

Kreditorekstinksjon i lys av EMK

Kan tinglysingsloven § 23 lede til resultater i strid med eiendomsvernet i EMK P1-1?

Kandidatnummer: 186

Antall ord: 14 429



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Typetilfellet	4
1.3	Temaets aktualitet	4
1.4	Begrepsavklaringer	6
1.4.1	Kreditor, debitor og suksessor	6
1.4.2	Kreditorekstinksjon	6
1.4.3	Rettsvern, rettsvernsakt og sikringsakt	6
1.4.4	Konkurs	7
1.5	Metode	7
1.6	Avgrensninger	8
1.7	Oppgavens struktur	8
2	Konkursboets rett til ekstinksjon etter tinglysningsloven § 23	9
2.1	Hensyn	9
2.2	Overordnet om beslagsretten	10
2.3	Innholdet i tinglysningsloven § 23	10
2.3.1	Generelt	10
2.3.2	Anvendelsen av bestemmelsen i praksis	11
3	Eiendomsvernet i EMK	13
3.1	Konvensjonens plassering i norsk rett	13
3.2	EMDs metode	13
3.3	Forholdet mellom EMD og nasjonale domstoler	14
3.4	Innholdet i EMK P1-1	15
4	Medfører det skisserte typetilfellet et brudd på EMK P1-1?	17
4.1	Innledning	17
4.1.1	Pye-saken	17
4.1.2	Boyadzhieva-saken	18
4.2	De seks vurderingene	18
4.2.1	Vernet rettighetssubjekt og eiendomsgode	18
4.2.2	Inngrep	19
4.2.3	Klassifisering av inngrepet	22

4.2.4	Lovkravet	24
4.2.5	Formålskravet	25
4.2.6	Proporsjonalitetskravet	27
5	Veien videre	46
	Kilderegister.....	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er norske kreditorekstinksjonsregler i lys av eiendomsvernet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen.¹ Hovedproblemstillingen er om tinglysningsloven § 23 er i strid med eiendomsvernet i EMKs første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1) i et typetilfelle der det ikke er fare for kreditorsvik og suksessor ikke kan klandres for manglende tinglysning.²

Tingl. § 23 angir konkursboets rett til *ekstinksjon*. Bestemmelsen innebærer at konkursboet kan ta beslag i rettigheter til fast eiendom på bekostning av *debitors suksessor* dersom overdragelsen ikke er tinglyst.³ Regelen er først og fremst begrunnet i hensynet til å motvirke kreditorsvik.⁴

Kreditorekstinksjonsreglene er rigide og behandles strengt i domstolene.⁵ Det gjøres ikke unntak selv der rimelighetshensyn tilsier det. Denne strenge tilnærmingen leder i noen tilfeller til resultater som fremstår urimelige for suksessor: Riktignok vil nok mange mangle sympati med eiendomsbaronen som, risikoen bevisst, har unnlatt å tinglyse kjøpet av en bygård for å spare dokumentavgiften.⁶ Derimot er det vanskeligere å akseptere at trebarnsmoren taper rekkehuset hun har kjøpt til seg og familien, uvitende om tinglysningslovens ekstinksjonsregler.

EMK P1-1 beskytter borgernes rett til å nyte sin eiendom i fred. Etersom tingl. § 23 åpner for at konkursboet tar beslag i fast eiendom på bekostning av debitors suksessor, kan det dermed oppstå et spenningsforhold mellom norsk rett og menneskerettskonvensjonen. Det er dette spenningsforholdet som er gjenstand for analyse i oppgaven.

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettskonvensjonen - EMK).

² Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning (tinglysningsloven – tingl.). Nærmere om typetilfellet under punkt 1.2.

³ Definisjoner av kursiverte begreper under punkt 1.4.

⁴ Se punkt 2.1.

⁵ Se punkt 2.3.2.

⁶ Særavgift på 2,5 prosent av eiendommens markedsverdi.

1.2 Typetilfellet

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har en konkret tilnærming i sine avgjørelser, der individuelle forhold tillegges betydelig vekt. I det følgende oppstilles derfor et typetilfelle som danner utgangspunktet for vurderingen i oppgaven. Typetilfellet er valgt for å sette problemstillingen på spissen og for å gi grunnlag for en grundig, nyansert og konkret analyse.

En konsesjonspliktig eiendom skal overdras fra selger til kjøper. Skjøtet kan ikke tinglyses før kjøperen har fått innvilget konsesjon.⁷ Partene blir enige om at kjøper skal søke om konsesjon straks kjøpesummen er betalt, og eiendommen er overtatt av kjøper. Kjøperen søker, men før den blir innvilget og hjemmelsoverføringen tinglyst, går selger (*debitor*) konkurs. Partene og konkursboet er enige om at det ikke er fare for kreditorsvik ved den aktuelle transaksjonen. Konkursboet ekstingverer likevel kjøperens (*suksessorens*) rett i eiendommen etter tingl. § 23 og tar beslag, på tross av at kjøper ikke kan klandres for å ikke ha tinglyst.

Rt. 2002 s. 1484 U omhandlet et tilnærmet likt tilfelle, bare at den gjaldt utlegg. Høyesteretts kjæremålsutvalg konkluderte enstemmig med at kemnerens utlegg gikk foran kjøperens utinglyste eldre rett og uttalte på side 1487:

At debtors overdragelse av eiendommene til en ny eier som følge av konkursbehandlingen kan ettervises på en fullt ut pålitelig måte, kan heller ikke forhindre at den nye eieren må respektere en utleggsforretning som er tinglyst før han selv får tinglyst skjøte. Det forhold at [utleggstaker] i dette tilfelle [...] var fullt orientert [...] om forholdene rundt den forsinkede tinglysingen av [kjøperens] eiendomsserverv, får ikke betydning [...].

Etter tingl. § 23, dersom en ser bort fra EMK, er det dermed klart at suksessor blir ekstingvert i det skisserte typetilfellet.

1.3 Temaets aktualitet

Dynamisk tingsrett og gjeldsforfølgning er samfunnsmessig viktige rettsområder. Det dreier seg gjerne om store verdier, særlig når det gjelder fast eiendom. For privatpersoner er boligen ofte deres mest verdifulle formuesgode.⁸ Enkeltpersoner kan dermed potensielt lide ruinerende tap som følge av kreditorekstinksjonsreglene. Rettsområdene er dessuten sentrale

⁷ Konsesjon er løyve fra kommunen for å overføre større eiendommer.

⁸ Marthinussen (2023) s. 16.

for kredittlivet. Uten velfungerende regler om gjeldsfølgning og dynamisk tingsrett ville det være større risiko knyttet til långivning. Dette kunne ha begrenset mulighetene for låneopptak, og økt prisene på disse.

I 2022 var det 3713 konkurser i norske aksjeselskaper og enkeltpersonsforetak.⁹ Potensialet for at konkursbo ekstingverer rettigheter i eiendom er dermed stort. Selv om det er avsagt noen prinsipielle avgjørelser om temaet de siste 20 årene, er det likevel ikke så ofte oppe for domstolene.¹⁰ Om dette skyldes at kreditorekstinksjon er uvanlig, eller at reglene er så rigide at den ekstingverte part ikke ser noe poeng i å ta saken til retten, er uklart.

Norske domstoler har ikke drøftet tingl. § 23 eller andre kreditorekstinksjonsregler i lys av EMK P1-1. Konvensjonsbestemmelsen har imidlertid blitt anført av partene i enkelte saker i nyere tid, uten at Høyesterett har tatt stilling til det i premissene.¹¹ Dette tyder på at norske jurister har blitt oppmerksom på problematikken og kan føre til at Høyesterett i fremtiden vil måtte ta stilling til spørsmålet.

Heller ikke EMD har prøvd norske kreditorekstinksjonsregler. Domstolen har imidlertid vurdert tilgrensende temaer som kan bidra i drøftelsen av oppgavens hovedproblemstilling. En av disse er storkammeravgjørelsen i *Pye-saken* fra 2007.¹² Dommen har vært retningsgivende for EMDs praksis, blant annet fordi den tydeliggjorde at EMK P1-1 har betydning også i saker mellom private parter, og ikke bare i relasjonen mellom stat og individ. En annen sentral avgjørelse for problemstillingen er *Boyadzhieva-saken* fra 2018, der EMD konkluderte med at en bulgarsk konkursregel var konvensjonsstridig.¹³ Jeg kommer tilbake til innholdet og rekkevidden av disse dommene. Poenget her er at dommene viser en vilje hos EMD til å prøve privatrettslige regler, inkludert konkursregler.

Opgavens problemstilling har blitt berørt av enkelte forfattere i juridisk teori. Hans Fredrik Marthinussen var tidlig ute med å drøfte spørsmålet om kreditorekstinksjonsreglers forhold til EMK.¹⁴ Senere har spørsmålet blitt drøftet av blant andre Sverre Magnus Bergslid Salvesen

⁹ Statistisk sentralbyrå (2023).

¹⁰ Et søk på «tinglysingsloven § 23» i lovdata gir treff i 77 rettsavgjørelser.

¹¹ Se for eksempel HR-2021-1773-A (Bank Norwegian) avs. 19 og 24. Det ble ikke nødvendig å ta stilling til rekkevidden av EMK ettersom rette eier fikk medhold i at de hadde oppnådd rettsvern gjennom selvstendig rettsvernshevd.

¹² *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom* [GC]. (Heretter «*Pye* (Storkammer)»).

¹³ *Boyadzhieva and Gloria International Limited Eood v. Bulgaria* [J]. (Heretter «*Boyadzhieva* (kammer)»).

