for lignende avvik. Til slutt i hvilken grad de har fulgt sin opplysningsplikt i tidligere samarbeid.

3.9 Kontrollpunkter i leverandørkjeden

I noen tilfeller kan det være vanskelig å kontrollere hvor i leverandørkjeden skaden har skjedd eller hvor det er størst risiko for at skade oppstår. I denne forbindelsen bør virksomheten anskaffe eksempelvis en agent for å ha en kontrollføring ved overgangen av leverandørleddene. I tilfeller hvor en slik sikring ikke gjøres må virksomheten hefte for leverandørkjedens negative påvirkning på tilsvarende måte som arbeidsgiver hefter for en ansatts kumulative og anonyme feil.⁵³ Virksomhetene bør inngå kontrakter med bedrifter som opererer som kontrollpunkt i deler av leverandørkjeden. Dette bør gjøres for å identifisere at virksomhetens standarder og retningslinjer blir etterfulgt og eventuelt gjøre det enklere å håndtere risikoer hvis de oppstår.⁵⁴

Det forventes at det er vanskeligere for virksomheter med mange ledd i leverandørkjedene å opprette et system for å kunne føre kontroll over pliktene de har etter åpenhetsloven grunnet at det er flere parters handlinger de må ha oversikt over. Eksempel på slike bransjer er bygg-, anlegg- og eiendomsbransjen. De er avhengig av å få produktene sine fra ulike leverandører og det kan forventes at slike bransjer ikke gjør like grundige undersøkelser av medkontrahtentene sine grunnet hensynet til effektivitet, på grunn av risiko for dagsmulkt. Det bidrar til skapelse

⁵³ Skadeerstatningsloven § 2-1.

⁵⁴ OECD, 2018, s. 69.

av press på å få bygninger ferdigstilt i tide. Graden av grundighet skal «stå i forhold til virksomhetens størrelse, virksomhetens art, konteksten av virksomheten finner sted i, og alvorlighetsgraden av, og sannsynligheten for, negative konsekvenser for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold», jf. åpenhetsloven § 4 annet ledd. Følgene for aktører i bransjen er derfor lavere enn andre, og det er også en lavere risiko for bruk av pliktbestemmelsene som følger av åpenhetsloven, i forhold til eksempelvis elektronikk og tekstilbransjen.⁵⁵

4 Virksomhetenes faktiske muligheter før kontrakt inngås

4.1 Forholdet mellom virksomhetens opplysningsplikt og medkontrahentens lojalitetsplikt

4.1.1 Hvorvidt virksomheten kan utføre undersøkelser av medkontrahenten

Før partene inngår en avtale har virksomheten som omfattes av åpenhetsloven plikt til å utføre tilstrekkelig undersøkelse av medkontrahenten de ønsker å inngå avtale med.⁵⁶ På den ene siden har vi virksomhetens undersøkelsesplikt. På den andre siden har vi medkontrahentens lojalitetsplikt og opplysningsplikt overfor virksomheten.

Hovedregelen er at partene selv har hovedansvaret for å ivareta ens egne interesser.⁵⁷ Dermed bør virksomheten selv gjøre undersøkelser om den mulige medkontrahenten er kapable for å bli pålagt samme type plikter som åpenhetsloven gir, for å se om medkontrahenten er egnet til å oppfylle ønsket kontrakt. Hvis de ikke er det, kan for eksempel virksomheten bidra med ressurser slik at det er mulig for medkontrahenten å fullføre avtalen i større grad.

Undersøkelsesplikten kommer til uttrykk i kjøpsloven § 20 annet ledd. Etter ordlyden i kjøpsloven kan ikke kjøperen gjøre gjeldende mangel han «burde ha oppdaget ved undersøkelsen, med mindre selgeren har handlet grovt aktløst eller ellers i strid med redelighet og god tro». Bestemmelsen er knyttet til plikten om å foreta undersøkelse av en salgsgjenstand. Problemstillingen avhandlingen berører strekker seg lengre enn bestemmelsens rådighet, fordi

⁵⁵ Bahr, 2021, punkt 11.3.1.

⁵⁶ Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b og Hallsteinsen, 2018, s. 317.

⁵⁷ Hallsteinsen, 2018, s. 317.

en undersøkelse av en medkontrahent for å vurdere om det skal inngås et kontraktsforhold anses som mer omfattende enn å undersøke en vare eller tjeneste på et ordinært kjøp. Likevel skal det undersøkes om virksomheten kan benytte seg av undersøkelsesplikten for å se om medkontrahenten egner seg som deres kontraktsforbindelse.

Avtaleloven § 33 omhandler at en avtale er ugyldig dersom den er urimelig å gjennomføre. Bestemmelsens ordlyd tolkes dit hen at partene bør ha mulighet til å kunne skaffe seg informasjon om forhold de anses som nødvendig å ha kunnskap om for å inngå kontrakt, med den begrunnelse at avtl. § 33 viser til forhold som gjør en kontrakt ugyldig. Om virksomhetens mulige fremtidige kontraktspart har ressurser til å utleve forpliktelser virksomheten har til medkontrahenten, anses som et nødvendig kunnskapsbehov å ha før kontraktsinngåelse. Likevel knytter det seg tvil til om undersøkelsesplikten kan strekke seg så langt som kunnskapsbehovet til virksomheten rekker.

Før samarbeidet inngås gjøre en grundig undersøkelse av den eventuelle medkontrahenten om faktiske negative konsekvenser og vesentlig risiko, for å sikres overfor åpenhetsloven. Her bør virksomheten se på den eventuelle medkontrahentens omdømme, historie, finansielle situasjon og eventuelle tidligere brudd på åpenhetsloven.⁵⁸

Hvorvidt undersøkelsesplikten strekker seg må ses i lys av ordlyden i åpenhetsloven § 4 hvor det kommer frem at aktsomhetsvurderingene skal utføres regelmessig og stå i forhold til virksomhetens art. Ut fra ordlyden i bestemmelsen kan det trekkes en linje til hvorvidt undersøkelsesplikten skal gå. Hvis virksomheten har få ressurser å bruke på å foreta undersøkelser bør det ikke forventes at virksomheten skal foreta undersøkelser som strekker seg lengre enn ressursene de har tilgjengelig. I prop. 150 L (2020-2021) på side 55 har BNL kommet med en bemerkning om at «virksomheter som kjøper varer som allerede er importert har ... ikke de samme mulighetene til å påvirke selve leverandørkjeden» og at «små bedrifter som ikke selv importerer varer, vil ha en begrenset undersøkelsesplikt». På samme side står det at det heller ikke er klart hva konsekvensene blir for en slik bedrift. Forarbeidet støtter sammenligningen min med at undersøkelsesplikten må tolkes i tråd med åpenhetsloven § 4 annet ledd.

⁵⁸ Prop. 150 L (2020–2021) s. 70.

4.1.2 Kan medkontrahtenten pålegges plikter etter reglene om lojalitetsplikt, og hva innebærer eventuelt en slik plikt?

Det er et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp at forretningspartnere har en lojalitetsplikt overfor hverandre.⁵⁹ Partene skal ikke aktsomt utføre handlinger som kan skade den andre parten og de skal opptre etter reglene om god forretningsskikk. Selv om medkontrahtenten ikke blir pålagt noen plikter gjennom lov, kommer alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper til anvendelse, og kontraktspartene må derfor opptre lojalt før, under og etter samarbeidet.⁶⁰

Lojalitetspliktens betydning for oppgaven er at den kan være en bidragsyter til god kommunikasjon mellom avtalepartene. Hvis begge parter er lojale ved å dele informasjon om negative påvirkningsfaktorer, som partene har kunnskap om, vil det bidra til at virksomheten kan utføre sine lovpålagte plikter.

På den ene siden kan det ikke forventes at selskapet som ikke omfattes av loven skal være oppdatert på hvilke krav åpenhetsloven stiller. Det kan ikke regnes med at aktsomhetsvurderinger er en prioritering for de som ikke omfattes av åpenhetsloven. Lojalitetsplikten knytter seg til at dersom partene får kunnskap om en faktor de antar vil være relevant for den andre parten å vite, bør de videreformidle denne kunnskapen til den andre parten. Hvis medkontrahtenten får kunnskap om de plikter virksomheten ønsker at samarbeidspartneren skal følge, vil medkontrahtenten få et inntrykk av hvilke forventninger den pålegges og kan dermed gi opplysning om hvorvidt de har ressurser til å bidra i aktsomhetsvurderingene.

Lojalitetsplikten forventes å bli pulverisert desto lengre ut i leverandørkjeden forretningsforbindelsen de ønsker lojalitet fra befinner seg.

4.1.3 Har medkontrahtenten en opplysningsplikt?

Spørsmålet er om selskaper som ikke omfattes av åpenhetsloven har en ulovfestet opplysningsplikt om hvorvidt de har mulighet til å opptre bærekraftig, i den grad virksomheten trenger for å fullbyrde sine plikter etter åpenhetsloven.

⁵⁹ Hallsteinsen, 2018, s. 117.

⁶⁰ Rt. 1988 s. 1078.

Opplysningsplikten er et obligasjonsrettslig prinsipp som kommer til uttrykk i avtaleloven § 33, kjøpsloven §§ 18 og 19 og avhendingslova §§ 3-7 og 3-8.⁶¹ Opplysningsplikten er et unntak fra hovedregelen om at partene selv har hovedansvaret for å ivareta ens egne interesser.⁶² Opplysningsplikten er en forlengelse av lojalitetsplikten, hvor partene skal gi hverandre informasjon om forhold de anser den andre parten ønsker kunnskap om.⁶³ Partene skal gi hverandre den nødvendige informasjon for å innfri avtalen.

