

Rådgiverrett

Om rådgivning i bygge- og anleggsprosjekter

Anne Cathrine Røed

Rådgiverrett

Om rådgivning i bygge- og anleggsprosjekter

Bind I og II

JUSTINIAN

2021

© Anne Cathrine Røed og Justinian AS, Oslo 2021

1. utgave

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverkslovens bestemmelser. Eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring er derfor kun tillatt med hjemmel i lov eller særskilt avtale.

Omslagsdesign: Bardus Design

Sats: Justinian

Trykk og innbinding: Livonia Print SIA, Latvia

ISBN 978-82-997169-2-5

Bind I og bind II

Henvendelser om denne boken kan rettes til Justinian AS

E-mail: forlegger@justinian.no

URL: <https://justinian.no>

Kapittel 1

– TEMAET FOR BOKEN

1 TEMAET FOR BOKEN

1.1 Hva fremstillingen omhandler

1.1.1 Begrepsbruk og avgrensning

Temaet for denne boken er rådgivning i bygge- og anleggsprosjekter. Med dette siktes det til den rådgivning som ytes innenfor bygg- og anleggsbransjen som et ledd i tilvirkningen av et bygg eller et anlegg. Jeg vurderte på et tidspunkt å kalle boken «Rådgiverrett», men kom til at en slik tittel kunne virke misvisende ut fra at den rådgivning som nettopp ytes innenfor denne bransjen, på mange måter er særegen i forhold til mange andre typer rådgivning. En slik tittel fordret slikt sett en presisering, og undertittelen som peker på bygge- og anleggsbransjen presiserer nettopp dette.

Det bør vel også sies at begrepet «rådgivning» er en betegnelse som det må sees på med åpenhet også i bygge- og anleggsbransjen. Der er rådgivning et begrep med ulik betydning alt avhengig om det benyttes i vid eller snever forstand. I *snever forstand* benyttes begrepet rådgivning i dagligtale om ytelser fra eksterne rådgivere som deltar i tilvirkingsprosessen, og *som ikke er* prosjekterende. Det er således snakk om det som presteres av de aktørene som ikke er entreprenører eller leverandører, men som bidrar med utrednings-, rådgivnings- og tilsynsfunksjoner i bygge- eller anleggsprosessen. I den aller snevreste forstand vil man også se bort fra den rådgivning som ytes av byggeledere og kontrollører, ved at begrepet forbeholdes ytelser som utføres av rådgivende ingeniører og arealplanleggere eller andre spesialister som gir råd, uten at de konstruerer eller designer.

Begrepet rådgivning i *vid forstand*, omfatter ytelser fra alle disse aktørene, også de prosjekterende. Videre omfatter det ytelser som i all hovedsak går ut på koordinering eller kontroll – og dermed tilsynsfunksjoner som strengt tatt ikke dekkes av karakteristikken rådgivning. Det er i en slik vid forstand begrepet er benyttet her. Slik er det også benyttet i nyere teori på området.¹

1 Meyer-Myklestad (red.) s. 15.

Når det vises til byggeledere og prosjektledere er det nok mer treffende å vise til medhjelpere eller representanter, enn å omtale disse som rådgivere slik det her gjøres. Disse aktørene gir ikke nødvendigvis råd, men har først og fremst funksjoner som består av tilsyn og administrasjon. Det kan vel også diskuteres hvorvidt det er naturlig å betegne ytelser som består i å utforme arkitektoniske skisser og annet tegningsarbeid som «rådgivning». Når det gjelder slikt arbeid er nok prosjektering eller design mer dekkende. Til tross for dette, er altså alle disse i denne sammenheng å betrakte som rådgivere.

I mange sammenhenger betegnes rådgivere som «konsulenter». Denne betegnelsen kan være hensiktsmessig for å tydeliggjøre at man har ment å vise til selvstendige oppdragstakerne, i motsetning til ansatte. Rådgivere som er selvstendige oppdragstakere står i en særstilling i forhold til ansatte, ut fra at de gir bistand som et ledd i en profesjonsutøvelse, og er underlagt et særskilt profesjonsansvar. Dette ansvaret er et sentralt tema for denne boken. Fremstillingen relaterer seg ikke til ansatte, men nettopp til selvstendige oppdragstakere, – *de eksterne rådgiverne* om en vil. Som det fremkommer i bokens punkt 1.1.3 er det sentrale; ansvaret i relasjon til den formelle kontraktspart, og ikke ansatte eller eiere.²