¹⁴ Se Marthinussen (2008) og senere Marthinussen (2023).

og Bjørn Løvteit.¹⁵ Også flere masteroppgaver har drøftet dette og tilgrensende temaer. Denne oppgaven vil likevel kunne tilføre noe nytt. Den forholdsvis nye *Boyadzhieva-saken* skal analyseres grundigere i denne oppgaven enn det som har vært tilfelle i nevnte kilder, og internasjonal juridisk teori skal i større grad bli tatt i betraktning.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 Kreditor, debitor og suksessor

Innenfor dynamisk tingsrett har kreditor- og debitorbegrepene et snevrere meningsinnhold enn i obligasjonsretten. «Kreditor» blir her anvendt om en dekningsøkende utleggstaker eller konkursbo.¹⁶ I oppgaven vil begrepet først og fremst referere til konkursboet, ettersom det er konkursboets ekstinksjonsrett som er tema. «Debitor» vil brukes om den som blir utsatt for gjeldsfølgning av kreditorene, og «skyldner» vil brukes synonymt med dette.¹⁷ I typetilfellet er debitor eiendommens selger. Begrepet «suksessor» brukes om debitors rettsetterfølger, og er i typetilfellet eiendommens kjøper og rette eier.

1.4.2 Kreditorstinksjon

Når kreditor tar beslag i et formuesgode, kan det oppstå en rettighetskollisjon dersom kreditor påstår å ha bedre prioritet enn den konkurrerende rettigheten. Utgangspunktet er «først i tid, best i rett», altså at den rettigheten som ble stiftet først, har best prioritet.

«Kreditorstinksjon» er et unntak fra dette utgangspunktet.¹⁸ Dersom ikke suksessor har foretatt rettsvernsakten i forkant av beslagstidspunktet, og dermed ikke har rettsvern, kan kreditor ta beslag og slik oppnå bedre rett enn debitor.

1.4.3 Rettsvern, rettsvernsakt og sikringsakt

«Rettsvern» er suksessors beskyttelse mot ekstinksjon. Det skilles mellom beskyttelse mot senere avtaleervert og mot senere kreditorbeslag. Ofte er det den samme «rettsvernsakten» som må utføres for å oppnå rettsvern i begge tilfellene, men ikke alltid.¹⁹ Gjennom

¹⁵ Salvesen (2021) og Løvteit (2021).

¹⁶ Lilleholt (2018) s. 34.

¹⁷ Salvesen (2021) s. 24.

¹⁸ Se punkt 2.

¹⁹ Se for eksempel tingl. § 20 der tinglysing er rettsvernsakten i begge relasjoner.

rettsvernsakten etablerer suksessor rettsvern mot fremtidig ekstinksjon.²⁰ «Sikringsakt» er betegnelsen på handlingen som gjør at ekstinksjon skal inntre. For fast eiendom er tinglysning både rettsvernsakt og sikringsakt. Konkursboet trenger imidlertid normalt ikke å gjennomføre noen sikringsakt for å ekstingvere jf. tingl. § 23.

1.4.4 Konkurs

Konkurs er kreditorenes fellesforfølgning og generalbeslag i skyldnerens formue i den hensikt å gi skyldnerens fordringshavere dekning for sine krav.²¹ Beslaget tas i alle formuesgoder som «tilhører skyldneren» på beslagstiden jf. dekningsloven § 2-2.²² Konkursinstituttet er begrunnet i hensynet til å motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller mellom skyldnerens fordringshavere og for å oppnå en effektiv gjeldsforfølgning.²³ Det er et grunnvilkår at debitor er insolvent for at konkurs skal kunne åpnes jf. konkursloven § 60.²⁴

1.5 Metode

For å drøfte og besvare problemstillingen skal rettsdogmatisk metode anvendes. Metoden har til formål å klargjøre gjeldende rett på en systematisk måte.²⁵ Som allerede påpekt skal analysen i punkt 4 ta utgangspunkt i det skisserte typetilfellet. Det innebærer at drøftelsen blir konkret og medfører at konklusjonen ikke vil kunne indikere om tingl. § 23 generelt sett strider mot EMK P1-1. Likevel vil drøftelsene også analysere tingl. § 23 på regelnivå. Dette gjøres for det første for å unngå at analysen blir så snever at den ikke har verdi ut over typetilfellet. For det andre kan ikke vurderingene foregå i et vakuum. Regelens egenskaper og virkninger på et generelt nivå vil også kunne si noe om konvensjonsmessigheten i typetilfellet.

Vurderingen av innholdet i og rekkevidden av EMK P1-1 skal gjøres med utgangspunkt i EMDs metode. Denne vil derfor kort, og ikke uttømmende, beskrives i punkt 3.2.

²⁰ Salvesen (2021) s. 25.

²¹ Andenæs (2012) s. 10.

²² Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.).

²³ Andenæs (2012) s. 10-11.

²⁴ Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven – kkl.). Vilkårene for insolvens fremgår av kkl. § 61.

²⁵ Salvesen (2021) med videre henvisninger.

1.6 Avgrensninger

Problemstillingen er knyttet til ekstinksjon av eiendomsrett i fast eiendom. Av hensyn til oppgavens omfang og presisjon, avgrenses det mot ekstinksjon av andre typer rettigheter, slik som pante- og festeretter.

Tingl. § 23 gjør unntak fra tinglygingskravet for blant annet forbehold ved avhendelse og bruksretter. Av hensyn til unntakenes begrensede relevans for hovedproblemstillingen tar oppgaven ikke for seg disse. Av samme grunn behandles heller ikke tingl. § 23 første ledd annet punktum og annet ledd som gir regler ved tvangsakkord.

Grunnloven § 105 gir også borgere et vern av eiendomsretten.²⁶ Dette vernet vil imidlertid ikke berøres her. Avgrensningen følger naturlig av problemstillingen og bestemmelsen gjelder for øvrig kun ved eiendomsavståelse til staten.

Kreditorekstinksjon av eiendomsretten til eiendom som brukes til bolig kan potensielt også tangere retten til respekt for privatliv, familieliv og hjem etter EMK art. 8. Av hensyn til oppgavens omfang vil heller ikke dette drøftes i oppgaven.

1.7 Oppgavens struktur

Denne oppgavens hovedformål er altså å avgjøre om den norske bestemmelsen om konkursboets rett til kreditorekstinksjon av fast eiendom i tingl. § 23 strider mot eiendomsvernet i EMK P1-1, i typetilfellet der det ikke er fare for kreditorsvik, og suksessor ikke kan klandres for manglende tinglysing.

Problemstillingen nødvendiggjør for det første å klargjøre innholdet i og anvendelsen av tingl. § 23 i norsk rett, se punkt 2. Videre presenteres EMK P1-1 kort i punkt 3. Deretter skal tingl. § 23 holdes opp mot EMK P1-1 ved å anvende EMDs metode i punkt 4. Til slutt drøftes kort betydningen av konklusjonen for norsk rett i punkt 5.

²⁶ Lov. 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)

2 Konkursboets rett til ekstinksjon etter tinglysingsloven § 23

2.1 Hensyn

Det bærende hensynet bak reglene om kreditorekstinksjon er å motvirke kreditorsvik.²⁷ Kreditorsvik er skyldnerens illojale unndragelse av midler som skulle tjene til dekning av skyldnerens gjeld. Slik unndragelse kan skje enten ved å overføre aktiva til tredjepersoner slik at kreditorene ikke kan ta beslag, eller ved å tilgodese enkelte av kreditorene på bekostning av de øvrige.²⁸ Ved å motvirke kreditorsvik, sikres en mer forutberegnelig gjeldsforfølgning. Dette er viktig for kredittgivere, for å oppnå best mulige utsikter til dekning for sine krav.

Ifølge Høyesterett oppnås en redusert risiko for kreditorsvik ved å sikre notoritet og til en viss grad publisitet.²⁹ Salvesen oppsummerer argumentasjonsrekken som ligger til grunn for denne oppfatningen slik:

Når debitor blir møtt med pågang fra kreditorene, er det nærliggende at debitor vil forsøke å unndra midler fra kreditorene gjennom illojale disposisjoner. For å motvirke slike kreditorskadelige disposisjoner, bør det stilles krav til at må disposisjoner som debitor foretar, må kunne etterprøves gjennom en ytre markering. I tillegg bør markeringen som debitor foretar være synlig utad, slik at øvrige kreditorer gis anledning til å aksjonere dersom debitor begynner å tappe egen formuesmasse.³⁰

Det er innholdet av og tidspunktet for disposisjonen som må være etterprøvbar.³¹ For å oppnå notoritet rundt en disposisjon krever tingl. § 23 at disposisjonen tinglyses. Gjennom tinglysing blir disposisjonen også tilgjengelig for allmennheten, slik at også publisitetshensynet ivaretas.³² Dette hensynet spiller en mindre fremtredende rolle når det gjelder kreditorekstinksjon, ettersom en kreditor ikke kan gjøre beslag på bakgrunn av skyldnerens legitimasjon. Publisitetshensynet er likevel ikke uten relevans for kreditorene: Kreditor kan

²⁷ Se blant annet HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige) avs. 49 og HR-2017-33-A (Forusstranda) avs. 31. Se for øvrig Salvesen (2021) s. 46 og Lilleholt (2018) s. 35.

²⁸ Salvesen (2021) s. 46.

²⁹ HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige) og HR-2017-33-A (Forusstranda).

³⁰ Salvesen (2021) s. 49 med videre henvisninger.

³¹ HR-2017-33-A (Forusstranda) avs. 31.