Informasjonen kan for eksempel være knyttet til forhold den andre parten bør ha kunnskap om, avhengig av hva kontrakten går ut på. I tilfeller som omhandler bærekraft bør partene være ærlige om det er stor eller liten sannsynlighet for at de klarer å oppfylle pliktene som fremstilles i kontrakten. Hvis avtalen er inngått på grunnlag av uriktige opplysninger kan avtalen oppheves.⁶⁴ Slike tilfeller kan oppstå der partene har gitt hverandre en falsk forventning.

Opplysningsplikten gjelder bare for forhold som ikke er åpenbare og som i begrenset grad er tilgjengelig for den andre parten.⁶⁵ Derfor kan det heller ikke forventes at medkontrahenten selv skal ha kunnskap om hvilke forhold det er ønskelig for virksomheten å ha informasjon om. Likevel har virksomheten presentert hvilke plikter de ønsker at medkontrahenten skal oppfylle i kontrakten og medkontrahenten får således et inntrykk av hvilke forhold de bør gjøre virksomheten oppmerksom på.

Prioriteringen den mulige medkontrahenten har når det kommer til å redusere negativ påvirkning er ikke åpenbar og det anses som vanskelig for den andre avtaleparten å tilegne seg slik informasjon uten at parten deler denne informasjonen selv. Derfor er god kommunikasjon og god forretningsskikk viktig i en avtaleinngåelsesprosess. Det er viktig for virksomheten å få kartlagt informasjonen slik at virksomheten kan gjøre en aktsomhetsvurdering og prioriteringer ut fra informasjonen den mulige medkontrahenten gir opplysning om. Virksomheten bør være innstilt på at det er vanskelig å unngå alle former for negativ påvirkning og bør derfor dele en

⁶¹ Hallsteinsen, 2018, s. 257.

⁶² Hallsteinsen, 2018, s. 317.

⁶³ Hallsteinsen, 2018, s. 275

⁶⁴ Hagstrøm, 2019, s. 72.

⁶⁵ Hallsteinsen, 2018, s. 280-281; Stang, 1897, s. 601.

slik innstilling til medkontrahtenter for å gi uttrykk for at de er mottakelige for en åpen kommunikasjon.

4.1.4 Konklusjon

Ut fra hensynet om at partene skal utvise god forretningsskikk er det viktig at partene har en åpen kommunikasjon. Grønnvasking, som er en problematikk, kan unngås fordi virksomheten viser seg behjelpelig ved å utvise god kommunikasjon overfor den mulige medkontrahtenten og da vil medkontrahtenten med større sannsynlighet unngå å skjule informasjon om mulig negativ risiko. Manglende oppfyllelse av undersøkelsesplikten kan eksempelvis føre til økonomisk tap og erstatningsansvar. Hvis virksomheten ikke har utført tilstrekkelig undersøkelse kan de risikere å være medvirkende i misligholdet til medkontrahtenten. Det kan føre til at virksomhetens mulige krav om å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende må sløyfes.

Formålet med undersøkelsesplikten er å sikre at beslutninger er basert på et tilstrekkelig grunnlag, slik at virksomheten er klar over hva den eventuelle medkontrahtenten er tilbyder av. At virksomheten har tilstrekkelig med informasjon om medkontrahtenten, fører også til at det blir enklere for den å innfri avtalen da de er klar over alle fakta i saken. Likevel må undersøkelsesplikten og opplysningsplikten må ses i sammenheng fordi kjøper har ikke tilgang til å undersøke alt de er på utkikk etter å ha kunnskap om. Virksomheten ønsker blant annet kunnskap om den mulige medkontrahtentens prioritering av å opptre bærekraftig. Virksomheten er begrenset til å gjøre en undersøkelse av medkontrahtentens prioriteringer om å opptre bærekraftig og utføre aktsomhetsvurderinger de i utgangspunktet ikke er forpliktet til å utføre. Grunnen til at en slik undersøkelse er vanskelig for virksomheten å foreta seg er fordi redegjørelsen for medkontrahtentens aktsomhetsvurderinger ikke er tilgjengelig på en offentlig plattform, slik som redegjørelsene av virksomhetenes aktsomhetsvurderinger. For at virksomheten skal ha mulighet til å få opplysninger om medkontrahtentens prioriteringer, må virksomheten ha en fot innenfor medkontrahtentens bedriftsplanlegging. Å ha en slik innsikt i et annet selskap anses å gå utenfor undersøkelsesplikten grenser.

Lojalitetsplikten gir medkontrahtenten ansvar om å underrette den andre parten, dersom et mislighold kan forutses å inntre.⁶⁶ Lojalitetsplikten og undersøkelsesplikten vil sammen bidra til en mer åpen kommunikasjon som er en viktig bidragsyter når det kommer til å redusere

⁶⁶ Hallsteinsen, 2018, s. 117.

negativ påvirkning. Med dette har partene plikt til å opplyse den andre parten om at det er en mulighet for at de ikke kan etterleve de plikter som kommer frem i kontrakt, dersom parten har kunnskap om det. Videre kan partene utforme en kontrakt med en risikofordeling, basert på den informasjonen de utvekslet.

4.2 Tiltak virksomheten kan ta i bruk når de benytter seg av undersøkelsesplikten

Når virksomheter skal benytte seg av undersøkelsesplikten for å vurdere eventuelle forretningsforbindelser, kan virksomheten inngå avtaler om å utføre inspeksjoner knyttet til helse, miljø og sikkerhet, produktsikkerhet og miljøaspekter, ved den mulige medkontrahenten. På denne måten har virksomheten mulighet til å handle lengre enn undersøkelsesplikten. I tillegg er den andre parten med på å godkjenne hvilke undersøkelser virksomheten kan foreta seg.

Inspeksjoner kan inkludere dokumentgjennomganger hvor de kan se hvordan den mulige medkontrahenten overholder bærekraftige rapporteringsstandarder. Virksomheten kan utarbeide rapporteringsstandarder ut fra hvilke krav åpenhetsloven har til virksomheten. Samtidig bør malen følge et minimumskrav og være basert på hva som kan forventes av medkontrahenter som ikke omfattes av åpenhetsloven. Malen kan inneholde pilarer slik som virksomhetsstyring, strategi, påvirkning, risiko, muligheter, mål og metode får å nå målene.⁶⁷

For å få tak i sensitiv og udokumentert informasjon, kan virksomhetene gjennomføre intervjuer med arbeidstakere for å ha fokusgruppediskusjoner hvor det er mer sannsynlig slik informasjon kan komme frem.⁶⁸

Etter inspeksjonen har blitt utført i tråd med avtalen og før partene inngår avtale om samarbeid, må partene avtale hvem som er ansvarlig for å rette opp i de eventuelt uansvarlige og uetiske risikoene som virksomheten oppdaget under inspeksjonen. Det kan utnevnes et ansvarlig leverandørledd, eller flere kan samarbeide for å rette opp handlingen.⁶⁹ Eksempelvis kan den

⁶⁷ EFRAG, 2019, under ESRS E1 Climate Change.

⁶⁸ OECD, 2018, s. 66.

⁶⁹ OECD, 2018, s. 72.

delen av leverandørkjeden som direkte forårsaket handlingen med negativ påvirkning, stanse leveringen eller forebygge der det ikke er mulig å stanse prosessen.

4.3 Indirekte anskaffelser hvor virksomheten bruker en agent for å anskaffe medkontrahtenter og underentreprenører

Ved indirekte anskaffelser kan virksomheten på forhånd forhåndskvalifisere innkjøpsagenten. I slike tilfeller er det anbefalt i OECDs sektorveileder for sko og klesbransjen å etablere en prosess for å kartlegge agentens kompetanse til å foreta aktsomhetsvurdering av leverandørene.⁷⁰ Anbefalingen er for det første at virksomheten må se om agenten har lovlig lisens for å drive med anskaffelser. For det andre må de finne ut om agenten foretar aktsomhetsvurderingen selv eller overlater oppgaven til en tredjepart. For det tredje bør virksomheten klarlegge hvilke tiltak agenten gjør for å forhåndskvalifisere sine leverandører. For det fjerde bør virksomheten undersøke hvilke tilbakemeldinger agenten har fått fra kundereferanser, når det blant annet gjelder risikostyring.⁷¹

I oppdragsavtalen mellom virksomheten og agenten bør for det første virksomheten få tydelig frem hvilken hensikt virksomheten har ved anskaffelsen av agenten. En agent kan benyttes for å gjøre undersøkelser av agenten og den kan anskaffes for å inngå kontrakt med medkontrahtenter på vegne av virksomheten. For det andre bør det avtales om agenten skal oppgi hvilke valg, av mulige medkontrahtenter, den har tilgjengelig for virksomheten og om virksomheten eventuelt må godkjenne om agenten kan inngå avtale med medkontrahtenten. Fremleggelsen av aktuelle medkontrahtenter bør inneholde oppdatert informasjon om produsenten og ha oversikt over resultater av leverandørvurderinger og forebyggende tiltak medkontrahtenten har mulighet til å foreta, slik at virksomheten opptrer i tråd med åpenhetslovens plikter. For det tredje bør agenten ha plikt om å varsle virksomheten umiddelbart dersom det oppdages mulige eller faktiske negative påvirkninger. Virksomheten bør skaffe seg mulighet til å innhente tilfeldige stikkprøver av medkontrahtenter som agenten har valgt å samarbeide med og sjekke om agenten har utført de plikter den har. Dette er et tiltak virksomheten kan gjøre dersom den ikke har ressurser til å gjennomgå alle mulige

⁷⁰ OECD sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 72-73.