Vår anerkjente professor innenfor entrepriserett, Tore Sandvik valgte nettopp tittelen «Konsulenters økonomiske ansvar» for sitt innlegg på det 27. nordiske juristmøte i Reykjavik i 1975. Betegnelsen «konsulenter» ble der avgrenset til konsulenter som har som yrke å ta betaling pr. oppdrag, og ikke var ansatt. Videre ble innlegget begrenset til kun å omhandle konsulentvirksomhet på ingeniør- og arkitektområdet, og til oppdrag som gjaldt tilvirkning av fysiske objekter, og da særlig bygg og anlegg. Avgrensningen er langt på vei den samme i fremstillingen her.

Jeg har vært inne på den tanken at bokens tittel skulle baseres på betegnelsen «konsulenter». Dette begrepet benyttet jeg i tittelen på min forrige bok innenfor dette fagområdet: Boken «Byggeleder- og konsulentavtaler. En kommentar til NS 8403 med paralleller til NS 8401 og NS 8402».³ Det å omtale rådgivere i bygge- og anleggsbransjen som konsulenter synes også å være den vanlige terminologien i svensk rett. Der vises det til «konsultavtal» og «konsultoppdrag». Standardavtalen på området ABK 09, har dessuten tittelen «Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvirk-

2 Rt. 2002 s. 286 KPMG og Hagstrøm/Stenvik s. 124.

3 Boken utkom i 2007, og har vært utsolgt i lang tid. Den er imidlertid tilgjengelig i elektronisk format hos Rettsdata.

samhet». Selv har jeg valgt å gå bort fra begrepet «konsulenter». Dette har særlig sammenheng med at jeg rent umiddelbart forbinder ordet «konsulent» med «konsulentbransjen» – et nokså vidtfavnende begrep som kan benyttes om aktører i mange bransjer, som hos meg særlig gir assosiasjoner til tjenesteyting som bedriftsrådgivning og rådgivning innenfor datateknologi, informatikk og telekommunikasjon, men også økonomisk rådgivning og revisjon. Denne oppfatningen har nok sammenheng med utbredelsen av de store globale «konsulentselskapene» nettopp innenfor disse områdene. I sitt foredrag om konsulenter, fremhevet Sandvik at betegnelsen «konsulent» er nokså utvannet, og at dette kan skyldes det forhold at begrepet «konsulent» er forbundet med forestillinger om sakkunnskap og kvalifikasjoner; og den status dette gir. Videre påpeker han at denne utvanningen nettopp har ledet til at tekniske konsulenter i stedet har gått over til å omtale sin egen funksjon som «rådgivende ingeniører».⁴ Slikt sett synes betegnelsen «rådgivere» å være noe mer i dagens ånd i hvert fall i bygge- og anleggsbransjen her til lands. Dette er også den betegnelsen som i all hovedsak benyttes i nyere rettsteori på området.⁵ Også i dansk rett synes begrepet rådgivere å være det som benyttes mest i dag, sammen med betegnelsen «tekniske rådgivere». Iversen benytter denne betegnelsen både om byggherrerådgiver, og således byggeledere eller prosjektledere, samt arkitekter og ingeniører.⁶

Fellesbetegnelsen «rådgivere» er hensiktsmessig også fordi det i praksis er svært varierende oppgaver som tillegges den enkeltes funksjon i prosjektet. Man kan derfor ikke kategorisere de ulike rådgiverne ut fra yrkesmessig bakgrunn. Ei heller kan de karakteriseres alene ut fra den rolle som innehas i prosjektet. Det er rammen av det konkrete oppdraget som vil være bestemmende for rådgiverens rettigheter og forpliktelser, og det ansvar vedkommende påtar seg. Dette er en bok om alle disse funksjonene, de ulike aktørenes rolle og ansvar, om rettigheter og forpliktelser – særegenheter og fellestrekk.

Denne fremstillingen vil har størst fokus på rådgivernes ansvar overfor oppdragsgiveren. Herunder vil bestemmelsene i de fire rådgiverstandardene NS 8401, NS 8402, NS 8403 og NS 8404, bli behandlet inngående. Dette gjelder både spesifikt, og i et overordnet perspektiv, ved at forholdet til bakgrunnsretten i stor grad trekkes

4 Sandvik 1975 s. 4.

5 Se særlig Meyer-Myklestad (red.) i sin helhet. Dog slik at bruken av begrepet «konsulent» også forekommer, se f.eks. s. 16.