³² Salvesen (2021) s. 49, med videre henvisninger.

holde øye med skyldnerens disposisjoner og agere ved for eksempel å begjære konkurs dersom vedkommende oppdager at skyldneren tapper sin formuesmasse.³³

2.2 Overordnet om beslagsretten

Tingl. § 23 inngår i beslagsretten, regelsettet som regulerer kreditorenes rett til dekning i skyldnerens formuesgoder. Hovedregelen går frem av dekl. § 2-2 og lyder:

Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden, og som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger.

Ordlyden «tilhører skyldneren» tilsier at det aktuelle formuesgodet må være eid av den som er debitor for det aktuelle kravet og peker på debtors materielle eierposisjon. I rettspraksis er det slått fast at det er det reelle eierforholdet som er avgjørende jf. blant annet Rt. 1935 s. 981 (Bygland). Dette utgjør det grunnleggende utgangspunktet for gjeldsforfølgning: Kreditorene får verken større eller mindre rett enn det skyldneren har. Det innebærer at formuesgoder som tilhører skyldneren, men som er i noen andres besittelse *kan* beslaglegges og at formuesgoder som skyldneren besitter, men som tilhører andre, *ikke kan* det.³⁴

Deknl. § 2-2 utgjør imidlertid bare et utgangspunkt og regulerer ikke forholdet mellom debtors kreditorer og øvrige tredjemenn uttømmende. I forarbeidene til loven, NOU 1972: 20 (Gjeldsforhandling og konkurs) s. 255, går det frem at «[d]en nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene». En av disse rettsvernsreglene er tingl. § 23.

2.3 Innholdet i tinglysingsloven § 23

2.3.1 Generelt

Tingl. § 23 regulerer konkursboets rett til ekstinksjon av rettigheter i fast eiendom og hvordan rettsvern oppnås for å beskytte seg mot dette. Dagens bestemmelse lyder:

³³ Salvesen (2021) s. 50.

³⁴ Salvesen (2021) s. 44-45. Se også Lilleholt (2018) s. 34, Marthinussen (2023) s. 56 og Andenæs (2012) s. 157-158.

For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen utenfor de tilfeller som er nevnt i § 21 tredje ledd og § 22, være registrert senest dagen før konkursåpningen.

For det første gjelder kravet om registrering kun «rett som er stiftet ved avtale». Ordlyden tilsier at kravet omfatter gjensidige disposisjoner mellom to parter. I rettspraksis har vilkåret imidlertid blitt tolket svært vidt, slik at begrepet ikke innebærer noen begrensning ut over at det må være en frivillig disposisjon.³⁵

For det andre må retten «registr[eres]» for å være beskyttet mot konkursbeslag fra avhenderens konkursbo. Ordlyden peker på at rettigheten må tinglyses jf. tingl. § 5. Tinglysingen må skje se senest dagen før «konkursåpningen». Uttrykket er en henvisning til reglene for konkursåpning i kkl. kapittel VIII. Etter kkl. § 60 skal skyldneren tas under konkursbehandling dersom vedkommende er insolvent og det begjæres av enten skyldneren selv eller en fordringshaver. Konkursen anses åpnet på tidspunktet når kjennelse om åpning av konkurs er avsagt, jf. dekningsloven § 1-4 tredje ledd.³⁶

Oppsummert gir tingl. § 23 konkursboet rett til beslag i rettigheter i fast eiendom på bekostning av debtors suksessor (rette eier), dersom suksessor har unnlatt å tinglyse overdragelsen.

2.3.2 Anvendelsen av bestemmelsen i praksis

Et særtrekk ved rettsvernsreglene, deriblant tingl. § 23, er den svært strenge anvendelsen de får i nasjonale domstoler. I Rt. 1997 s. 1050 A (Momentum) uttrykker flertallet:

Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene.³⁷

Dette utgangspunktet er fulgt opp i senere praksis, se for eksempel Rt. 1998 s. 268 A (Cruise Charter), HR-2017-33-A (Forusstranda) og HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige).

³⁵ Se HR-2017-33-A (Forusstranda) der en fisjon ble ansett å falle inn under avtalebegrepet. Se Marthinussen (2017) s. 70-78.

³⁶ Det følger av kkl. § 79 at konkursåpningen skal registreres i Konkursregisteret. Imidlertid er dette ikke en sikringsakt for konkursboet, som kan ek스팅vere uavhengig av om konkursåpningen registreres.

³⁷ Rt. 1997 s. 1050 A (Momentum) s. 1054-1055.

Rettsvernsreglene tolkes altså strengt etter sin ordlyd, uten mulighet for å innfortolke skjønnspregede unntak. Meningen med dette er å hindre usikkerhet og sikre regler som er rettsteknisk enkle å håndtere. Dette er viktig både for aktørene i kredittlivet, for å sikre forutberegnelighet og for kjøperen av fast eiendom, for å vite når vedkommende trygt kan betale.³⁸ Tatt i betraktning det høye antall utlegg og konkursbeslag i norsk rett er det en fordel med enkle regler, slik at en slipper omfattende bevisføring i alle disse sakene.

Jeg kommer imidlertid tilbake til at disse hensynene ikke nødvendigvis bør være avgjørende. Tvert imot kan det stilles spørsmål ved både reglenes egnethet og behovet for dem.³⁹

³⁸ Marthinussen (2023) s. 111.

³⁹ Se punkt 4.2.6.

3 Eiendomsvernet i EMK

3.1 Konvensjonens plassering i norsk rett

EMK ble vedtatt 4. november 1950. To år senere ble en bestemmelse om vern av eiendomsretten inkludert i konvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1. Denne trådte i kraft i 1954 og er i dag blant EMK-bestemmelsene som påberopes oftest.⁴⁰

Konvensjonen, inkludert første tilleggsprotokoll, er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2.⁴¹ Mrl. § 3 fastsetter dessuten at bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

I plenumsdommen Rt. 2000 s. 996 (Böhler) ble EMKs gjennomslagskraft i norsk rett bekreftet. Det ble slått fast at «[k]onvensjonsbestemmelsen [må legges] til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt».⁴² Denne forståelsen er fulgt opp i senere praksis.⁴³ Dette medfører at EMK P1-1 går foran tingl. § 23, dersom det er motstrid mellom disse. Dommen har også vært retningsgivende for norske domstolars behandling av EMK. I avgjørelsen ble det slått fast at Høyesterett skal anvende EMDs metode ved tolkning av EMK, men at det er EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen.⁴⁴

3.2 EMDs metode

EMD har kompetanse til tolkning og anvendelse av EMK og dens tilleggsprotokoller og dermed til å drive rettsavklaring og rettsutvikling.⁴⁵ Domstolen tar utgangspunkt i prinsippene for traktattolkning nedfelt i Wienkonvensjonen, der hovedregelen er kodifisert i artikkel 31:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.⁴⁶

⁴⁰ Jorem (2021) s. 80.

⁴¹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.).

⁴² Rt. 2000 s. 996 P (Böhler) s. 1007.

⁴³ Se for eksempel Rt. 2002 s. 557 P (Dobbeltstraff I) og Rt. 2015 s. 81 A (Lime I).

⁴⁴ Rt. 2000 s. 996 P (Böhler) s. 1007.

⁴⁵ EMK art. 32 nr. 1.

⁴⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969. (Wienkonvensjonen).

Utgangspunktet for tolkningen er altså en naturlig forståelse av ordlyden, lojalt til partenes intensjoner. EMD legger til grunn en autonom tolkning av begrepsbruken i konvensjonsteksten, slik at nasjonale myndigheters definisjon av et begrep ikke er avgjørende for konvensjonsvernet.⁴⁷ Ordlyden tolkes kontekstuell, noe som innebærer at traktaten leses som en helhet, inkludert fortalen og «any instrument» som har sammenheng med traktaten.⁴⁸ Der ordlyden er åpen, skal den løsningen som samsvarer best med traktatens formål søkes.⁴⁹

Konvensjonen skal garantere rettigheter som ikke er «theoretical or illusory», men «practical and effective».⁵⁰ For å ivareta et effektivt vern tolkes konvensjonen dynamisk, i takt med samfunnsutviklingen.⁵¹ Dette innebærer også at felleseuropeisk konsensus på et område kan få vekt i tolkningen av konvensjonen.⁵²

Selv om EMD ikke formelt er bundet av sin egen praksis, er det likevel den dominerende rettskildefaktoren ved tolkningen av EMK. Domstolen avsier i all hovedsak dommer innenfor rammene av etablert rettspraksis, av hensyn til rettssikkerhet, forutberegnelighet og likhet for loven.⁵³

3.3 Forholdet mellom EMD og nasjonale domstoler

Subsidiaritetsprinsippet har til formål å regulere forholdet mellom medlemsstatenes og EMDs ansvar for gjennomføringen og håndhevingen av konvensjonsrettighetene.⁵⁴ Dette er et grunnleggende EMK-rettslig prinsipp og er inntatt i konvensjonens fortale:

Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European court of Human rights established by this Convention.⁵⁵

⁴⁷ Elgesem (2021) s. 454.

⁴⁸ Wienkonvensjonen art. 31 nr. 2.

⁴⁹ Elgesem (2021) s. 450.

⁵⁰ Se for eksempel *Airey v. Ireland* [J], avs. 24.

⁵¹ *Tyrer v. The United Kingdom* [J], avs. 31.

⁵² Kjølbros (2023) s. 25-36

⁵³ Elgesem (2021) s. 463.

⁵⁴ Settem (2016) s. 120.

⁵⁵ Fortalen ble endret ved EMKs protokoll 15, i kraft 1. august 2021.