⁷¹ OECD sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 72-73.

medkontrahtenter.⁷² Virksomheten kan bruke de samme forbeholdene overfor indirekte anskaffelser av samarbeidspartnere, som virksomheten benytter ved direkte anskaffelser.

5 Kontraktsreguleringen

5.1 Følger av kravene virksomhetene setter til mulige medkontrahtenter

Virksomhetens medkontrahtenter gjør ikke noe ulovlig hvis de ikke følger åpenhetsloven, og får derfor heller ingen statlige sanksjoner. Derimot kan medkontrahtenten oppleve en negativ sanksjonering dersom de har avtalt å utføre plikter i tråd med åpenhetsloven, gjennom kontrakt med virksomheten. Hvis medkontrahtenten bryter de pliktene som er avtalt i kontrakt kan virksomheten reise krav om å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende.

Fremover forventes det at medkontrahtenter blir tilbydere av å opptre i tråd med de plikter som følger av åpenhetsloven med et betalingsforbehold. Tilbyderne av åpenhetsloven vil skape et marked gjennom markedsføring om å opptre bærekraftig, for mulighet å ta betalt for å handle i tråd med åpenhetsloven. I første rekke kan det føre til at virksomhetene må betale en betydelig sum for tilbudet. Når flere medkontrahtenter blir tilbydere av en slik tjeneste forventes det at prisene for tjenesten vil utjevne seg etter konkurransereglene.

5.2 Anbefalt sikring overfor medkontrahtenter etter reglene i åpenhetsloven

5.2.1 Innledning

Det er viktig at avtalen blir gjort skriftlig, slik at forpliktelsene er etterprøvbare med klare og anvendbare misligholdsbeføyelser, jf. NL 5-1-1.

Virksomheten som omfattes av åpenhetsloven, bør være klar over at det ikke er fast at medkontrahtenten vil følge åpenhetsloven og kan derfor ikke sette krav som er urimelig å gjennomføre for medkontrahtenten. Likevel er hensikten med avhandlingen å fremlegge tiltak som er mulig for virksomheten å benytte som rettslig sikringsmekanisme overfor

⁷² OECD sektorveileder for sko og klesbransjen, 2017, s. 72-73.

medkontrahtenter. Aktsomhetsvurderingen og kravene virksomheten setter til medkontrahtenten må være relativ i forhold til de tilbud som er tilgjengelige på markedet, jf. åpenhetsloven § 4 annet ledd.

5.2.2 Anbefalt sikring overfor medkontrahtent for å følge reglene etter § 4

Ved at virksomheten aktivt benytter seg av rettslige sikringsmekanismer overfor medkontrahtentene, bidras det til at virksomheten opptrer mer aktsomt. Likevel vil virksomhetene som omfattes av loven identifiseres med deres medkontrahtenter og derfor ha hovedansvaret for å hefte for negativ påvirkning som oppstår i virksomhetens leverandørkjede, jf. åpenhetsloven § 4 bokstav b.

Å kreve at en medkontrahtent som ikke omfattes av åpenhetsloven skal utføre aktsomhetsvurderinger i tråd med pliktbestemmelsene i åpenhetsloven anses som komplekst, da en medkontrahtent ikke kan forventes å være oppdaterte på hva en aktsomhetsvurdering tilsvarer. Eksempelvis hvis det er få distributører av et produkt, og de som finnes ikke opptrer aktsomt etter ønskelig standard, vil det ikke være nok konkurranse i markedet til å presse de som ikke omfattes av åpenhetsloven til å opptre mer aktsomt. Dette punktet anses som det vanskeligste å sette en sikringsmetode til, siden det er lite kontrollerbart.

For å forankre ansvarlighet i virksomhetens retningslinje, må virksomheten utarbeide et dokument med blant annet deres mest prioriterte risikovurderinger og inkorporere retningslinjene de utarbeider i kontrakter med forretningsforbindelsene sine.⁷³

For å «kartlegge» og «vurdere» faktiske og mulige negative konsekvenser som er direkte knyttet til virksomhetens forretningsvirksomhet gjennom forretningsforbindelsene, må virksomheten benytte seg av sin undersøkelsesplikt før avtale blir inngått.⁷⁴

For det første må virksomheten fremstille kravene til medkontrahtentene sine på en tydelig måte for å tilfredsstillere kravene som kommer frem av åpenhetsloven § 4 bokstav c. Hvilke krav de bør sette, er enklere å fastsette dersom virksomheten har utført undersøkelser i forkant, og vet hvilke forhold som kan bli problematiske å gjennomføre i henhold til åpenhetsloven.

⁷³ Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav a, Prop. 150 L (2020–2021) s. 65 og 108, OECD, 2018, s. 22–24 og s. 56–60.

⁷⁴ Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b.

Eksempelvis bør virksomheten oppstille et krav om at de må forhåndsgodkjenne underentreprenørene til virksomhetens medkontrahenter, før medkontrahenten inngår samarbeid med underentreprenører. På denne måten sikrer virksomheten seg overfor forretningsforbindelser de ikke har direkte kontakt med. I tillegg bør virksomheten legge frem dokumenter som viser hvilke krav som stilles til deres aktsomhetsvurderinger.

For at virksomheten skal kunne gjøre nødvendige undersøkelser av medkontrahenten før det blir inngått et samarbeid, bør virksomheten kreve at den eventuelle medkontrahenten fremlegger due diligence rapporter som forklarer situasjonen de står i, og hvilke aktsomhetsvurderinger de tar. Med due diligence menes at selskaper utsetter for en systematisk gjennomgang av virksomheten.⁷⁵ Due diligence rapporter inneholder informasjon om gjennomgangen. I tillegg bør virksomheten kreve fremleggelse av sertifiseringer og dokumenter som inneholder informasjon fra tidligere prosjekterfaringer, jf. åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav d.

Iverksettelse av egne tiltak for å stanse, forebygge eller begrense negative konsekvenser etter åpenhetsloven § 4 bokstav c, forstås slik at virksomheten bør gi opplæring til medkontrahentene om hvordan de følger kravene til åpenhetsloven og hvordan de skal håndtere informasjonen.⁷⁶

For å følge med på gjennomføring og resultater av tiltak etter bokstav c bør virksomheten følge opp samarbeidet underveis i prosessen, for å kontrollere eventuelle feil og komme med eventuelle endringer som kan rette opp disse feilene.⁷⁷ Ved slik kontrollføring kan virksomheten oppdage forhold som tyder på at det må gjøres endringer hos forretningsforbindelsen. Da er det lurt å tilføye en endringsklausul i avtalen, slik at det ikke foreligger avtalemislighold fra virksomhetens side dersom et forhold må endres på. En slik håndtering av problemet vil gå overens med reglene i åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav f.

For å overholde reglene i åpenhetsloven § 4 bokstav e bør virksomheten oppgi krav om rapporter inneholdende hvilken risiko medkontrahenten har stått ovenfor og hvordan de har håndtert det til blant annet interessenter med aksjer i virksomheten.

⁷⁵ Codex Advokat Oslo, Ukjent dato, Due Diligence.

⁷⁶ OECDs, 2018, s. 80–81) og åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav e.

⁷⁷ Åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav d.

5.2.3 Anbefalt sikring overfor medkontrahent for å følge reglene etter § 5

For å sikre seg etter åpenhetsloven § 5 overfor medkontrahenten, bør de for det første tilføye et forbehold i kontrakt om at medkontrahenten må gi informasjon og dokumentasjon om de aktsomhetsvurderinger som er gjort.⁷⁸ Dette bør medkontrahenten gjøre ved å fylle ut skjemaer en gang i året med tidligere frist enn virksomhetene har, for å overholde reglene i åpenhetsloven § 5 tredje ledd. Et annet tiltak virksomhetene bør gjøre er å avtale i kontrakten at medkontrahenten må skrive hva de aktivt gjør for å ha et bærekraftig samarbeid med sine andre underentreprenører.⁷⁹ Ved å benytte seg av denne sikringsmekanismen kan virksomheten legge ved dokumentene medkontrahenten har sendt, i den årlige redegjørelsen for aktsomhetsvurderinger virksomheten har foretatt seg.

Virksomheten må kreve at de skal få en tilstrekkelig rapport av aktsomhetsvurderingene som medkontrahentene gjør, med en generell beskrivelse av medkontrahentens «organisering, driftsområde, retningslinjer og rutiner for å håndtere faktiske og potensielle negative konsekvenser».⁸⁰ En generell beskrivelse tilsier en overordnet omtale av hvordan virksomheten er organisert, hva slags produkter og tjenester virksomheten tilbyr, markeder virksomheten opererer i, hvordan virksomheten forankrer arbeidet med åpenhetsloven i interne retningslinjer og rutiner, samt informasjon om varslingskanaler og klagemekanismer.⁸¹

Virksomheten bør ha et innarbeidet system hvor medkontrahenten kan rapportere inn en tilstandsrapport, slik at all nødvendig informasjon om medkontrahenten er tilgjengelig for virksomheten og kan benyttes som en del av virksomhetens redegjørelse. Hvis medkontrahenten også har et slikt system, og virksomheten gir opplæring til medkontrahenten, vil det være lavere risiko for pliktbrudd. Når det kommer til opplæringen må virksomheten gjøre en avveining mellom risikoen for bøter fra myndighetene og hva virksomheten eventuelt må betale for boten, kontra ressursene virksomheten må bruke på opplæring av medkontrahenten. Det vil være enklere for virksomheten å utgi informasjon når de får krav om det, dersom de allerede har informasjonen tilgjengelig.