6 Iversen 2016 s. 793.

inn.⁷ I tillegg vil det skje en en betydelig sammenlikning med entreprisstandardene. Som det fremkommer i bokens forord, er dette strengt tatt ingen kommentarbok. Bestemmelsene i rådgiverstandardene er ikke kommentert i sin rekkefølge etter gjengivelse av ordlyden i de respektive bestemmelsene. Som det fremkommer av samlerregisteret over standardbestemmelsene inntatt bak i boken, omtaler jeg imidlertid så å si samtlige bestemmelser i rådgiverstandardene. Bestemmelsene er også sammenliknet med de tilsvarende bestemmelsene i de øvrige standardene. Boken kan dermed omtales som en hybridbok, en mellomting mellom en kommentarbok og en tematisk fremstilling. Den som leser boken og absorberer innholdet får derfor klart mer enn en innføring i rådgiverstandardene og rådgiverretten. Dette er en nisjebok. Det er også en bok for de som vil lære rådgiverrett, og de som har behov for å slå opp enkeltspørsmål for å få svar, eller blott en rettskildemessig forankring. Man kan ikke huske alt, selv om man er spesialist.

Poenget har vært å behandle de rettslige aspektene ved rådgiverens virksomhet. Følgelig omhandles også en rekke temaer som ikke er behandlet i rådgiverstandardene. Dette gjelder både mer allmenne problemstillinger som kontrahering av rådgivere og generelle problemstillinger relatert til profesjonsansvaret, men også mer særegne problemstillinger om vern av prosjekteringsmateriale og forholdet til og opphavsretten. I tillegg kommer forholdet til offentlig myndighet og tredjemenn, herunder det såkalte informasjonsansvaret som i senere tid er ansett å omfatte også ansvarlige søkere og ansvarlige kontrollerende, og som anses å være en del av det generelle skyldansvaret.

1.1.2 Kjennetegn ved rådgiverens virksomhet – introduksjon av profesjonsansvaret

I teorien er rådgivernes virksomhet, om enn noe sjargongmessig, omtalt som en ikke-gjenstandsbasert «intelligensindustri».⁸ Dette er selvsagt ikke ment å indikere at rådgivere er mer intelligente enn andre. Formuleringen har sammenheng med at det er snakk om leveranser av intellektuell ekspertise ut ifra at spesialisert fagkunnskap og erfaring utgjør kjernen i oppdraget. Dette tydeliggjøres i engelsk og amerikansk språkbruk der slik virksomhet omtales som «learned professions». Rådgiverne bidrar med kompetanse, ikke utfø-

7 Begrepet «bakgrunnsretten» er utdypet i bokens punkt 1.3.

8 Krüger s. 165.

relse. Deres ytelse munner ikke umiddelbart ut i et objekt, men i en ivaretagelse. Rådgiverne er tjenesteytere. De leverer «know how» eller immaterielle ytelser, typisk i form av idéer. I teorien er disse ytelsene også omtalt som åndsprodukter.

Begrepet «åndsprodukt» er da ikke ment å være synonymt med det opphavsrettslige begrepet «åndsverk» selv om ytelsen kan bli å anse som et åndsverk. Det er ment som en motsetning til «fysiske produkter» eller mer fysiske prestasjoner». ⁹

Tradisjonelt har nok begrepet «rådgivning» – i hvert fall når det har vært relatert til profesjonsutøvelse, særlig vært benyttet om den rådgivning som ytes av personer med akademisk bakgrunn. Uttrykket «profesjonsansvarlige» var tidligere forbeholdt de som beskjeftiget seg med «liberale yrker» eller «frie yrker». ¹⁰ I dansk teori har Jørgensen fremhevet at dette er ment å stå i motsetning til de som er ansatt i offentlige eller private byråkratier. ¹¹ Det er imidlertid på det rene at det har skjedd en ikke ubetydelig endring av profesjonsansvarsbegrepet siden slutten av 50-tallet og frem til dag, og at det derfor ikke lenger er slik at profesjonsutøvelse er begrenset til slike verv.