Det er altså medlemsstatene som først og fremst har ansvaret for å sikre ivaretagelsen av konvensjonsrettighetene for sine borgere, mens EMD skal spille en subsidiær rolle.⁵⁶ Subsidiaritetsprinsippet er knyttet tett til læren om statens skjønnsmargin. Skjønnsmarginen innebærer at nasjonale myndigheter har en viss frihet til å gjennomføre tiltak de anser nødvendige, uten hinder av konvensjonens rettighetsvern.⁵⁷ Læren bygger på en erkjennelse av at nasjonale myndigheter normalt er bedre rustet til å balansere de ulike interessene som gjør seg gjeldende og vurdere hvilke tiltak som er nødvendig. Dessuten vil EMD i stor grad respektere avgjørelser som er truffet av nasjonale myndigheter med demokratisk legitimitet.⁵⁸ Jo videre skjønnsmargin nasjonale myndigheter tilkjennes, jo mindre intensivt vil inngrepet prøves av domstolen.

3.4 Innholdet i EMK P1-1

EMK P1-1 lyder:

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Første ledd første punktum slår fast at enhver har rett til å nyte sine eiendeler i fred. I første ledd andre punktum går det frem at ingen skal måtte avstå eiendom. Videre følger imidlertid betydelige begrensninger i disse utgangspunktene. Retten til å nyte sin eiendom i fred er altså ikke absolutt, men beror på en avveining mellom individets behov for beskyttelse og statens styringsbehov.⁵⁹

EMK P1-1 er vidt og generelt formulert og har tilsynelatende ingen klar systematikk. Det nærmere innholdet i bestemmelsen er imidlertid klargjort i EMDs praksis. Domstolen vurderer normalt seks hovedspørsmål i spørsmålet om det foreligger et brudd på EMK P1-1: Det må for det første dreie seg om et vernet eiendomsgode og et vernet rettighetssubjekt. For

⁵⁶ Christoffersen (2009) s. 227 flg.

⁵⁷ Jorem (2021) s. 94.

⁵⁸ Jorem (2021) s. 108.

⁵⁹ Solheim (2010) s. 59.

det andre må det foreligge et inngrep i eiendomsretten. Den tredje vurderingen er en klassifisering av typen inngrep. Til sist drøftes om inngrepet er rettferdiggjort i tre vurderinger: Inngrepet må ha tilstrekkelig hjemmel, ha et legitimt formål og være proporsjonalt.⁶⁰

Innholdet i disse seks spørsmålene belyses nærmere i punkt 4.2. Det gis ikke en uttømmende gjennomgang, men de momentene som er mest relevante for vurderingen av typetilfellet skissert i punkt 1.2 trekkes frem.

⁶⁰ Jorem (2021) s. 81.

4 Medfører det skisserte typetilfellet et brudd på EMK P1-1?

4.1 Innledning

I det følgende skal hovedproblemstillingen drøftes. Typetilfellet som ble skissert i punkt 1.2 skal vurderes etter de seks spørsmålene nevnt ovenfor, med særlig fokus på proporsjonalitetsvurderingen. EMDs praksis, og spesielt *Pye-* og *Boyadzhieva-sakene*, får betydelig plass i drøftelsene nedenfor. Førstnevnte har vært toneangivende for EMDs vurdering av privatrettslige tvister, mens *Boyadzhieva-saken* har særlig betydning for vurderingen av det aktuelle typetilfellet på grunn av deres likhetstrekk. Faktum og hovedspørsmålet i disse sakene presenteres derfor først.

4.1.1 Pye-saken

Pye-saken gjaldt ekteparet Graham som brukte en eiendom de leide av selskapet J.A. Pye (Oxford) Ltd. til beite. Pye var registrert som eier i *Land Registry*, det engelske rettsregisteret for fast eiendom. Da leieavtalen utløp, forsøkte ekteparet å forlenge leieperioden, men fikk avslag. Likevel fortsatte ekteparet å benytte eiendommen til landbruk i 15 år, uten protest fra Pye. Ekteparet tok så rettslige skritt for å få eiendomsretten til eiendommen gjennom de dagjeldende engelske reglene om *adverse possession*. Reglene innebar at man gjennom uhjemlet bruk av en eiendom over tid, kan vinne eiendomsrett.⁶¹

I House of Lords i det engelske rettssystemet fikk ekteparet medhold i at de hadde vunnet eiendomsrett til eiendommen på bekostning av Pye. Pye brakte imidlertid saken inn for EMD og Pye fikk i kammerbehandlingen medhold i at regelen var i strid med EMK P1-1.⁶² Saken ble så overført til storkammer. Hovedspørsmålet var om den engelske loven om *adverse possession*, slik den var formulert før 2002, var i strid med EMK P1-1.⁶³

⁶¹ Reglene minner om de norske hevdsreglene, men det stilles kun krav om 12 års uhjemlet bruk (ikke 20) og det ikke kreves god tro, slik som i Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova – hevdslo.).

⁶² *J.A. Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom* [J].

⁶³ Pye (Storkammer), avs. 36.

4.1.2 Boyadzhieva-saken

Boyadzhieva-saken gjaldt en privatperson, Radostina Venelinova Boyadzhieva, og et selskap, Gloria International Eood, som hver for seg hadde solgt medisiner til et selskap, K. K ble senere erklært konkurs. En av konkurskreditorene gikk til sak for å få de nevnte transaksjonene erklært ugyldige og for å få summene K hadde overført for medisinene tilbakebetalt til konkursboet. De bulgarske domstolene tok disse kravene til følge under henvisning til § 646 (2) i den bulgarske handelsloven.⁶⁴ Bestemmelsen fastsatte at alle betalinger gjort under den såkalte *suspect period*, perioden fra et selskap først er insolvent til konkursbehandlingen starter, er ugyldige.⁶⁵ At Ks, og dermed konkursboets, interesser ikke ble skadet av transaksjonene i det konkrete tilfellet ble ikke tatt i betraktning. Det ble heller ikke lagt vekt på at klagerne var i god tro eller at de ikke hadde noen mulighet til å få pengene tilbake gjennom konkursbehandlingen. Boyadzhieva og Gloria International Eood klaget saken inn for EMD. Spørsmålet var om det var i strid med EMK P1-1 at klagerne måtte tilbakebetale beløpene.

4.2 De seks vurderingene

4.2.1 Vernet rettighetssubjekt og eiendomsgode

Etter EMK P1-1 første ledd første punktum nyter «every natural or legal person» konvensjonens eiendomsvern. Etter ordlyden er det dermed knapt begrensninger i hvem som kan påberope seg rettigheten. Rekkevidden av EMK P1-1 har ikke vært problematisert i EMDs praksis, og privatpersoner så vel som organisasjoner og selskaper kan påberope seg bestemmelsen.⁶⁶ I typetilfellet er det en privatperson som mister eiendommen som er kjøpt, altså en «natural person». Subjektet faller klart innenfor konvensjonsbestemmelsens beskyttelse.

Videre angir ordlyden i første ledd at enhver har rett til fredfull utnyttelse av, og retten til å ikke bli fratatt, sine «possessions». I andre ledd brukes begrepet «property», men et skille i meningsinnhold er ikke tilsiktet.⁶⁷

⁶⁴ Boyadzhieva (kammer), avs. 5-23.

⁶⁵ Boyadzhieva (kammer), avs. 25.

⁶⁶ Jorem (2021) s. 82.

⁶⁷ Solheim (2010) s. 132.

Bestemmelsen verner i utgangspunktet rettigheter i eiendom som kan utledes av nasjonale rettsregler.⁶⁸ Eiendomsbegrepet er likevel et autonomt konvensjonsbegrep og kan ikke alene avgjøres på bakgrunn av nasjonal rett.⁶⁹ For at et gode skal karakteriseres som eiendom må det være av økonomisk karakter og være gjenstand for privat og individuelt eierskap.⁷⁰

Etter norsk rett oppnår suksessor eiendomsrett til eiendommen ved den gyldige avtalen med selgeren, selv om skjøtet ikke er tinglyst og suksessor ikke har beskyttelse mot tredjemenn. Det er dermed tale om en rettighet som kan utledes av norske rettsregler. Fast eiendom, slik som i typetilfellet, er dessuten et formuesgode av økonomisk karakter som er gjenstand for privat og individuelt eierskap. Det er dermed tale om et vernet eiendomsgode og det er ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet.

4.2.2 Inngrep

Inngrepsvilkåret går ikke direkte frem av ordlyden i bestemmelsen, men er lagt til grunn i fast konvensjonspraksis.⁷¹ Vilkåret kan ses i sammenheng med grunnprinsippet i bestemmelsens første ledd, første punktum der det går frem at rettighetshaveren har rett til «peaceful enjoyment of his possessions». Denne retten til å utnytte sin eiendom i fred kan krenkes gjennom en form for «interference».⁷²

Terskelen for at en forstyrrelse i eiendomsretten skal anses som et inngrep synes lav.⁷³ Et tiltak må likevel føre til ulemper, ut over et visst minstenivå, for å anses som inngrep.

Forstyrrelser med beskjedne eller ubetydelige konsekvenser for den berørte, faller utenfor konvensjonens vern.⁷⁴ I vurderingen er de økonomiske konsekvensene for klageren et sentralt moment, men det er ikke et absolutt vilkår.⁷⁵

I typetilfellet mister suksessor eiendomsretten til sin faste eiendom til fordel for et konkursbo, som følge av manglende tinglysing. Tingl. § 23 medfører dermed betydelige ulemper for den berørte. Det har store økonomiske konsekvenser, og i mange tilfeller innebærer det ikke bare

⁶⁸ Jorem (2021) s. 83.

⁶⁹ Kjølbro (2023) s. 1327.

⁷⁰ Solheim (2010) s. 152-155.

⁷¹ Se f.eks. *Maurice v. France* [GC]. Se også Solheim (2010) s. 60.