⁷⁸ Åpenhetsloven § 5 første ledd bokstav b.

⁷⁹ Åpenhetsloven § 5 første ledd bokstav c.

⁸⁰ Åpenhetsloven § 5 første ledd bokstav a.

⁸¹ Prop. 150 L (2020–2021) s. 111 og OECD, 2018, s. 22–24.

5.2.4 Anbefalt sikring overfor medkontrahent for å følge reglene etter § 6

I noen tilfeller krever informasjonsspørsmålet at virksomheten må innhente informasjon fra sine forretningsforbindelser, for å ha mulighet til å svare på informasjonsspørsmålet.

Virksomheten bør sikre seg rett til informasjon fra underentreprenør, med den hensikt at virksomheten har mulighet til å videresende svaret til den som har rett til informasjonen etter reglene i § 6. Informasjonsplikten bør ilegges medkontrahenten ved å inkorporere en klar redegjørelse for informasjonskravene i kontrakten. Samt kreve at forretningsforbindelsen har noen som er ansvarlig for å besvare informasjonsspørsmålene. Eventuelt bør en person fra virksomheten ha tilgang til forretningsforbindelsen på samme måte som en som er ansatt i selve firmaet. Det bør gjøres ved at virksomheten får en verifisering gjennom reglene om fullmakt i avtaleloven § 11. Fullmakten med legitimasjon fra medkontrahenten kan brukes til å innhente informasjon og gjøre undersøkelser av medkontrahentens virksomhet. I den grad fullmakten opptrer i tråd med hva den har rett og legitimasjon til.

Informasjonskravet skal besvares i løpet av tre uker fra avslaget ble mottatt, jf. åpenhetsloven § 7. Av den grunn er det viktig at det tilføyes en frist for forretningsforbindelsen som er kortere enn tre uker, slik at virksomheten får besvart informasjonsspørsmålet innenfor fristen som følger av åpenhetsloven. Virksomheten må ha tilstrekkelig tid til å innhente informasjon om spørsmålet som blir stilt, i tillegg til å forberede et tilstrekkelig svar til forbrukeren. Medkontrahenten må gis tilstrekkelig tid til å undersøke et svar til innholdet i informasjonsspørsmålet.

Åpenhetsloven legger ikke opp til at det skal foretas nye undersøkelser for å besvare et informasjonsspørsmål og virksomheten bør i utgangspunktet allerede ha sikret seg besittelse av informasjonen som har blitt forespurt. I realiteten kan det oppleves at virksomheten ikke besitter informasjonen som blir forespurt på grunn av at åpenhetsloven gjennom § 4 første ledd bokstav c og § 4 annet ledd åpnet for at virksomheten kan prioritere aktsomhetsvurderinger. I tillegg kan informasjonsspørsmålene knytte seg til særskilte forhold, jf. åpenhetsloven § 6 første ledd siste punktum. I noen tilfeller behøver derfor virksomhetene ytterligere informasjon fra medkontrahenter for å svare på informasjonsspørsmålene. Derfor er det viktig at virksomhetene sikrer seg ved å sette forbehold om at medkontrahentene må svare på informasjonsspørsmålene, slik at virksomhetene kan overholde sine plikter til forbrukeren. Deres ansvar er å sikre seg gjennom kontrakt, for å få all nødvendig informasjon som forbrukeren ønsker.

Unntak virksomheten har mulighet til å påberope seg for å unngå å besvare informasjonsspørsmål kommer til uttrykk i åpenhetsloven § 6 annet ledd. Betydningen unntakene fra retten til informasjonsspørsmål har for oppgaven er at virksomheten må sikre seg overfor forretningsforbindelsene sine om å få tilgang på informasjonen likevel. Et tiltak virksomheten kan gjøre for å sikre seg dette er å inngå avtale om taushetsplikt overfor den informasjon virksomheten får av forretningsforbindelsen. For å sikre at partene har en god kommunikasjon bør partene inngå avtale om en gjensidig taushetsplikt. En taushetsplikt anses å skape åpenhet med den bakgrunn at virksomhetene har en sikring om at informasjonen ikke blir delt videre. En god kommunikasjon vil være en bidragsyter til et bedre samarbeid og det kan potensielt føre til et lengre forretningsforhold. Den gode kommunikasjonen fører forhåpentligvis til at det blir enklere for virksomheten å utleve sine plikter etter reglene i åpenhetsloven § 5. Det forventes at virksomheten ikke ønsker å utlevere medkontrahentens forretningshemmeligheter siden medkontrahenten er en del av virksomhetens leverandørkjede.

5.2.5 Anbefalt sikring overfor medkontrahenter for å følge reglene etter § 12

Det foreligger foreløpig ingen tilfeller hvor noen norske virksomheter har opplevd å få forbuds- og påbudsvedtak. Derfor knyttes det tvil til innholdet i de mulige vedtakene som kan forekomme. Ordlyden «for å sikre at §§ 4 til 7 overholdes» tilsier at kravene som følger av mulige vedtak gitt med hjemmel i åpenhetsloven § 12, tolkes å være en forlengelse av pliktene som kommer frem i §§ 4 til 7. Hvis virksomheten allerede har sikret seg overfor innholdet i §§ 4, 5 og 6. Da bør virksomheten tilføye en klausul i kontrakt om at det er mulig å sette yttligere krav til medkontrahenten om å enten forebygge, stanse eller redusere negativ risiko ved vedtak fra myndighetene, i forlengelse av medkontrahentens kontraktsforpliktelser etter §§ 4, 5 og 6.

5.3 Klausul om virksomhetens rett til å tre ut av avtalen

For å beskytte virksomheten bør den innføre en klausul om å mulighet til å tre ut av kontrakt. Retten vil tilsvare en oppsigelse og vil ha samme rettvirking som heving. Forskjellen mellom heving og retten til å tre ut av kontrakt er at heving er en misligholdsbeføyelse som krever at det foreligger vesentlig mislighold. Hensikten med klausulen er å sikre virksomheten i tilfeller hvor virksomheten har behov for å tre ut av kontrakten, men det ikke har oppstått et tilfelle som kan klassifiseres som et vesentlig mislighold.

Hvis virksomheten trer ut av en kontrakt uten å berettige medkontrahenten, kan medkontrahenten gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende og virksomheten. Virksomheten kan

oppstille vilkår som må være oppfylt for at de kan benytte seg av retten til å tre ut av avtalen. Da unngår virksomheten å måtte kompensere for de tap medkontrahtenten lider ved brudd av avtalen.

Ut fra lojalitetshensynet bør det gis tilstrekkelig varsel om at forretningsforholdet kommer til å avslutte. I de tilfeller hvor bruddene er mer alvorlig, kan det settes en kortere tidsfrist for når varsel må gis. Det må vurderes ut fra skadens karakter og alvorlighetsgrad, samt i hvilken grad det er hensiktsmessig å rette opp skaden.

Et vilkår som gir virksomheten anledning til å tre ut av avtalen bør være hvis virksomheten mottar forbuds- eller påbudsvedtak fra myndighetene etter reglene i åpenhetsloven § 12, om at de ikke kan fortsette sine nåværende samarbeid etter innholdet i vedtaket.

I første rekke kan partene ha en varselsperiode hvor partene har mulighet til å rette opp forholdet som skaper en negativ påvirkning på virksomhetens aktsomhetsvurderinger. I de tilfeller det er mulig bør det gis tilstrekkelig varsel, eventuelt tid til at medkontrahtenten gis mulighet til å forbedre seg slik at samarbeidet har potensiale til å fortsette.⁸² Varselsperioden kan være tidsbestemt eller vilkårsbestemt. Hvis den er vilkårsbestemt kan vilkåret være at etter et vist antall mislykkede forsøk parten har hatt på å forebygge eller avbøte skader, kan virksomheten tre ut av avtalen. Hvis det er umulig å forebygge eller avbøte skaden, kan virksomheten også tre ut av avtalen.⁸³ Her bør virksomheten avtale at det må foreligge tilstrekkelig informasjon på at det er umulig å gjennomføre avtalen. Hvor det foreligger fare for personalets eller befolkning sin helse og sikkerhet.

Under varselsperioden bør virksomheten foreta en konkret helhetsvurdering om hvorvidt medkontrahtenten har prøvd å håndtere de negative påvirkningene. Videre må virksomheten gjøre en utregning for å finne ut om det mest hensiktsmessige er å avslutte samarbeidet. Under helhetsvurderingen bør virksomheten kartlegge hvilke lovbrudd som foreligger og om det lønner seg å fortsette samarbeidet eller starte et nytt samarbeid med et annet selskap. Virksomheten kan oppdage at medkontrahtenten trenger lengre tid for å utføre de tiltak som er

⁸² OECDs sektorveileder sko og klesbransjen, 2017, s. 75.

⁸³ OECDs sektorveileder sko og klesbransjen, 2017, s. 75.

nødvendige. Det avgjørende er hvor villig medkontrahtenten er til å utføre de tiltak som er nødvendig. Deretter må virksomheten revurdere om avtalen likevel må avsluttes.