Flere teoretikere har søkt å definere begrepet «profesjonsansvar» ved angivelse av kriterier eller momenter som kjennetegner profesjonsutøverens virksomhet. ¹² De enkelte kriteriene varierer noe med presisjonsnivået, men det er et grunnleggende fellestrekk ved bruken av begrepet at det vises til yrkesutøvere som baseres sin virksomhet på en «særlig teoretisk kunnskap og/eller erfaring» på det angjeldende området der de tilbyr sine tjenester ut fra at de har en faglig utdanning – og også gjerne en erfaring, i nettopp dette. Videre er det gjerne snakk om tjenesteyting som skjer mot betaling. Dette siste kan synes selvsagt, men som det fremkommer av min belysning av romerretten i punkt 1.1.3, har det ikke alltid vært slik.

Jørgensen fremhever i dansk teori, at profesjonsutøverne *også* er underkastet et særlig «faglig etos», der det stilles krav som går over den alminnelig samfunnsморal. For så vidt gjelder bruken av betegnelsen «etos» kan nevnes at filosofen Aristoteles (384–322 F.kr.) tilla denne betegnelsen tre egenskaper. Disse var; *areté* som kan sies å være moralsk kvalitet, *phronesis* som viste til

9 Brunsvig 1973 s. 11 samt note 35.

10 Jørgensen/Wanscher s. 425, sml. s. 436 flg.

11 Jørgensen 2001 s. 1.

12 Jørgensen/Wanscher s. 425–426, Ulfbeck 2010 s. 3, Jørgensen 2001 s. 4–5, Matthiasson s. 317 og Wilhelmssen og Hagland s. 131.

sunn fornuft og *eunoia* som refererte til velvilje. Ut fra dette var høy faglig etos nettopp knyttet til de egenskaper en god taler tar med seg inn i situasjonen, typisk ut fra profesjonelle roller eller tillitsverv.¹³ Den islandske professoren Matthiasson beskriver denne atferden med det romerrettslige «codex eticus». Jørgensen trekker dessuten frem at profesjonsutøverne gjerne har en «særstilling i samfunnet» – som kan karakteriseres som en særlig sosial status, ut fra at deres virksomhet er underlagt en særlig lovgivning eller krever annen offentlig autorisasjon eller er tilknyttet faglig anerkjente foreninger som oppstiller «fagetiske» normer for virksomheten.¹⁴

Det fremkommer ikke hva som har dannet grunnlag for Jørgensens utledning, men flere av de kriteriene han fremhever synes direkte knyttet opp mot det danske begrepet «liberale erverv» som anses å betegne «selvstendig ervervsvirksomhet innenfor bransjer som ikke beskjeftiger seg med hverken produksjon eller salg av varer, men med forskjellige former for tjenesteytelse». Definisjonen gjenfinnes den danske Wikipedia, der det også fremkommer at det er felles for de liberale erverv at de krever en bestemt teoretisk utdanning og oftest også bevilling fra en offentlig myndighet, som i regelen gir rett til eksklusiv benyttelse av stillingsbetegnelsen. Som eksempler nevnes at «sivilingeniør» og «arkitekt M.A.A» er beskyttede titler, mens «ingeniør» og «arkitekt» ikke er det. Jeg har ikke funnet noen tilsvarende definisjon av begrepet «liberale yrker» i norske kilder, men har heller ikke benyttet mye tid på å søke etter dette da jeg oppfatter at de sistnevnte momentene ikke lenger gjør seg gjeldende i samme grad. Som det fremkommer nedenfor, benyttes begrepet profesjonsutøvere i dag ikke kun om de som innehar liberale verv.¹⁵

Dog skal det sies at Wilhelmsen og Haglands er inne på en noenlunde tilsvarende betraktning som Jørgensen i sin fremstilling fra 2017, der de skriver: «Profesjoner er kunnskapsbaserte yrker og kjennetegnes ved at yrkesutøvelsen er basert på teoretisk kunnskap, tilegnet gjennom spesialisert utdanning, og krever en eller annen form for godkjenning eller autorisasjon. Eksempler på profesjonsutøvere er leger, advokater eller revisorer. Samfunnet er avhengig av spesialisert kunnskap, og i tillegg til å løse individuelle oppgaver skal profesjonene bidra til å løse samfunnets utfordringer. Det betyr at profesjonsutøverne i tillegg til å forvalte egen kunnskap også forvalter store samfunnsressurser, og profesjonene har en særlig tillitsposisjon i samfunnet.»¹⁶