⁷² *Maurice v. France* [GC], avs. 78.

⁷³ Salvesen (2021) s. 172, Solheim (2010) s. 64 og Løtveit (2021) s. 333.

⁷⁴ Lorenzen et al. (2011) s. 1235-1236.

⁷⁵ Se *Chassagnou and Others v. France* [GC].

en økonomisk ulempe, men kan også føre til at vedkommende taper sitt hjem. De betydelige negative konsekvensene trekker i retning av at det er tale om et inngrep i eiendomsretten.

Riktignok er ikke kreditorekstinksjon i typetilfellet et aktivt tiltak fra myndighetenes side, men er en følge av de gjeldende reglene ved konkurs hos en tidligere avtalepart. Det er imidlertid ikke noe vilkår at det er tale om et aktivt tiltak fra myndighetene. I *Gustafson v. Sweden* uttalte retten at «the State may be responsible under Article 1 for interferences with peaceful enjoyment of possessions resulting from transactions between private individuals».⁷⁶ At forstyrrelsen er et resultat av privatrettslige regler i typetilfellet, er dermed ikke til hinder for at typetilfellet innebærer et inngrep.

I *Pye-saken* påpekte EMD at klagerens eiendom nødvendigvis begrenses av de til enhver tid gjeldende reglene på området, og at det i seg selv ikke utgjør et inngrep i eiendomsretten. Likevel var faktum at klagerne hadde mistet eiendomsretten til 23 hektar jordbrukseiendom som følge av reglene om *adverse possession*. EMD fant det «inescapable» at eiendomstapet i et slikt tilfelle utgjorde et inngrep.⁷⁷ På samme måte som i *Pye-saken* mister suksessor i typetilfellet eiendomsretten til fast eiendom til fordel for et annet privat rettighetssubjekt som følge av ekstinktive regler i lovgivningen. Denne tydelige parallellen taler klart for at typetilfellet er å anse som et inngrep i konvensjonens forstand. I samme retning trekker *Boyadzhieva-saken*, der det kort ble slått fast at den omstridte konkursregelen i den bulgarske handelsloven innebar et inngrep i det konkrete tilfellet.⁷⁸

I juridisk litteratur er det noe uenighet om kreditorekstinksjon kan anses som et inngrep i EMK P1-1. På den ene siden mener Marthinussen at det ikke er noen «tvil om at [EMK P1-1] kommer til anvendelse også på det vi kan kalle privatrettslige regler om tap av eiendomsrett, som blant annet ekstinksjonsregler [...]».⁷⁹

Erlend Baldersheim mener imidlertid at EMK P1-1 ikke bør tillegges betydning i den horisontale relasjonen borgerne imellom.⁸⁰ Hans resonnement gjelder hevd, men det samme gjelder for umiddelbare ekstinktive erverv: En person har tapt sin eiendom under en nasjonal hevdsregel og anfører at dette utgjør et inngrep i eiendomsretten etter EMK P1-1. Imidlertid har også den ekstingverte nytt godt av hevdsreglene på et tidspunkt. Dersom den tapende

⁷⁶ *Gustafsson v. Sweden* [GC], avs. 60.

⁷⁷ *Pye (Storkammer)* avs. 63.

⁷⁸ *Boyadzhieva* (kammer), avs. 40.

⁷⁹ Marthinussen (2023) s. 167. Se også Salvesen (2021) s. 172.

⁸⁰ Se nærmere om standpunktet i Baldersheim (2017) s. 53-58.

parten skal høres med at hevdsreglene utgjør et inngrep i konvensjonens forstand, er det derfor rimelig å forvente at han legitimerer at verken han eller noen i hans hjemmelsrekke noen gang har benyttet seg av hevdsreglene. Ettersom en slik regel er vanskelig å praktisere, må påstanden om at hevdsreglene utgjør et inngrep i EMK P1-1 avskjæres som irrelevant. Videre peker Baldersheim på at man i en relasjon kan være den ekstingverende part og i en annen være den ekstingverte. Han ser det derfor slik at hevd og umiddelbare ekstinktive erverv i den horisontale relasjonen gir et «*nullsumspel*»: Reglene er like mye til gode som til skade. Den som gjør gjeldende EMK vil imidlertid bryte ut av nullsumspillet og går på staten og krever erstatning. Baldersheim «ser ikkje kva grunnar som skulle gjera det naturleg å opna eit høve til slike ekstraomgangar».⁸¹

Etter mitt syn virker ikke Baldersheims argumentasjon særlig treffende. Riktignok kan det være at noen i den ekstingverte parts hjemmelsrekke på et eller annet tidspunkt har nytt godt av tingl. § 23. Det spiller likevel ingen rolle for ham om hans rettsforgjenger har ekstingvert eller gjort et derivativt erverv og det fremstår da unaturlig å påstå at han har «nytt godt av» ekstinksjonsreglene. EMK gir dessuten vern på individnivå. Det er derfor prinsipielt betenkelig å la andre rettssubjekters lovlige ervervsmåter påvirke rettsposisjonen til en etterfølgende eier.

Stig H. Solheim er på sin side klar på at ekstinksjonsreglene kan utgjøre inngrep i konvensjonens vern. Han fremhever at eiendomsretten etter EMK står på egne ben, slik at enhver eksisterende hevds- og ekstinksjonsregel ikke anses som «en naturlig begrensning av eiendomsretten» ettersom det ville føre til at eiendomsvernet i EMK P1-1 ville blitt svært innskrenket.⁸²

På tross av de teoretiske innvendingene til Baldersheim, er det ikke tvil om at EMD *de lege lata* lar EMK P1-1 spille en betydelig rolle i den horisontale relasjonen i privatrettslige forhold. Det er EMDs praksis som er avgjørende for rekkevidden av konvensjonens vern og konklusjonen er dermed at kreditorekstinksjon etter tingl. § 23 i typetilfellet utgjør et inngrep i eiendomsvernet etter EMK P1-1.

⁸¹ Baldersheim (2017) s. 57.

⁸² Solheim (2010) s. 332.

4.2.3 Klassifisering av inngrepet

Generelt

Den lave terskelen for anvendelse av EMK P1-1 gjør at mange ulike typer inngrep omfattes av eiendomsvernet.⁸³ I *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* deler EMD inngrepene i tre grupper:

The first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph.⁸⁴

Inngrep i eiendomsvernet klassifiseres altså etter kontrollregelen, avståelsesregelen og prinsippregelen. De tre reglene skal ikke forstås isolert, men de to siste forstås i lys av det generelle prinsippet som utledes av den første.⁸⁵ Hovedpoenget med inndelingen er at det stilles strengere krav til rettferdiggjøring, jo mer inngripende tiltaket er.

Avståelsesregelen innebærer at eieren permanent fratras rettslig og faktisk rådighet over den aktuelle eiendommen.⁸⁶ Ekspropriasjon er i kjerneområdet og både formell og *de facto* ekspropriasjon kan omfattes.⁸⁷ Kontrollregelen angår derimot statens adgang til å kontrollere bruk av eiendom i samsvar med allmennhetens interesser.⁸⁸ Den har et bredt nedslagsfelt og kriteriene er så vide at den er vanskelig å avgrense. Regelen kommer blant annet til anvendelse når individet har eiendomsretten i behold, men har fått innskrenket rådighet som følge av offentlig regulering.⁸⁹ Prinsippregelen er en sekkebestemmelse og anvendes på forhold som faller utenfor avståelses- og kontrolltilfellene. Ut over dette er det få klare holdepunkter for når regelen brukes i EMDs praksis.⁹⁰

⁸³ Johannessen (2020) s. 70.

⁸⁴ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* [P], avs. 61.

⁸⁵ *James and Others v. The United Kingdom* [P], avs. 37.

⁸⁶ Jorem (2021) s. 89.

⁸⁷ Solheim (2010) s. 67.

⁸⁸ *Maurice v. France* [GC], avs. 78.

⁸⁹ Jorem (2021) s. 89.

⁹⁰ Solheim (2010) s. 70.

Regelvalgets betydning synes nedtonet i nyere konvensjonspraksis. For det første har EMD i flere avgjørelser ansett det unødvendig å klassifisere et forhold under en bestemt regel.⁹¹ For det andre kan systematikken i domsgrunnene tas til inntekt for spørsmålet ikke lenger er prioritert.⁹² Dessuten har ikke valget av regel nødvendigvis betydning for vurderingen av inngrepets forenlighet med konvensjonen. Kravene til legalitet, legitimt formål og proporsjonalitet gjelder uavhengig av hvilken regel som kommer til anvendelse.⁹³

Som klar hovedregel inngår likevel fremdeles regelvalget i EMDs avgjørelser. Det får først og fremst betydning ved avståelse, ettersom hovedregelen da er at individet skal få kompensasjon. Betydningen av skillet mellom prinsipp- og kontrollregelen er mer uklart.⁹⁴ Typetilfellet skal likevel klassifiseres i det følgende, i tråd med EMDs metode.

Hvilken regel kommer til anvendelse for typetilfellet?