Hvis varslingsperioden ikke er tilstrekkelig for å forebygge for fremtidig skade kan partene avtale en oppsigelsestid, slik at begge parter har mulighet til å finne nye samarbeidspartnere før avtaleforholdet utgår. Arbeidsmiljøloven § 15-3 første til tredje ledd gir uttrykk for at rammen for oppsigelsesfrist er én til seks måneder. Virksomheten kan bruke den samme rammen som arbeidsmiljøloven bruker. I kontrakten bør det avtales om begge parter kan påberope seg rett til å tre ut av avtalen. Hensynet til god forretningsskikk og rimelighet er at klausulen bør gjelde for begge partene.

Virksomheten må gjøre en avveining mellom om den negative risikoen for å fortsette samarbeidet er større en risikoen for å ikke finne en ny egnet samarbeidspartner. Måten medkontrahtenten opptrer i forhold til det som følger av den bærekraftige kontrakten kan være en refleksjon av det som befinner seg i det konkurransepregede markedet. Hvis det kan dokumenteres at medkontrahtenten ikke kan levere opp til kravene som andre potensielle medkontrahtenter har mulighet til, bør samarbeidet avsluttes.

Virksomheten bør gi en detaljert begrunnelse for hvorfor samarbeidet må avsluttes.⁸⁴

5.4 Mislighold

5.4.1 Stadfesting om det foreligger mislighold

Foreligger det uenighet om hvorvidt det foreligger et negativt forhold, må forventningene som ble berettiget fra kontrakten sammenlignes med de faktiske forhold som ble utført etter avtaleinngåelsen.⁸⁵ Hvis de avtalte forholdene ikke stemmer overens med de reelle forholdene foreligger det et kontraktsbrudd. Kompleksiteten rundt å stadfeste en negativ påvirkning på bærekraftige aktsomhetsvurderinger kan være stor da virksomheter vil ha ulike forutsetninger og ulik oppfatning av hva som skal anses som en negativ påvirkning. Derfor må standarden som settes i kontrakten være tydelig, slik at begge parter er innforståtte med hva som er

⁸⁴ OECD, 2018, s. 80.

⁸⁵ Hagstrøm, 2011, s. 327.

minstestandarden. Det er klart at misligholdsbeføyelser kan gjøres gjeldende dersom det foreligger kontraktsbrudd etter alminnelige obligasjonsrettslige regler.

Menneskerettighetene er grunnleggende og visjonære. De ratifiseres og sanksjoneres av den enkelte nasjonalstat, og blir derfor gjenstand for nasjonal og kulturell fortolkning. Det gjør rettighetene mindre generaliserbare og vanskeligere å etterleve. Likevel har loven som hensikt å fremme næringslivets «respekt for grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.»⁸⁶ Selv om menneskerettigheter er abstrakte, kan loven være med på å bidra til at de blir respekter i større grad ved at virksomheter må forholde seg aktiv til faktiske konsekvenser deres virksomhet har på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, jf. åpenhetsloven § 4. Derfor problematiseres det i denne delen oppgaven hvordan bærekraftige avtaler misligholdes og hvorvidt partene kan vise til misligholdsbeføyelser.

En faktor som spiller inn på om det foreligger mislighold er om partene har inngått avtale om en resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse. Hvis partene har avtalt en resultatforpliktelse blir misligholdet basert på manglende resultat. Det anses som abstrakt å kartlegge hvorvidt partene kan måle hvor hensyntagen de er til loven med tanke på resultater. I dette tilfellet kan det være enklere for virksomheten å fastsette konkrete punkter til utfylling, mens ved innsatsforpliktelser vil bidraget medkontrahenten gjør være det som måler om de har opptrådt i tråd med kontrakten. Terskelen er høyere for å påberope mislighold etter en avtale om innsatsforpliktelse.⁸⁷

Hvorvidt partene kan vise til misligholdsbeføyelser avhenger av hvilke punkter partene har inngått i kontrakt og hvordan punktene materialiserer seg i forhold til misligholdsbeføyelsene. Bakgrunnsretten skal være med på å utfylle punktene som ikke er inkludert i kontrakt. Hensikten med at jeg i punkt 3 gikk gjennom mer generelle tiltak som samfunnet kan igangsette er at tiltakene kan være en bidragsyter til å utfylle den manglende bakgrunnsretten.

Kjøpsloven er anvendelig i de tilfeller det er snakk om kjøp mellom næringsdrivende. I det gjeldende kontraktstilfellet mellom virksomhet og medkontrahent er det snakk om et

⁸⁶ Åpenhetsloven § 1 første punktum.

⁸⁷ Hallsteinsen, 2018, s. 205.

kontraktsforhold mellom to profesjonelle parter. Begge parter er profesjonelle, selv om ikke begge omfattes av åpenhetsloven.

Hva partene er forpliktet til å yte etter det som er avtalt i kontrakt går som hånd i hanske med misligholdsvurderingen og det er fordi mislighold er inngangsvilkåret til å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende. For de ulike typene misligholdsbeføyelser vil det være ulike tilleggsvilkår. Rett til å kreve oppfyllelse, kreve retting, omlevering, utøve tilbakeholdsrett, kreve prisavslag, kreve heving og erstatning er alle eksempler på ulike typer misligholdsbeføyelser. Hvilken type misligholdsbeføyelser som kan påberopes i den kontekst jeg i denne avhandlingen presenterer vil blant annet variere etter alvorlighetsgraden på den negative påvirkningen ut fra om parten kan forebygge skaden eller om det er nødvendig å stoppe produksjonen av varen eller tjenesten. Misligholdet i oppgavens sammenheng må ses i lys av åpenhetsloven § 4 annet ledd om at aktsomhetsvurderingene må stå i forhold til virksomhetens karakteristikk. Grunnen til dette er at misligholdsbeføyelsene må stå i forhold til de sanksjoner virksomheten lider grunnet misligholdet som medkontrahenten har foretatt seg og som virksomheten kan identifiseres med.

Vilkår som må være oppfylt for at den ene parten kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende er at de må ha stått ansvarlig for å ha forårsaket en negativ påvirkning på virksomhetens aktsomhetsvurderinger, som var avtalt i kontrakt var medkontrahentens oppgave. Vilkåret for å reise misligholdsbeføyelse bør i tillegg være at virksomheten selv ikke kan bebreides for misligholdet.

5.4.2 Klausul om hvilke misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende

Bemerkelse rettes til at det kan være vanskelig å avhjelpe en bærekraftig vare eller tjeneste, ved at man ikke kan reversere brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Kompensasjonen kan gjøres i ettertid og rutiner kan endres på for å forebygge, redusere eller stanse negativ påvirkning.

I slike tilfeller er det i utgangspunktet snakk om et ikke-økonomisk tap fordi det er brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Likevel får virksomhetene som foretar pliktbruddet etter åpenhetsloven bøter som sanksjon. Derfor anses kompensasjon i form av penger den misligholdsbeføyelsen som anses som mest forholdsmessig, fordi utmålingen blir gjort fra størrelsen på boten og medkontrahenten medvirkning på pliktbruddet.

Avtaler blir inngått av en grunn, og begge parter ønsker i de fleste tilfeller å fullbyrde kontrakten slik den er inngått. Derfor er det viktig å inngå en ordning som gjør det mulig for partene å innfri innholdet i kontrakten, så langt det lar seg gjøre.

Misligholdsbeføyelse bør være forholdsmessig med medkontrahentens art og deres økonomi. På samme måte som åpenhetsloven § 4 annet ledd tilpasser forventninger til virksomheten som omfattes av åpenhetsloven. Det bør også settes frister for betaling av kompensasjonen med en rasjonell tidsfrist, slik at medkontrahenten har mulighet til å betale uten for store følger. Til syvende å sist vil begge partene at samarbeidet føres videre etter misligholdet og det anses derfor ikke ønskelig for noen av partene at sanksjonen fører til insolvens. Hvis ikke må virksomheten finne en ny medkontrahent. Det bør derfor inkluderes i kontrakten hvilke steg medkontrahenten skal foreta seg i det videre, hvis risikoen for mislighold oppstår flere ganger.

5.4.3 Avhjelp - spesielt for utvinningindustri

Spørsmålet knytter seg til om hvorvidt det er mulig å avhjelpe ved mislighold av bærekraftige avtaler innenfor utvinningsindustrien.

Det kan ha alvorlige konsekvenser å bryte avtaler om bærekraft, da det har virkning på miljøet og samfunnet. Å kreve omlevering eller retting i en bærekraftsak anses som vanskelig da skaden ikke kan reverseres. Den eneste løsningen anses å være kompensasjon for skaden fremover.

OECDs veileder for utvinningsindustrien gir veiledning om at selskapene innenfor denne industrien skal rådføre seg med sine medkontrahenter og avtale med de hvilke avhjelpstiltak de skal iverksette.⁸⁸ Det finnes flere former for avhjelp som kan utføres i utvinningsbransjen, men det foreligger ikke en garanti på at avhjelpstiltakene kan utgjøre en forskjell. Eksempler på avhjelpsmetoder er inkludert restitusjon, rehabilitering, kompensasjon, tilfredshet og garantier mot gjentakelse. Disse metodene kan både være på individ eller kollektivt nivå.⁸⁹

I den samme veilederen er det stilt opp en modell for ulike typetilfeller hvor avhjelp kan benyttes. I tilfeller hvor utfordringen er at avhjelpingen ikke er egnet eller gunstig for sammenhengen. For eksempel hvis Samfunnet har dårlig pengeøkonomi vil ikke økonomisk kompensasjon være gunstig på lang sikt. I et slikt typetilfelle kan interessentene komme med

⁸⁸ OECDs sektorveileder for utvinningindustri, 2017, s. 78.