13 Store norske leksikon på <https://snl.no/etos>.

14 Jørgensen 2001 s. 3–4, jf. Matthiasson s. 317.

15 Slik også Matthiasson s. 317.

16 Wilhelmsen/Hagland s. 131.

I tråd med utviklingen har det oppstått et behov for nye funksjoner og roller som tilsier bistand med rådgivning fra aktører med mer variert bakgrunn. Videre er det åpnet opp for at funksjoner som tidligere ble utført av bestemte yrkesgrupper, også kan utføres av andre med en annen bakgrunn – samtidig som flere funksjoner som tidligere ble utført av flere rådgivere integreres inn under en aktør. Dermed får man en yrkesmessig overlapp som i større eller mindre grad griper inn i de tidligere tradisjonelle yrkesbetegnelsene. Denne utviklingen har også påvirket profesjonsbegrepet.¹⁷ Ut fra dagens språkbruk omfatter begrepet profesjonsutøvere, mer aktører med ulikeartet bakgrunn og yrkeserfaring. Dette gjør seg ikke minst gjeldende innenfor bygge- og anleggsbransjen. Det vil fremkomme at det er snakk om et stort spekter av rådgivere, og at det er snakk om ulike grupperinger som har ulik utdanning og er knyttet til forskjellige fagorganisasjoner. Det er således ikke lenger bare arkitekter og ingeniører som kan karakteriseres som profesjonsansvarlige i denne bransjen.

I dag synes det å være anerkjent at «profesjonsansvar» er et dynamisk begrep både med hensyn til omfang og innhold.¹⁸ Man opererer slikt sett med en mer moderne tilnærming. I dansk rett kan nevnes at Jørgensen betegner profesjonsansvaret som «funksjonsbestemt». Jeg oppfatter at han med dette sikter til at innholdet i profesjonsansvaret vil variere med den funksjon vedkommende påtar seg og de krav og forventninger som kan stilles til vedkommende ut fra oppdraget.¹⁹ Slik sett kan man si at man har beveget seg fra et yrkesrettet til et funksjonsbestemt profesjonsansvar. Uttalelser i forarbeidene til ny advokatlov tyder på at dette er en betraktning som må anses å gjelde også her til lands.²⁰ Jeg oppfatter uansett at det er riktig å betegne profesjonsansvaret som funksjonsbestemt i norsk rett.

Det er også naturlig å peke på et annet trekk i utviklingen av profesjonsansvaret. Som jeg har vært inne på i punkt 1.1.1, har profesjonsansvarlige tradisjonelt vært å anse som selvstendige oppdragstakere, eller næringsdrivende i motsetning til ansatte. Også på dette punkt har det skjedd en endring ved at mange av de aktørene som tradisjonelt drev virksomhet i eget navn, i dag gjerne tilbyr sine tjenester gjennom juridiske selskap med mange ansatte. Profesjonsansvaret er dermed ikke lenger knyttet opp mot enkeltpersoner på samme måte som før. Det blir et ansvar for juridiske selskap i kraft

17 Jørgensen 2001 s. 1.

18 Jørgensen 2001 s. 1.

19 Jørgensen 2001 s. 4–5.

20 NOU 2015: 3 pkt. 18.1.

av arbeidsgiveransvaret Det kan til og med være snakk om profesjonsansvar for institusjoner og interesseorganisasjoner.²¹I så måte er det avgjørende for å kunne anses som «profesjonsansvarlig» at tjenestene ytes med bakgrunn i et oppdrag – hva enten dette oppdraget er inngått med tjenesteyteren som selvstendig næringsdrivende eller med en virksomhet som denne er ansatt i.

I denne fremstillingen har de ulike rådgiverne nettopp til felles at de er selvstendige oppdragstakere i forhold til oppdragsgiveren, det være seg byggherren, totalentreprenør eller andre oppdragsgivere i bygge- og anleggsbransjen. Som jeg var inne på i bokens punkt 1.1.1, er det dette tilknytningsforholdet som skaper det særlige profesjonsansvaret i juridisk forstand. Der en ansatt begår feil, vil imidlertid arbeidsgiveren normalt kunne bli ansvarliggjort under profesjonsansvaret ut fra arbeidsgiveransvaret. Den ansattes handlinger identifiseres da med arbeidsgiveren. Slikt sett blir ansatte «indirekte» møtt med samme norm, men de har normalt intet selvstendig ansvar overfor oppdragsgiveren, slik arbeidsgiveren har det.