I typetilfellet taper suksessor hele sin eiendom som resultat av kreditorekstinksjonen, noe som gjør at inngrepet i utgangspunktet minner om et avståelsesinngrep. Imidlertid innebærer ikke tap av eierskap nødvendigvis at avståelsesregelen kommer til anvendelse.⁹⁵ I *Pye-saken*, som i likhet med typetilfellet gjaldt en form for ekstinksjon, konstaterte flertallet at kontrollregelen kom til anvendelse. EMD pekte på at lovbestemmelsene som førte til klagernes tap av eiendomsrett ikke var ment å frata den registrerte eieren eiendomsretten, men å «regulate questions of title».⁹⁶ Også i *Boyadzhieva-saken* var EMD av den oppfatning at inngrepet falt inn under kontrollregelen, på tross av at klagerne «effectively [were] deprived of their property».⁹⁷ Domstolen pekte på at fratagelsen av pengene var en del av «a wider arrangement meant to regulate insolvency proceedings and in particular to guarantee the interests of the insolvent company's creditors».⁹⁸ Riktignok gjaldt *Pye-saken* kun deler av en eiendom og *Boyadzhieva-saken* et pengebeløp. Dommene viser likevel at der inngrepet er en følge av en generell regulering av et rettsområde, og ikke først og fremst er ment å frata individet

⁹¹ Se f.eks. *S.A. Dangeville v. France* [J].

⁹² Gauksdóttir (2004) s. 251. Se også Kjølbro (2023) s. 1340-1341.

⁹³ Kjølbro (2023) s. 1340.

⁹⁴ Johannessen (2020) s. 73.

⁹⁵ Se f.eks. *Air Canada v. The United Kingdom* [J].

⁹⁶ *Pye* (Storkammer) avs. 66.

⁹⁷ *Boyadzhieva* (kammer), avs. 41.

⁹⁸ *Boyadzhieva* (kammer), avs. 41.

eiendom, kommer kontrollregelen til anvendelse. EMDs praksis taler dermed klart for at ingl. § 23 behandles under kontrollregelen.

I juridisk teori synes det stort sett å være enighet om at kreditorekstinksjonsreglene bør behandles under kontrollregelen. Salvesen mener at kontrollregelen er den «mest naturlige regelen å vurdere ekstinksjonsregler etter», og Roger Magnussen uttrykker i sin doktoravhandling at det er mer naturlig å anvende kontrollregelen enn avståelsesregelen i en konflikt mellom private parter.⁹⁹ Riktignok mente Berg og Harborg i 2003 at norske ekstinksjonsregler faller inn under avståelsesregelen, uten at dette begrunnes.¹⁰⁰ Uttalelsene er imidlertid fra tiden før *Pye-saken*, og har dermed ikke særlig betydning.

I lys av de klare uttalelsene i EMDs praksis er konklusjonen at kontrollregelen anvendes på typetilfellet.

4.2.4 Lovkravet

For avståelsestilfellene fremgår det direkte av konvensjonsteksten at inngrepet må være «subject to the conditions provided for by law». Bruken av «such laws» i annet ledd indikerer at det samme gjelder for kontrollregelen.¹⁰¹ Det er dessuten lagt til grunn i EMDs praksis at lovkravet gjelder alle typer eiendomsinngrep.¹⁰² Lovbegrepet er autonomt og både formell lov og ulovfestet rett kan tilfredsstille legalitetskravet.¹⁰³

Det er relativt sjeldent at saker avgjøres på spørsmålet om lovkravet alene, men det er tendenser i praksis til at EMD legger vekt på kvalitetsmangler ved hjemmelen under proporsjonalitetstesten, i stedet for å slå fast at hjemmelen er utilstrekkelig i seg selv.¹⁰⁴

Lovkravet innebærer to kvalitative krav. For det første må myndighetene i den påklagede staten ha opptrådt i samsvar med nasjonal rett. Normalt vil EMD kun konstatere brudd på lovkravet dersom den anser nasjonale domstolars fortolkning og anvendelse av nasjonal rett for å være «arbitrary or manifestly unreasonable» - vilkårlig eller åpenbart urimelig.¹⁰⁵

⁹⁹ Salvesen (2021) s. 173 og Magnussen (2015) s. 701-702. I samme retning Løvteit (2021) s. 332 og Solheim (2008) s. 119.

¹⁰⁰ Berg og Harborg (2003) s. 318.

¹⁰¹ Gauksdóttir (2004) s. 264.

¹⁰² *James and Others v. The United Kingdom* [P], avs. 67. Se også Solheim (2010) s. 76.

¹⁰³ *Iatridis v. Greece* [GC], avs. 58.

¹⁰⁴ Jorem (2021) s. 92 og Solheim (2010) s. 78.

¹⁰⁵ Kjølbro (2023) s. 1348 med videre henvisninger.

Konkursboets rett til å ekstingvere suksessors rettigheter i fast eiendom er hjemlet i tingl. § 23, altså formell lov. Det er ingen holdepunkter for at norske domstoler tolker regelen på en åpenbart urimelig eller vilkårlig måte. Tvert om er Høyesterett konsekvent og tydelig i anvendelsen av tingl. § 23.¹⁰⁶ Denne siden av lovkravet er dermed klart innfridd.

For det andre stilles det krav til at hjemmelen er tilstrekkelig tilgjengelig, presis og forutberegnelig i sin anvendelse.¹⁰⁷ Det stilles ikke formelle krav til tilgjengelighetskriteriet, men borgeren må få en adekvat indikasjon på de gjeldende regler.¹⁰⁸

Tingl. § 23 er klart tilgjengelig for borgerne, for eksempel gjennom lovdata.no. For at suksessor skal oppnå rettsvern må vedkommende tinglyse overdragelsen «senest dagen før konkursåpning».¹⁰⁹ Regelen er presis og utformet på en måte som gjør at borgerne kan forutberegne sin rettsposisjon og innrette seg etter den.

I tillegg må den nasjonale lovgivningen gi borgerne et minimum av prosessuelle rettigheter i tilknytning til eiendomsinngrepet.¹¹⁰ Ekstinksjon etter tingl. § 23 kan bestrides og tas til domstolene. En annen sak er at reglene behandles så rigid i domstolene at det i de fleste tilfeller ikke er mulig å vinne frem. Dette drøftes nærmere under proporsjonalitetsvurderingen i punkt 4.2.6.

I juridisk teori er det klar støtte for at de lovfestede kreditorekstinksjonsreglene vil tilfredsstillе legalitetskravet i EMK P1-1. For eksempel mener Salvesen det er «lite tvil» om at lovfestede kreditorekstinksjonsregler tilfredsstillер kravet til akseptabel hjemmel etter EMK P1-1.¹¹¹

Konklusjonen er at inngrepet har tilstrekkelig hjemmel.

4.2.5 Formålsskravet

EMK P1-1 stiller krav til at kontrollinngrep er «in accordance with the general interest».¹¹² Ordlyden er svært vid og setter i seg selv ingen særlig begrensning på hvilke inngrepsformål

¹⁰⁶ Se punkt 2.3.2.

¹⁰⁷ Lekić v. Slovenia [GC], avs. 95. Se også Gauksdóttir (2004) s. 264 og Kjølbro (2023) s. 1349..

¹⁰⁸ Solheim (2010) s. 77.

¹⁰⁹ Se punkt 2.3.

¹¹⁰ Markus v. Latvia [J], avs. 75.

¹¹¹ Salvesen (2021) s. 181.

¹¹² Avståelsesinngrep skal være «in the public interest». Kravet om legitimt formål gjelder for alle inngrep i EMK P1-1. Se Kjølbro (2023) s. 1351.

som er i samsvar med konvensjonen, i motsetning til f.eks. EMK art. 8-11, der inngrepet må være i tråd med de opplistede formål.

Statene nyter en vid skjønnsmargin med hensyn til hvilke formål som godtas som legitime.¹¹³ EMD anser nasjonale myndigheter normalt å være i en bedre posisjon til å vurdere om inngrepet er i allmennhetens interesse. Dette gjelder særlig i dette tilfelle ettersom tingl. § 23 inngår i et gammelt og fragmentert lovområde med mange motstridende hensyn. Det er dermed vanskelig å overskue implikasjonene av å konkludere med at en regel er i strid med konvensjonen, særlig for en ekstern domstol som EMD. EMD vil bare overprøve nasjonale myndigheter dersom den anser deres vurdering å være «manifestly without reasonable foundation».¹¹⁴ Spørsmålet er dermed om tingl. § 23 har et formål som ikke er åpenbart uten rimelig grunnlag.

Som redegjort for under punkt 2.1 skal kreditorekstinksjonsreglene motvirke kreditorsvik for å sørge for sikker og forutberegnelig gjeldsfølgning. Tingl. § 23 stiller krav til en ytre markering (tinglysing) av rettsstiftelsen for å sikre hensynet til notoritet. Tinglysingen gjør det enklere å påvise innholdet av og tidspunktet for en påstått disposisjon. Dette gjør det vanskeligere å fabrikke en overdragelse ved for eksempel antedatering.

I typetilfellet er det imidlertid konkursboet som nyter godt av ekstinksjonen, noe som umiddelbart virker vanskelig å forene med kravet om «general interest». Inngrep i eiendomsvernet kan imidlertid være i samfunnets interesse selv om det først og fremst er private som nyter godt av det konkrete inngrepet.¹¹⁵ Dette var tilfelle i *Pye-saken*: Formålet med regelen i et større perspektiv var blant annet å sikre forutberegnelighet og rettssikkerhet og å beskytte saksøkte mot foreldede krav.¹¹⁶ Disse formålene konkluderte EMD med at var legitime selv om den omtvistede eiendommen ble overført til privatpersoner som følge av inngrepet. At typetilfellet medfører at kreditorfellesskapet nyter godt av regelen, er dermed ikke til hinder for at bestemmelsen også er i fellesskapets interesse.

Formålet om å beskytte konkurskreditorenes interesser ble godtatt som legitimt i *Boyadzhieva-saken*. EMD slo kontant fast at regelen som krevde tilbakebetaling av salgssummen for varer som ble solgt til konkursdebitor «clearly pursued a legitimate aim».¹¹⁷

¹¹³ *Beyeler v. Italy* [GC], avs. 112.

¹¹⁴ *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], avs. 166.