⁸⁹ OECDs sektorveileder for utvinningindustri, 2017, s 78.

ønsker om hvilken avhjelp de ønsker, og hvis de ønsker økonomisk kompensasjon kan det opprettes en ordning med delbetaling. Slike betalinger kan tolkes som bestikkelser av skattemyndigheter og revisorer, og selskapene bør derfor være varsomme for hvordan kompensasjonen blir utført.⁹⁰

I typetilfeller hvor interessentene ikke anses avhjelpen som tilfredsstillende, bør virksomheten gjøre sin ytterste innsats for at kompensasjonen gjør at interessentenes tilstand er lik som før eller bedre. Grunnen for at en slik utilfredshet kan gjøre seg gjeldende er når kostnaden er forbundet med skader og at de derfor ikke får tilstrekkelig kompensasjon. Interessentene bør gjøres oppmerksom på hvilke skader som kan inntre før avtaleinngåelsen og hvilke tiltak som kan iverksettes for å unngå skaden. Dersom utvinningselskapet bare foretar en handling uten å ha avtalt med virksomheten bør virksomheten kreve at en grundig begrunnelse gis om løsningens fordeler og ulemper.⁹¹

Hvis det oppstår konflikt mellom medkontrahenter fordi de mener avhjelpen er urettferdig, bør det videre i samarbeidet bli bestemt på forhånd hvilken avhjelp som skal benyttes senere og dette bør partene inngå avtale om før samarbeidet trer i kraft. Grunnen til at det kan skapes konflikt er at virksomheten oppdager at noen andre ble bedre stilt enn de selv etter avhjelpen. Utvinningsbedriften kan unngå at slike situasjoner oppstår dersom de gir alle kunder tilgang til hvordan like situasjoner har blitt løst tidligere. Slik informasjon bør bli presentert før avtale blir inngått.⁹²

5.4.4 Heving

For at virksomheten skal ha mulighet til å heve avtalen på rettmessig vis må kravene virksomheten stiller til medkontrahenten være spesifisert i avtalen og det må foreligge et vesentlig mislighold. Jo mer spesifisert avtalen er, desto enklere vil det være for virksomheten å heve avtalen. Det anses som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp å heve avtalen ved vesentlig kontraktsbrudd.⁹³

⁹⁰ OECDs sektorveileder for utvinningindustri, 2017, s. 77-78.

⁹¹ OECDs sektorveileder for utvinningindustri, 2017, s. 77-78.

⁹² OECDs sektorveileder for utvinningindustri, 2017, s. 77-78.

⁹³ Knut Sande, Heving på nettsiden «juss er lættis».

Vesentlig mislighold tilsier at kontraktsbruddet har betydelig avvikende karakter i forhold til hvordan parten skulle bli stilt etter hva som ble avtalt i kontrakt. Før heving av avtalen blir aktuelt bør andre løsninger ha blitt utprøvd.⁹⁴ Heving av avtalen ses på som siste utvei. Partene kan avtale hva de kategoriserer som et vesentlig kontraktsbrudd.

I tilfeller hvor det har vært uhensiktsmessig med forebygging eller avbøting av pliktbrudd, kan den eneste løsningen være å avbryte kontraktsforholdet.⁹⁵ I de fleste tilfeller og bransjer er det mest hensiktsmessige å etablere langsiktige forbindelser med leverandører. Avbrytelse av kontrakt blir derfor det eneste som kan utføres i tilfeller hvor skaden ikke kan rettes opp eller forebygges mot videre, i tilfeller hvor det ikke er rimelig å forvente en endring. Eksempelvis i tilfeller hvor forretningsforbindelsen ikke ønsker å starte en umiddelbar endring for å hindre større og mer skade.⁹⁶

Hvis det ikke er mulig å avslutte et kontraktsforhold på grunn av betingelser i kontrakt eller fordi markedet ikke er tilbyder av andre alternativer til en lignende medkontrahent. Praktiske hensyn slik som at virksomheten har investering i en samlet portefølje eller partene har en fast betingelse for avtaletiden, kan også påvirke om kontrakten kan heves. I slike tilfeller er det viktig å opparbeide en god praksis rundt en intern rapportering for å føre kontroller.⁹⁷ Rapporteringen kan være med på å sikre virksomheten nok dokumentasjon til å avbryte kontraktsforholdet hvis medkontrahenten fortsetter å ha en negativ påvirkning på virksomheten.

5.4.5 Økonomisk kompensasjon fra medkontrahenter

5.4.5.1 Utmålingen myndighetene foretar seg når de gir bøter for pliktbrudd

Høringen til forskriften om utmåling av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr var opprinnelig for markedsføringsloven og angrerettloven. At gebyrer også skulle bli pålagt brudd på åpenhetsloven var ikke inkludert før høringen, men etter. Næringslivets hovedorganisasjon har kommet med klage angående dette.⁹⁸

⁹⁴ Rt. 2010 s. 710 og Rt. 1998 s. 1510

⁹⁵ OECD, 2018, s. 80.

⁹⁶ OECD, 2018, s. 80.

⁹⁷ OECD, 2018, s. 80.

⁹⁸ E24, 2022.

Det er bare virksomheter som omfattes av åpenhetsloven som kan få bøter ilagt av det offentlige. Overtredelsesgebyret kan være på inntil fire prosent av den næringsdrivende årsomsetning, eller inntil 25 millioner kroner, der det høyeste beløpet anvendes.⁹⁹

5.4.5.2 Prisavslag ved opplysningssvikt

Forutsatt at partene har en opplysningsplikt vil i tilfeller hvor det foreligger opplysningssvikt, som vil si at informasjon er villedende eller uriktig, gi kontraktspartene mulighet til å endre, sette til side eller oppheve avtalen, hvis den er urimelig å utføre, etter reglene i avtl. §§ 33 og 36.¹⁰⁰ Forventet lovbrudd anses som en urimelig grunn for å fullføre avtalen. Likevel er det snakk om brudd på menneskerettigheter som er immaterielle og derfor vanskelig å klassifisere alvorlighetsgraden på. Et eksempel på opplysningssvikt i avhandlingens kontekst er å ikke informere den andre parten om hvorvidt de klarer å fullbyrde forpliktelsene i kontrakten.

Forskjellen mellom prisavslag og erstatning er at prisavslag ikke krever skyldansvar. Før prisavslag gis skal parten ha rett til avhjelp som er omlevering eller retting, jf. Rt. 2006 s. 999. Negativ påvirkning på aktsomhetsvurdering er ikke reverserbar og kan bare kompenseres for fremover i tid. I dommene inntatt i Rt. 2000 s. 1999 og Rt. 2001 s. 369 ble prisavslag gitt ved opplysningssvikt og det taler for at virksomheten kan reise krav om prisavslag dersom medkontrahtenten har gitt de uoppriktig informasjon om deres prioritering om å forta aktsomhetsvurderinger. Prisavslaget skal være forholdsmessig til hvor mangelfull varen eller tjenesten er i forhold til den kontraktmessige standarden partene avtalte.¹⁰¹

5.4.5.3 Erstatning

Det er virksomheten som er ansvarlig for pliktene de pålegges av åpenhetsloven og det er således virksomheten som har ansvar for å betale for boten fra myndighetene. Selv om virksomheten benytter seg av rettslige sikringsmekanismer overfor medkontrahtenter, betyr ikke det at et tilsvarende ansvar som åpenhetsloven legger på virksomheten, også legges på medkontrahtentene. Til syvende og sist er det virksomheten som skal foreta

⁹⁹ Forskrift om utmåling av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr § 3.

¹⁰⁰ Rt. 2008 s. 1365; Rt. 2013 s. 388.

¹⁰¹ Viggo Hagstrøm, 2021, 437.

aktsomhetsvurderinger og være kritiske til hvem de inngår samarbeid med, jf. åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav b-e.

Det er ikke en fastsatt pris på hvor mye bøtene kan komme på, og det er derfor vanskelig å for virksomheten å avtale sum som medkontrahenten må betale i erstatning dersom medkontrahenten har misligholdt avtalen. Sanksjonen til medkontrahenten som er gitt i kontrakt bør være forholdsmessig med det ansvaret som medkontrahenten har etter rimelighetens grenser.

Anbefalt misligholdsbeføyelse er økonomisk erstatning da det er overtredelsesgebyr virksomheten får ved lovbrudd. Dommen inntatt i Rt. 1954 s. 177 gir hjemmel til å kreve kompensasjon i de tilfeller hvor den «avtalte prisen motsvarte verdien i mangelfull stand.¹⁰² Misligholdsbeføyelsen vil være med på å dekke deler av gebyret virksomheten får, dersom medkontrahenten har misligholdt kontrakten. Hvor stor del medkontrahenten må hefte for vil være avhengig av karakteren på misligholdet medkontrahenten har begått, hvor mye virksomheten kan forvente av medkontrahenten ut fra innholdet i avtalen og virksomhetens berettigede forventning ut fra medkontrahentens opptreden. Størrelsen på medkontrahentens selskap bør ha noe å si i utregningen av erstatningsbeløpet da det kan forekomme at medkontrahenten enten er nær grensen på å omfattes av åpenhetsloven, eller langt unna grensen. Differansen mellom størrelsene på partene bør også ha betydning.