Jeg kommer ikke nærmere inn på hva som skiller en selvstendig rådgiver fra en ansatt.²²Det som her er det sentrale er at vedkommende ikke er underlagt oppdragsgivers instruksjonsmyndighet med hensyn til utførelsen av oppdraget, og slikt sett opptrer med den uavhengighet og integritet som tradisjonelt har kjennetegnet de liberale eller frie yrker. Dette gir seg blant annet utslag i et krav til uavhengighet som er nærmere omtalt i bokens punkt 5.2.

1.1.3 Rettslig plassering

Denne fremstillingen omhandler i all hovedsak forholdet mellom rådgiver og oppdragsgiver i kraft av et oppdragsforhold og dermed kontraktsrettslige forhold. Temaet har derfor en side til kontraktsretten og obligasjonsretten.

Tradisjonelt har denne type *avtaler*, som fullt ut baserer seg på en profesjonsutøvelse, vært å anse som «verkskontrakter».²³ Dette kan nok komme overraskende på mange, ut fra at de fleste fremstillinger om verkskontrakter i det vesentlige omhandler tilvirkning og bearbeiding av løsøre eller fast eiendom – og således entreprise eller transport. Men den nokså konturløse betegnelsen verkskontrakter

21 Matthiasson s. 316–317.

22 I entrepriserettslig litteratur er skillet mellom ansatte og selvstendige oppdragstakere er blant annet behandlet hos Sandvik 1975 s. 48– 56 og Brunsvig 1973 s. 117.

23 Sandvik 1966 s. 92– 95 samt Brunsvig 1973 s. 121.

som sjeldent benyttes i dag, innebærer først og fremst en avgrensning mot overdragelse av fysiske gjenstander, slik som kjøp og salg. Noe lettere å forstå sammenhengen mellom profesjonsutøvelse og verkskontraktene er det, når det presiseres at det i tilfellet er snakk om undergruppen «verksleie». Et begrep, som i likhet med «verkskontrakter», er på vei ut.

I vid forstand anses kontrakter om verksleie egentlig som arbeidskontrakter, men de skiller seg fra regulære arbeidskontrakter – de egentlige arbeidsleiekontraktene – ved at verksleie forutsetter en leveranse av et bestemt *arbeidsresultat*, mens arbeidsleie er en kontrakt om levering av arbeidskraft i form av en gitt en arbeidsmengde. Ved verksleie består arbeidet i å få frem det avtalte produktet til en nærmere avtalt tid. Videre forplikter arbeidstakere seg normalt til å respektere arbeidsgiverens instruksjoner, mens den som bistår med verksleie ikke gjør det.²⁴ Det er imidlertid neppe mange jurister og andre i dag som assosierer denne typen kontraktsjus med det vi tradisjonelt ser på som arbeidsrett.

Går man tilbake til romerretten, hadde man på dette rettsområdet å gjøre med kontraktsforpliktelser som har sitt utspring i kontraktsypen; *locatio conductio*. Denne kontraktsformen var kjennetegnet ved at den omfattet ulike former for utleie eller innleie. Det latinske ordet *locare* betyr å plassere ut eller stille til rådighet, mens *conductio* kommer fra *conducere* som vel best kan forklares med å gå frem eller å ta med.

Det synes i all hovedsak å ha vært snakk om tre former for leie: *locatio conductio rei*, *operarum* og *operis* som er betegnelser som refererte til leieobjektets karakter. *Locatio conductio rei* gjaldt leie av ting, hvilket er lite interessant i denne sammenheng. *Locatio conductio operarum* gjaldt den situasjon at en person stilte sin arbeidskraft til disposisjon for å utføre en tjeneste av et nærmere omfang, mens *locatio conductio operis* refererte til tjenestekontrakter der en person tok på seg å utføre et bestemt arbeid – med det formål å levere et bestemt resultat. Der arbeidet ble utført til fastpris var det snakk om *locatio conductio operis faciendi*.