¹¹⁵ Lorenzen et al. (2011) s. 1265 og Kjølbros (2023) s. 1353-1353.

¹¹⁶ *Pye* (Storkammer) avs. 68 og 69.

¹¹⁷ *Boyadzhieva* (kammer), avs. 43.

Uttalelsen har stor overføringsverdi til typetilfellet ettersom å motvirke kreditorsvik er en side av å beskytte kreditorfelleskapet. *Boyadzhieva-saken* taler dermed med styrke for at tingl. § 23 ikke er «manifestly without reasonable foundation». I samme retning trekker *Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB v. Sweden* der hensynet til «efficient bankruptcy proceedings» ble ansett som et legitimt formål.¹¹⁸

I norsk juridisk teori virker det også som at forfatterne er enige om at kreditorstinksjonsreglene tjener et legitimt formål i konvensjonens forstand. Salvesen mener for eksempel at å motvirke kreditorsvik og effektivisere gjeldsforfølgningen «utvilsomt [må] anses som et legitimt formål».¹¹⁹ Også Løtveit mener at formålskravet «nok [er] uproblematisk med hensyn til norske ekstinksjonsregler».¹²⁰

Samlet sett, særlig i lys av den vide skjønnsmarginen på området, er formålet om å motvirke kreditorsvik ikke «manifestly without legal foundation» og konklusjonen er at tingl. § 23 tjener et legitimt formål. Selv om formålet blir akseptert isolert sett, kan det likevel spille en viktig rolle i proporsjonalitetsvurderingen nedenfor.

4.2.6 Proporsjonalitetskravet

Vurderingstema

Ordlyden i EMK P1-1 stiller ikke et uttrykkelig krav til proporsjonalitet, men det fremgår forutsetningsvis av formuleringen om at eiendomsretten kan begrenses i den utstrekning som staten anser «necessary».¹²¹ EMDs praksis viser at inngrepets proporsjonalitet blir prøvd i alle former for eiendomsinngrep. I *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* formulerte domstolen proporsjonalitetsvurderingen i EMK P1-1 på denne måten:

[T]he Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights [...]. The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1).¹²²

¹¹⁸ *Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB v. Sweden* [J], avs. 49.

¹¹⁹ Salvesen (2021) s. 182.

¹²⁰ Løtveit (2021) s. 335.

¹²¹ Jorem (2021) s. 93.

¹²² *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* [P], avs. 69.

For at det skal foreligge en «fair balance» må det dessuten være et rimelig og proporsjonalt forhold mellom formålet som søkes oppnådd og de tiltak som er benyttet for å oppnå dette.¹²³ Det innebærer både at tiltaket må være egnet til å oppnå formålet som søkes ivaretatt ved inngrepet og at det ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå formålet.¹²⁴ Proporsjonalitetskravet innebærer en helhetsvurdering der en rekke forskjellige momenter kan inngå. Kravet anses ikke oppfylt dersom inngrepet pålegger den private part en «disproportionate and excessive burden».¹²⁵

Spørsmålet i det følgende er om kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23, i et tilfelle der det ikke foreligger noen fare for kreditorsvik og suksessor ikke kan klandres for manglende rettsvern, er proporsjonalt. Det gjøres en avveining mellom allmennhetens behov for kreditorekstinksjon og hensynet til suksessors eiendomsrett. I helhetsvurderingen fastlegges statens skjønnsmargin, der nasjonale vurderinger av inngrepets proporsjonalitet får betydning. De øvrige momentene som vil inngå i helhetsvurderingen er borgerens prosessuelle garantier, behovet for og egnetheten til inngrepet, inngrepets betydning for borgerne (både suksessor og konkursboet), fraværet av kompensasjon og partenes opptreden.

Statens skjønnsmargin

Forholdet mellom proporsjonalitetsvurderingen og skjønnsmarginen er komplisert, og omtales av Jonas Christoffersen som et «mystery».¹²⁶ Momenter som påvirker hvor vid skjønnsmargin nasjonale myndigheter tilkjennes, kan også ha betydning for fastleggelsen av den materielle proporsjonalitetsnormen.¹²⁷ Dermed kan det være vanskelig å avgjøre om det er proporsjonalitetsterskelen eller prøvingsintensiteten som er den faktiske begrunnelsen for resultatet i EMDs avgjørelser. I det følgende skal noen momenter som har betydning for statens skjønnsmargin for det gjeldende typetilfellet belyses.

Staten har i utgangspunktet en vid skjønnsmargin ved eiendomsinngrep, både med hensyn til hvilke formål som anses berettiget og hvilke virkemidler som er egnet til å oppnå dette.¹²⁸ EMD er normalt særlig tilbakeholden med å vurdere myndighetenes vurderinger dersom

¹²³ *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], avs. 167.

¹²⁴ Kjølbro (2023) s. 1353-1354. Det er ikke et krav om at det ikke finnes mindre inngripende tiltak. Se nærmere nedenfor under «Er inngrepet nødvendig?».

¹²⁵ *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], avs. 167.

¹²⁶ Christoffersen (2009) s. 1.

¹²⁷ Solheim (2010) s. 84.

¹²⁸ Jorem (2021) s. 108.

avgjørelsen bygger på politiske avgjørelser med demokratisk legitimitet og spesielt hvis inngrepet er foranlediget av tungtveiende demokratiske grunner.¹²⁹ Ettersom tingl § 23 er en formell lov med tilhørende demokratisk legitimitet, taler det i utgangspunktet for en vid skjønnsmargin. At det er tale om et kontrollinngrep, trekker noe i samme retning.¹³⁰

I *Boyadzhieva-saken* uttrykte EMD at statene «enjoy a wide margin of appreciation in regulating economic and social matters, such as, in this case, insolvency proceedings where a number of competing private interests are at stake».¹³¹ Uttalelsen taler for en vid skjønnsmargin for typetilfellet ettersom også tingl. § 23 gjelder regulering av konkursbehandling og omhandler økonomiske forhold der mange private interesser er involvert. Som pekt på ovenfor er det dessuten tale om en enkeltstående regel på et komplekst lovområde og overprøving av en slik bestemmelse kan føre til utilsiktede ringvirkninger. Kompleksiteten i avveiningene bak regelen taler for at domstolen viser tilbakeholdenhet i prøvingen.

Som nevnt i punkt 3.2 kan europeisk konsensus være et relevant moment i tolkningen av konvensjonen og kan ha betydning for EMDs prøvingsintensitet. Der er derfor grunn til å peke på at norske kreditorekstinksjonsregler går lenger enn i mesteparten av Europa. Land som Tyskland, Sveits, Østerrike og Nederland har riktignok tinglysning som gyldighetskrav for rettsstiftelser i fast eiendom, men kreditorekstinksjon av den type det opereres med i norsk rett finnes ikke.¹³² I andre europeiske land, der eiendomsoverdragelsens gyldighet ikke er betinget av tinglysning, men en beskyttelse mot tredjemenn, er kreditorekstinksjon også ukjent. Det at resten av Europa klarer seg uten kreditorekstinksjonsregler av typen vi har, taler for en noe snevrere skjønnsmargin.

I juridisk teori antas det at EMD vil være tilbakeholdne i prøvingen av kreditorekstinksjonsreglene, særlig de lovfestede. Marthinussen uttaler at EMDs praksis nok gir «betydelig spillerom for denne type privatrettslig regulering».¹³³

Samlet sett tyder dette i utgangspunktet på at nyter norske myndigheter en vid skjønnsmargin på området. Selv om det er tale om en uvanlig regel i europeisk sammenheng, angår den privatrettslige økonomiske forhold og er en del av et gammelt og relativt intrikat rettsområde,

¹²⁹ Solheim (2010) s. 83.

¹³⁰ Se nedenfor om de konkrete virkningene.

¹³¹ *Boyadzhieva* (kammer), avs. 45.

¹³² Marthinussen (2023) s. 70-71.

¹³³ Marthinussen (2023) s. 66.

som EMD vil være forsiktige med å rokke ved. Imidlertid skal vi se at nasjonale vurderinger av inngrepets proporsjonalitet kan få betydning for skjønnsmarginen. Dette vil drøftes nedenfor, før den materielle proporsjonalitetsvurderingen foretas.

Nasjonale vurderinger av inngrepets proporsjonalitet

I EMDs praksis er det i flere saker vektlagt i hvilken grad nasjonale myndigheter selv har vurdert inngrepets proporsjonalitet og om det er gjort en avveining av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende.¹³⁴ En slik avveining kan vise at selv om regelen ikke slår rimelig ut i ethvert tilfelle, så kan den forsvares ved at den ivaretar formålet i et videre perspektiv. EMD vil normalt være mer tilbakeholdne i sin prøving dersom nasjonale myndigheter har gjort slike vurderinger. Spørsmålet er om den norske lovgiveren har gjort avveininger mellom samfunnsinteressen i hensynet til å motvirke kreditorsvik og hensynet til den ekstingverte part.

Tinglysingsloven er fra 1935, men bygger på lovgivning som er enda eldre. I forarbeidene til loven, Ot.prp. nr. 9 (1935), er det drøftet hvorvidt det er behov for et krav om at *konkursboet* må tinglyse for å ekstingvere. Det besvares benektende, ettersom den tilsvarende regelen som gjaldt frem til 1935 ikke hadde ført til særlige problemer og at et slikt krav «kan føre til misligheter».¹³⁵ Om det er rimelig at *suksessor* må tinglyse for å oppnå rettsvern, blir ikke vurdert overhodet og hensynet til å motvirke kreditorsvik får avgjørende vekt. Det virker som det fremsto så åpenbart for lovgiver at et slikt krav for suksessor var påkrevd, at det ikke var nødvendig med en nærmere drøftelse av de motstridende hensynene.