Virksomheten er som utgangspunkt nærmest til å bære risikoen og har vært deltakende i initiering av kontraktsforholdet og anses derfor å bære det meste av ansvaret, også fordi virksomheten har større omsetning enn medkontrahenten da virksomheten omfattes av åpenhetsloven og medkontrahenten ikke. Likevel hvis det er inkludert i kontrakten at medkontrahenten skal ha plikter tilsvarende de som følger av åpenhetsloven, vil det foreligge brudd på kontrakt dersom medkontrahenten ikke følger pliktene, og bruddet fører til negative konsekvenser for virksomheten. Medkontrahenten bør være ærlig om dens kapasitet til å overholde pliktene, da brudd kan få store økonomiske og miljømessige konsekvenser. Derfor bør medkontrahenten stilles ansvarlig ved kontraktsbrudd fordi de har vært deltakende i initieringen av kontrakten og burde ikke inngått en kontrakt de ikke har mulighet til å fullbyrde. Virksomheten bør avtale en erstatningssum som er tilsvarende med de økonomiske tap

¹⁰² Viggo Hagstrøm, 2021, 437.

medkontrahentens mislighold har ført til, og proporsjonal i forbindelse med at det er virksomheten som er hovedansvarlig for å foreta aktsomhetsvurderinger og den parten som har blitt bøtelagt for sin mangel av utførte aktsomhetsvurderinger.

6 Reforhandling av avtaler

6.1 Rettslige sikringsmekanismer virksomheten kan benytte ved et allerede etablert kontraktsforhold

6.1.1 Avtalefrihet

Et problem oppstår når det allerede er inngått kontrakt mellom virksomheten og medkontrahenten. Hvis en kontrakt ble inngått før åpenhetsloven trådte i kraft, og har en kontraktsutforming som ikke gir grunnlag for at virksomheten kan benytte seg av de rettslige mekanismene som er gjennomgått i avhandlingen, bør virksomheten sikre seg fremover i samarbeidet.

Utgangspunktet er at avtaler skal holdes slik de er inngått, jf. NL 5-1-2. For den som har forpliktelser etter åpenhetsloven, kan det imidlertid være behov for å endre den nåværende kontrakten slik at kontrakten sikrer virksomheten mot at medkontrahenter er en negativ påvirkning på virksomhetens aktsomhetsvurderinger. Medkontrahenten er imidlertid ikke forpliktet til å inngå en ny avtale eller en tilleggsavtale.

6.1.2 Endringsklausuler

I noen tilfeller kan det være vanskelig for partene å vite hvilke forbehold de må ha i kontrakten, for å sikre seg om å ikke foreta pliktbrudd etter åpenhetsloven.¹⁰³ Det ses derfor på som hensiktsmessig å innføre en endringsklausul i kontrakten, som åpner for at partene kan reforhandle kontrakten når virksomheten har et større innblikk over hva som kreves av virksomheten for å gjøre tilstrekkelige aktsomhetsvurderinger.

Virksomhetene som allerede har sikret seg med de rettslige sikringsmekanismer som er gjennomgått i avhandlingen bør i tillegg ha en endringsklausul i kontrakt. Dersom virksomheten får et forbuds- og påbudsvedtak etter reglene i åpenhetsloven § 12, om at

¹⁰³ Regjeringen, 2016.

virksomheten må opptre mer aktsomt i forhold til åpenhetsloven, kan det være lurt at virksomheten sikrer seg for å ha anledning til å gjøre endringer i kontrakten etter forbuds- og påbudsvedtakene. Endringsklausulen vil gjøre det enklere for virksomheten å reforhandle avtalen.

6.1.3 Transnasjonale samarbeid

Det er ikke i tråd med prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått ved å bryte et allerede etablert kontraktsforhold, fordi en ny norsk pliktlov har trådt i kraft. Flere kontraktsforhold i Norge er av transnasjonal karakter og selv om Norge har fått en ny pliktlov, gjelder ikke de samme reglene i resten av verden og derav har ikke de transnasjonale selskapene de samme forpliktelsene å forholde seg til. Det kan både være et konkurransefortrinn og en ulempe at en av partene i det transnasjonale samarbeidet må forholde seg til åpenhetsloven fordi det på den ene siden kan være positiv for den parten som ikke må forholde seg til loven å bli introdusert for hvilke tiltak som bør gjøres for å bli ansett som mer bærekraftig. På den annen side kan det være en ulempe fordi den parten som ikke opererer i Norge, ikke har de ressurser som er nødvendige for å kunne følge de lovpålagte plikter som den norske virksomheten trenger å handle i tråd med. Flere land har latt seg inspirere av OECDs retningslinjer. Derav kan norske virksomheter inngå transnasjonale samarbeid med virksomheter som følger et lignende lovverk. Frankrike, Storbritannia, Australia og USA er eksempler på land som følger lignende lovgivning.¹⁰⁴

6.1.4 Kontraktsrevisjon

Hvis misligholdet skyldes at avtalen setter for store krav til medkontrahenten, kan det være lurt å revidere kontrakten, slik at det er mulig for medkontrahenten å oppfylle og fullbyrde kontraktinnholdet. På den annen side kan dette føre til at virksomheten bryter og ikke oppfyller sine plikter etter åpenhetsloven, og derfor kan bli ilagt bøter og sanksjoner. Hvis kontraktrevisjonen fører til at virksomheten bryter pliktene sine, kan det være lurt for de å inngå samarbeid med noen andre, eller bistå medkontrahenten i større grad, slik at medkontrahenten klarer å oppfylle sine forpliktelser i en tilstrekkelig grad.

¹⁰⁴ Prop. 150 L (2020-2021) s. 22-23.

Kontraksrevisjon kan benyttes i tilfeller hvor kontraktens innhold må endres grunnet senere inntrådte forhold.¹⁰⁵ Et eksempel på et slikt forhold kan være at virksomheten har satt for strenge krav til medkontrahenten i kontrakt og det anses som urimelig for medkontrahenten å fullbyrde avtalen etter reglene i avtl. § 36. Et annet eksempel hvor kontraksrevisjon kan benyttes er i tilfeller hvor virksomheten har gitt medkontrahenten for lite plikter i kontrakt ut fra størrelsen på den negative påvirkningen medkontrahenten har på virksomhetens aktsomhetsvurderinger. Derfor kan det ut fra rimelighetshensyn forhandles strengere plikter.¹⁰⁶

6.2 En allerede opparbeidet praksis

6.2.1 Praksisen som har blitt opparbeidet

I kjølvannet av OECDs retningslinjer begynte virksomheter å sende spørreskjemaer til leverandørkjeden sin for å kartlegge om de gjorde bærekraftige valg.¹⁰⁷

Et spørsmål er om det er tilstrekkelig etter åpenhetsloven at virksomhetene sender ut spørreskjemaer til sine forretningsforbindelser. Inntrykket spørreskjemaene gir er at de skal gi en fremstilling av hvorvidt leverandørkjeden opptrer i tråd med kravene som direkte gjelder for virksomhetene. I det følgende skal spørsmålene virksomhetene må ha svar på for å opptre i tråd med pliktbestemmelsene i åpenhetsloven vurderes.

6.2.2 Problemer med praksisen og hvordan problemene kan løses

Formålet med skjemaene er å gi virksomheten mulighet til å kontrollere om hvorvidt leverandørkjeden er en negativ påvirkning på virksomhetens aktsomhetsvurderinger.

Det er vanskeligere å stadfeste brudd på sedvane og bransjepraksis, kontra konkrete forbehold og klausuler i kontrakter. Dermed ses det på som hensiktsmessig å få de punkter virksomheten ønsker å sikre seg overfor leverandørkjeden, skriftlig og undertegnet. En kontraktsinngåelse viser til at det er en felles enighet om kontraktsutformingen, dersom mislighold skulle oppstå. Hvis skjemaene skal brukes for å kartlegge brudd på aktsomhetsvurderinger, må medkontrahenten få beskjed om at skjemaene blir benyttet til det. Videre må virksomheten

¹⁰⁵ Sande, Knut, kontraksrevisjon på nettsiden «juss er lettis».

¹⁰⁶ Sande, Knut, kontraksrevisjon på nettsiden «juss er lettis».

¹⁰⁷ Rett24, 2021.

klarlegge hvordan de skal forholde seg til negative påvirkninger som stadfestes i spørreskjemaene. Her må virksomheten ha en avtale med medkontrahenten om hva virksomheten har kompetanse til å gjøre hvis negativ påvirkning finner sted.

For å kontrollere at informasjonen i spørreskjemaene stemmer må aktsomhetsvurderingene dokumenteres og virksomheten må ha mulighet til å utføre tilfeldige etterprøvende kontroller. Skjemaene kan bidra til å finne ut i hvilket forretningsledd den negative påvirkningen oppstår og ut fra informasjonen som blir uthentet fra skjemaene vil virksomheten forhåpentligvis ha enklere for å redegjøre for aktsomhetsvurderingene etter åpenhetsloven § 5. Spørreskjemaene må derfor inneholde punkter for utfylling av denne informasjonen. Samt etter åpenhetsloven § 5 bokstav b i må virksomheten også ha tilgang til de faktiske negative konsekvenser og vesentlig risiko for negativ påvirkning som skal være avdekket av aktsomhetsvurderinger. Derfor spørreskjemaet inneholde hvilke konkrete tiltak medkontrahenten gjør for å stanse eller forebygge for negative påvirkninger etter § 5 bokstav c.

I praksis blir skjemaene og fungere som et supplement til kontrakt, siden et skjema ikke pålegger medkontrahenten en konkret plikt. Virksomheten som sender ut skjemaet vil da være ansvarlig for hvordan medkontrahenten opptrer, uten å ha sikret seg med å påføre de en plikt. Det blir opp til virksomheten selv å undersøke nærmere angående risikofaktorer de ønsker å sikre seg mot, når det gjelder å gi medkontrahenten mer ansvar og plikter enn nødvendig. Måten virksomheten forholder seg til spørreskjemaene er derfor essensiell.