Ut fra at rådgiverne er forutsatt å skulle bistå med en omsorgsforpliktelse, og ikke en resultatforpliktelse, ser vi at dagens profesjonsansvar ligger nærmest kontraktsformen *locatio conductio operarum*. Dette er også den nærliggende forståelsen ut fra at det latinske begrepet *operarum*

24 Se nærmere om dette i bokens punkt. 5.2.

kommer fra *operae* som betyr service.²⁵ I dag er dette også en betegnelse som synes forbundet med service- eller tjenestekontrakter.

Går man dypere ned i romerretten vil man imidlertid avdekke at ytelser innenfor det man tradisjonelt forbinder med liberale yrker var omfattet av kontraktsformen *locatio conductio operarum*, men at denne typer ytelser *ikke* ble kontrahert mot betaling. I det romerske aristokratiet skal det å yte tjenester mot betaling ha vært ansett som upassende, idet aristokratene var forutsatt å skulle bidra til fellesskapets beste i egenskap av å være fri og ubundet. Zimmermann uttrykker det slik: «Only those who did not have to worry about their daily bread were able to seek self-fulfilment by devoting their service of the *res publica*».²⁶

Selv om rådgiveransvaret tradisjonelt sett har vært behandlet med utspring fra kontraktsretten, har rådgiveransvaret også en klar side – eller en forankring om en vil – til *erstatningsretten*. Dette ut fra at rådgivernes erstatningsansvar – som er en helt grunnleggende forutsetning for rådgiveres ansvar overhodet, er basert på det erstatningsrettslige culpaansvaret. Går man tilbake i tid ble læren om erstatningsplikt i kontraktsforhold ofte sett på som en del av den alminnelige erstatningsretten. Tørum beskriver at her har skjedd en gradvis fisjonsprosess på obligasjonsrettens område. Dette ut fra at teoretikerne til stadighet har trukket ut emner som helt fra Gaius sin fremstilling «*Institusjonem*», har vært å anse som en del av den obligasjonsrettslige teori, og beskrevet disse som egne rettsområder.²⁷ I dag er det vanlig at erstatningsplikter i og utenfor kontrakt fremstilles i henholdsvis kontrakts- og erstatningsretten. Ettersom profesjonsansvaret har en side både til obligasjonsretten og erstatningsretten, er dette ansvaret i nyere teori behandlet både i kontraktsrettslige og erstatningsrettslige fremstillinger.

Det har det vært – og muligens er – et diskusjonstema hvorvidt den strenge ansvarsnormen for profesjonsutøvere er å anse som en del av det alminnelige ulovfestede culpaansvaret eller om det er å anse som en egen ansvarsform? Jeg kommer ikke nærmere inn på dette ut fra at det først og fremst er en akademisk problemstilling. Det som er det interessante er ansvarets innhold. Videre er det av interesse, og av betydning, at profesjonsansvaret er å anse som et ansvar både i og utenfor kontrakt. Som jeg straks kommer inn på, har det profesjonsansvaret som her omhandles, også en side til *entrepriseretten*, som

25 Zimmermann s. 384–394.

26 Zimmermann s. 388.

27 Se nærmere om dette hos Tørum 2007 II s. 565.

en spesiell form for kontraktsrett. Man kan også se på rådgiverretten som en spesiell form for kontraktsrett adskilt fra entrepriseretten.²⁸

1.1.4 Forholdet til entrepriseretten

I mange sammenhenger omtales temaet for denne boken som en del av «entrepriseretten» uten at dette ofres en tanke, ei heller noen ettertanker. De fleste jurister vil også anta at en kollega som arbeider med entrepriserett som sitt spesialfelt, har god kjennskap til de juridiske aspekter ved det arbeidet som utføres av rådgivere i bygge- og anleggsbransjen. På den annen side finnes det også en del entreprisjurister som ikke gjør det. Ut fra dette kan det spørres om det er riktig å betegne denne siden av rådgiverretten som entrepriserett?