Hvis virksomheten utfører tiltak for å kompensere for de negative konsekvensene som oppstår vil spørreskjemaene bidra på en god måte, jf. åpenhetsloven § 4 første ledd bokstav c. I tillegg må det være mulig for virksomheten å rette opp i de negative konsekvenser, hvis de negative påvirkningene forårsakes av et annet forretningsforbindelsesledd. Virksomheten kan skaffe fullmakt fra forretningsforbindelsen til å tre inn for å utbedre den negative påvirkningen.

Ut fra aktsomhetsvurderingen som er lovfestet i åpenhetsloven § 4, forventes det at virksomhetene gjøre ytterligere handlinger for å sikre seg overfor forretningsforbindelsene sine. I forlengelse av skjemaene som er opparbeidet, kan det bli opparbeidet datasystemer som systematiserer hvilke handlinger som er gjort, og hvilken informasjon som må besvares.

7 Avslutning

Medkontrahenter antas å bli tilbydere av due diligence rapporter og en forsikring om å overholde plikter etter åpenhetsloven, som salg av en vare eller tjeneste. Programskapere forventes å opprette systemer, som gjør det enda enklere å kartlegge hvor bærekraftig noen er.

Å være bærekraftig kommer til å bli en populærkultur. Kapitalforvaltere antas å få flere investorer innen bærekraft og de vil også miste investorer dersom det kommer nye definisjoner av hva som anses som bærekraftig og når grønnvasking er mer kontrollerbart. Hvis det opparbeides et trafikklyssystem for bærekraftige selskaper kan det forventes at en virksomhet får flere investorer dersom de får en grønnere kategorisering, og færre investorer hvis de får en rødere kategorisering. Grunnen for at det kan forventes en slik investering er fordi det er dyrere å være bærekraftig siden det krever mer ressurser. I tillegg vil selskaper som investerer i bærekraftige virksomheter få uttelling for bidraget på hvor bærekraftig de selv er, ved at investeringen kan redusere deres totale utslipp. En slik tilnærming kan også overføres på andre bransjer. Reputasjonsrisikoen hos verdipapirforetak er spesielt stor hvis de ikke følger åpenhetsloven ved å eksempelvis gi utilstrekkelig informasjon. En slik handling kan skade foretakets omdømme og svekke investorers og kunders tillit.

For å se en utvikling i markedet med hensyn til bærekraft, er det en nødvendig forutsetning at virksomhetene får konsekvenser dersom deres medkontrahenter bryter grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Resultatet blir da at standarden for aktsomhetsvurderinger som foretas blir større.

8 Referanseliste

8.1 Lovregister

Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Avhendingslova	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom. (avhendingslova)
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeseerklæringer. (avtaleloven eller avtl.)
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp. (kjøpsloven)
Miljøinformasjonsloven (mlinfl.)	Lov 9. mai 2003 nr. 31 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet. (miljøinformasjonsloven)
NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687.
Skadeerstatningsloven	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.
Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt. (skatteloven)
Regnskapsloven	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven)

Åpenhetsloven

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

8.2 Forskrift

Forskrift 14. februar 2023 nr. 193 om utmåling av tvangsmulkt og overtredelsesgebyr.

8.3 Rettspraksis

8.3.1 Høyesterett

Rt. 2013 s. 388.

Rt. 2010 s. 710.

Rt. 2008 s. 1365.

HR-2007-803-U.

Rt. 2006 s. 999.

Rt. 2001 s. 369.

Rt. 2000 s. 1999.

Rt. 1998 s. 1510.

Rt. 1992 s. 1430.

Rt. 1988 s. 1078.

Rt. 1954 s. 177.

8.3.2 Lagmannsrett

LG-2022-118522.

8.3.3 Klagesaker

KMI-2022-19.

KMI-2021-7.

KMI-2021-14.

KMI-2021-15.

KMI-2021-19.

8.4 Forarbeid

Prop. 150 L (2020-2021) Lov om endringer i offentlighetsloven mv. (økt åpenhet om saksforberedelser i forvaltningen).

8.5 Internasjonale kilder

European Financial Reporting Advisory Group. (2019). *EFRAG endorsement status report: ESMA's enforcement decisions on IFRS financial statements – E1*. Tilgjengelig fra:

https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=%2Fsites%2Fwebpublishing%2FSiteAssets%2FED_ESRS_E1.pdf

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). (2018). *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*. [Online]. Tilgjengelig fra:

<https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). (2017). *Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector*. [Online].

Tilgjengelig fra: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Supply-Chains-in-the-Garment-and-Footwear-Sector.pdf>

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). (2017). *Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*. [Online]. Tilgjengelig fra:

<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/Stakeholder-Engagement-Extractive-Sector.pdf>

[Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306. \(Lisboatraktaten\). Norsk oversatt versjon er tilgjengelig fra:](#)

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/europa/lisboatraktat/lisboatraktaten_komplett_korrigert_m_forside.pdf

8.6 Juridisk litteratur

Aarbakke. (1967). *Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett*». Oslo.

Bråten. T og Minde. S. (2022). *Styrets arbeid med bærekraft etter norsk rett*. Hentet den 16. desember 2022 fra jurabibliotek.dk.

Hagstrøm, V. (2021). *Obligasjonsrett* (3. utgave). Oslo: Universitetsforlaget.

Hagstrøm, V. (2019). *Obligasjonsrett* (2. utgave). Oslo: Universitetsforlaget.

Hagstrøm, V. (2011). *Obligasjonsrett* 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget.

Hallsteinsen, P. (2018). *Alminnelig obligasjonsrett* (1. utgave). Oslo: Universitetsforlaget.

Ruud og Ulfstein. (2018). *Innføring i folkerett*. (5. utgave). Oslo: Universitetsforlaget.

Stang, F. (1897). *Om vildfarelse og dens indlytelse efter norsk privatret på en retshandels gyldighet*. Kristiania: Grøndahl & Søns Bogtrykkeri. (s. 601).

8.7 Kilder

Dragvold, P. (2012). *Hjemmehørende-begrepet i skatteloven § 2-2*. Hentet 26. mai 2023.

Tilgjengelig på: <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-310X-2012-02-02#sec-8>

Kristel Tonstad (2022). Karnov lovkommentar: Åpenhetsloven, lovdata.no (sist lest 2. mai 2023).

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO). (2022). *Dilemmasamling*. Oslo: NHO Design.

Forsidebilde:

<https://vb.no/ims/70433420503/Bærekraft.jpg?crop=0,0.12200325,0,0.12200325&cropmode=percentage&width=1280&height=545&format=jpg>

8.8 Nettsider

BAHR Advokatfirma. (2021). *Bærekrafts krav til bygg- og eiendomsbransjen*. [Online].

Tilgjengelig fra https://issuu.com/bahr1/docs/b_rekraftskrav_til_bygg-og_eiendomsbransjen_-_mar/s/20444114

Codex Advokat Oslo. (Ukjent dato). *Due Diligence*. Hentet fra <https://codex.no/bedrift/forretningsjus/transaksjoner/ue-diligence>

E24. (2022, 15. mars). *Regjeringens lov møter motstand: Frykter pengesluk for tusener av bedrifter*. [Online]. Tilgjengelig fra <https://e24.no/naeringsliv/i/kR2Rya/regjeringens-lov-moeter-motstand-frykter-pengesluk-for-tusener-av-bedrifter>

Finansavisen. (2022, 7. april). *Trolig ingen forskrifter til åpenhetsloven – det er synd*. Hentet den 12. april 2023 fra:

https://www.finansavisen.no/nyheter/debattinnlegg/2022/04/07/7848056/trolig-ingen-forskrifter-til-apenhetsloven-det-er-synd?zeph_r_sso_ott=p5nzAc

Matningsdal, M. (2018). *Straffeloven 2005 Lovkommentar*. Oslo: Juridika. (punkt 10.1 til straffeloven § 221).

Sande, Knut. (Dato ikke tilgjengelig, sist besøkt 23. mai 2023). *Juss = lættis*. Tilgjengelig på: <https://jusserlattis.no>.

Skatteetaten. (dato var ikke tilgjengelig). *Hva som avgjør hvor et selskap er skattemessig hjemmehørende*. Skatteetaten. Hentet May 15, 2023, Tilgjengelig fra <https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/uttalelser/prinsipputtalelser/hva-som-avgjor-hvor-et-selskap-er-skattemessig-hjemmehorende/>

Regjeringen. (2022, 13. januar). *Fargelegging i trafikklyssystemet i havbruk*. [Online]. Tilgjengelig fra <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/fargelegging-i-trafikklyssystemet-i-havbruk/id2917698/>

Regjeringen. (2016). *Veileder i offentlige anskaffelser*. [Online]. Hentet 9. april 2023, Tilgjengelig fra <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/>

Rett24. (2021, 19. mai). *Åpenhetsloven innfører ikke nye krav om aktsomhetsvurderinger.*

Hentet 1. mai. Tilgjengelig på:

<https://rett24.no/articles/apenhetsloven-innforer-ikke-nye-krav-om-aktsomhetsvurderinger>

Tek.no. (2022, 4. januar). *Samsung oppdaget barnarbeid hos en av sine leverandører.*

[Online]. Tilgjengelig fra <https://www.tek.no/nyheter/nyhet/i/awy0v7/samsung-oppdaget-barnarbeid-hos-en-av-sine-leverandoerer>