Entrepriseretten omhandler de juridiske aspektene ved bygge- og anleggsarbeider som utføres på landjorden.²⁹ Det temaet som her omhandles, kan åpenbart anses som deler av et slikt arbeid. Enkelte vil nok imidlertid mene at det da er snakk om entrepriserett i vid forstand. Når man refererer til begrepet «entrepriserett» i mer tradisjonell forstand, tenker nok mange særlig på de kontraktsrettslige sidene ved at en selvstendig oppdragstaker, påtar seg å utføre et bygge- eller anleggsarbeid overfor en byggherre – og således entreprenørens ytelser. Dette er den definisjonen som gjenfinnes i Hagstrøm og Bruseruds bok om entrepriserett, der det også vises til at begrepet omfatter, men ikke er begrenset til: nybyggings-, vedlikeholds-, reparasjons- og ombyggingsarbeid.³⁰ De presiserer at entreprisavtaler gjelder *utførelsen* av bygge- og anleggsarbeid, og avgrenser mot avtaler om prosjektering.³¹ Samtidig er det på det rene at entreprenørens prosjektering – og for så vidt også byggherrens prosjektering, er tema i den tradisjonelle entrepriseretten. Da er veien kort til også å innbefatte rådgiveres kontraktsforhold ut fra at det er disse som i praksis normalt utfører prosjekteringsarbeidet for entreprenøren. Jeg har funnet en dansk teoretiker som nettopp vinkler definisjonen av begrepet entrepris mot dette forhold idet det sies: «Med uttrykket *klassisk entrepris* menes der den situation, hvor en byggherre skal imødesee et behov for et bygge- eller anlægsprosjekt. Til dette projekt antager byggherren et rådgiverfirma, som typisk består af arkitekter og/eller ingeniører. Herefter udarbejder rådgiveren tegninger og

28 Se bokens punkt 1.1.5.

29 Hagstrøm/Bruserud 2014 s. 19 og Samuelsson 2011 s. 13 flg.

30 Hagstrøm/Bruserud 2014 s. 19.

31 Hagstrøm/Bruserud 2014 s. 20.

prosjektmateriale. Etterfølgende opføres bygge- eller anlægsprosjektet af en entreprenør.»³²

Mitt poeng er å få frem at det strengt tatt blir en smakssak hvordan man velger å plassere det temaet som her omhandles, og at det er rom for å anse dette som en del av entrepriseretten. Det finnes dessuten rent entrepriserettslige fremstillinger som også omhandler forholdet til rådgivere og deres profesjonsansvar.³³ I tillegg kan nevnes at Høyesterett har karakterisert forholdet mellom oppdragsgiver og prosjekterende etter NS 8402 som et «entrepriseforhold».³⁴ Ut fra denne praksis kan temaet for denne boken anses som den del av entrepriseretten. Her som ellers, vil begrepsbruken også variere ut fra om det er meningen å vise til en mer begrenset del av entrepriseretten, eller entrepriserett generelt. De to ulike formene aktualiseres alt her. I denne fremstillingen har jeg valgt å omtale de standardkontraktene som gjelder i forholdet mellom byggherre og entreprenør, herunder NS 8405, NS 8406 og NS 8407, som *entreprisestandardene*. Dette i motsetning til rådgiverstandardene: NS 8401, NS 8402, NS 8403 og NS 8404.³⁵ Går man inn på Standard Norges hjemmeside med oversikt over standarder, vises det til begge disse kategoriene av bransjestandarder som entreprisestandarder.

1.1.5 Finnes det en egen «rådgiverrett»?

Ut fra det som har fremkommet i den generelle gjennomgangen til nå, kan det reises spørsmål om det finnes en egen «rådgivningsrett» eller «rådgiverrett»? Svaret på dette er etter mitt syn «ja», selv om en slik betegnelse ikke er så utbredt i praksis. Jeg har merket meg at det i forarbeidene til det nye danske AB 18 – systemet vises til at løsninger som ikke er besvart av den forenklede rådgiverstandard må søkes i «den almindelige rådgiverret eller den almindelige obligasjonsret».³⁶ Ut fra dette, oppfatter jeg at en slik begrepsbruk i hvert fall forekommer i dansk rett. Rådgiverrett er intet fast innarbeidet begrepet i norsk rett. Som jeg var inne på kan det samme for så vidt sies å gjelde om entrepriseretten. Det er uansett snakk om et rettsfelt som lengre tid har kunnet defineres ved et vidt og snevert begrep. Begre-

32 Rye-Andersen s. 5.

33 Se bl.a. Iversen 2016 som behandler temaet i kapittel 8 og 29.

34 Rt. 2013 s. 1451 *Kjøleanlegg*.

35 For en oversikt over de ulike entreprisestandardene, se registerdelen med oversikt over forkortelser.

36 Forarbeider AB 18 – systemet K» s. 467.