I den tidligere nevnte NOU 1982: 17 (Ny tinglysingslov) ble det pekt på at bevismessige hensyn alene ikke var tilstrekkelig til å begrunne et krav om tinglysing.¹³⁶ Utvalget mente likevel at i kombinasjon med de andre fordelene et slikt krav medførte, blant annet retts tekniske hensyn, kunne tinglysingskravet forsvares. Det ble imidlertid ikke gjort noen grundig og kritisk vurdering av de bakenforliggende motstridende interessene.¹³⁷ Dette arbeidet førte heller ikke til noen ny tinglysingslov, slik at det er av begrenset verdi som begrunnelse for dagens regler.

¹³⁴ Se blant annet *Lindheim and Others v. Norway* [J], avs. 128.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 9 (1935) s. 39.

¹³⁶ NOU 1982: 17 (Ny tinglysingslov) s. 56.

¹³⁷ NOU 1982: 17 (Ny tinglysingslov) s. 56.

Heller ikke i forbindelse med arbeidet med overgangen til elektronisk tinglysing i Prop. 53 L (2013-2014) ble det gjort noen avveining mellom hensynet til å motvirke kreditorsvik og hensynet til den ek스팅verte part.¹³⁸ Det var riktignok heller ikke arbeidsgruppens mandat å gjøre slike vurderinger. Likevel viser det at lovgiver ikke har gjort grundige avveininger av hensynene som gjør seg gjeldende fra vedtakelsen i 1935 og frem til i dag.

I *Lindheim-saken* fikk norske myndigheter kritikk som følge av mangelen på en grundig vurdering av de motstridende hensynene i forbindelse med implementeringen av den norske tomtefesteloven:

[T]he Court has not been made aware, nor does it appear from the material submitted, that any specific assessment was made of whether the amendment to section 33 regulating the extension of the type of ground lease contracts at issue in the applicants' case achieved a "fair balance" between the interests of the lessors, on the one hand, and those of the lessees, on the other hand.¹³⁹

Solheim mener imidlertid at EMD gikk for langt i sine krav til lovgiver når den krevde en spesifikk vurdering av om tomtefesteloven ivaretar en rimelig balanse mellom grunneier og fester.¹⁴⁰ Ifølge ham måtte det være tilstrekkelig at det i forarbeidene indirekte går frem at balansen mellom partene var vurdert. Det er mulig at det ikke alltid er nødvendig med en spesifikk vurdering av proporsjonaliteten etter EMDs modell. Likevel er det tydelig at domstolen normalt er mer tilbakeholden i sin prøving dersom nasjonale myndigheter har vært bevisste på forpliktelsene som følger av EMK.¹⁴¹

Som redegjort for, er de motstridende hensynene som gjør seg gjeldende bak tingl. § 23 ikke vurdert av den norske lovgiver overhodet. Mangelen på slike vurderinger taler dermed for en mer intensiv prøving fra EMD.

Prosessuelle garantier

Selv om ordlyden i EMK P1-1 ikke inneholder prosessuelle garantier, er det i praksis innfortolket et slikt krav.¹⁴² Selve eksistensen av prosessuelle garantier er ansett som en del av

¹³⁸ Prop. 53 L (2013-2014) kap. 2.3.

¹³⁹ *Lindheim and Others v. Norway* [J], avs. 128.

¹⁴⁰ Solheim (2013) s. 302.

¹⁴¹ Jorem (2021) s. 107.

¹⁴² Se f.eks. *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* [GC], avs. 302.

lovkravet, mens spørsmålet av om den nasjonale prosessen har vært betryggende drøftes under proporsjonalitetsvurderingen.¹⁴³ Spørsmålet er om tingl. § 23 gir suksessor en reell mulighet til å ivareta sine interesser gjennom de rettsmidlene vedkommende har til rådighet.¹⁴⁴

Tingl. § 23 er, som vi har sett, en kategorisk bestemmelse: Enten har man tinglyst, eller så har man det ikke. Høyesterett har i sin praksis gjennomgående lagt avgjørende vekt på hensynet til klare og forutberegnelige regler ved anvendelsen av rettsvernsreglene.¹⁴⁵ Selv om det er mulig å motsette seg kreditorekstinksjon og prøve saken for domstolene vil det derfor ikke være mulig å nå frem dersom suksessor ikke skaffet rettsvern før konkursåpningen.

I utgangspunktet er ikke EMK P1-1 til hinder for lovgivning uten skjønnsmessige vilkår. Eksistensen av prosessuelle garantier i det nasjonale systemet er først og fremst viktig der inngrepet beror på skjønnsmessige vurderinger. Ved slike inngrep må borgeren få kjennskap til de opplysninger og vurderinger som ligger til grunn for tiltaket for å kunne ivareta sine interesser.¹⁴⁶

I *Boyadzhieva*-saken la EMD likevel vekt på at den bulgarske handelsloven ikke åpnet for skjønnsutøvelse ved de nasjonale domstolene. EMD mente at klagerne ble plassert i en svært ugunstig posisjon ved anvendelse av den aktuelle bestemmelsen. Det ble pekt på at sentrale argumenter i klagerens favør ble ikke tatt i betraktning av de nasjonale domstolene: Disposisjonen skadet ikke kreditorenes interesser, transaksjonene ble gjort som ledd i deres vanlige forretningsvirksomhet og det var ikke bevis for ond tro på klagerens side.¹⁴⁷ Avgjørelsen viser at EMD legger vekt på muligheten for at nasjonale domstoler utøver skjønn som balanserer de motstående interessene. Dette er i tråd med effektivitetsprinsippet, altså at konveksjonen skal garantere praktiske og effektive rettigheter.

I lys av dette fremstår Høyesteretts svært strenge holdning til rettsvernsreglene uheldig. På samme måte som i *Boyadzhieva*-saken, ser Høyesterett stort sett fullstendig bort fra rimelighetshensyn i suksessors favør. Som nevnt drøfter riktignok mindretallet i HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige) kort behovet for overlevering som rettsvernsakt i lys av

¹⁴³ Jorem (2021) s. 105.

¹⁴⁴ *Hentrich v. France* [J], avs. 49.

¹⁴⁵ Se HR-2017-33-A (Forusstranda) avs. 32, og Rt. 1997 s. 1050 A (Momentum) på s. 1054-1056.

¹⁴⁶ Kjølbro (2023) s. 1345.

¹⁴⁷ *Boyadzhieva* (kammer), avs. 45.

samfunnsutviklingen, men dette er et unntak. I Rt. 2002. s 1484 U, som likner på typetilfellet, er slike vurderinger fraværende. Denne tilnærmingen tyder på at suksessor ikke har en reell mulighet til å ivareta sine interesser gjennom den nåværende lovgivningen, og trekker i retning av at inngrepet ikke er proporsjonalt.

Hvor tungtveiende er formålet?

Som nevnt innebærer proporsjonalitetsvurderingen en avveining mellom samfunnets behov og individets krav på beskyttelse av sine grunnleggende rettigheter.¹⁴⁸ Det er derfor relevant å se til de samfunnsmessige grunnene som har foranlediget inngrepet i proporsjonalitetsvurderingen. Selv om formålet er legitimt i seg selv, kan det anses for lite tungtveiende tatt i betraktning hvor tyngende inngrepet er for den berørte.¹⁴⁹ Og motsatt, dersom tungtveiende samfunnsmessige grunner taler for inngrepet, er det et viktig moment for at inngrepet er proporsjonalt. Spørsmålet er dermed hvor tungtveiende formålet er i typetilfellet.

Formålet om å motvirke kreditorsvik er et viktig samfunnsmessig hensyn. Kreditt gir mulighet til å nyttiggjøre seg av verdier på tross av manglende likviditet eller investeringskapital, noe som er sentralt i vår økonomi.¹⁵⁰ Minimering av risikoen for kreditorsvik fører til mer effektiv gjeldsforfølgning, noe som er viktig for et forutberegnelig kredittliv.

Samtidig er ikke dette hensynet like tungtveiende som formålene som har blitt tillagt særlig vekt i EMDs praksis. Slike formål har for eksempel vært å avhjelpe sosial urettferdighet og overgang til demokratisk styreform. I *Mellacher and Others v. Austria* kom domstolen til at de Østeriske lovene om husleiebegrensning var proporsjonale, til tross for at utleierne måtte tåle en reduksjon på opp til 82,4 % av markedisleien. Det ble lagt vekt på at boligmangel utgjorde et betydelig samfunnsproblem i Østerrike på den tiden.¹⁵¹

Selv om formålet om å motvirke kreditorsvik utvilsomt er viktig, er det ikke av en slik akutt og forbigående karakter som har fått særlig vekt i praksis. Tvert imot er faren for kreditorsvik vedvarende. En tolkning av EMDs praksis tyder på at løsningen på en slik vedvarende

¹⁴⁸ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* [P], avs. 69.

¹⁴⁹ *Draon v. France* [GC], avs. 77.

¹⁵⁰ Marthinussen (2022).

¹⁵¹ *Mellacher and Others v. Austria* [P].

utfordring må søkes løst på en mer balansert måte enn i mer akutte situasjoner, slik som boligmangel og overgang til demokratisk styresett. Formålet er dermed ikke så tungtveiende som i de tilfellene som har blitt tillagt avgjørende vekt i praksis, men trekker likevel noe i retning av at inngrepet er proporsjonalt.

Er inngrepet nødvendig?

Det gjelder ikke et krav om «strict necessity» ved inngrep i eiendomsretten, og inngrep kan derfor være proporsjonale selv om det finnes mindre inngripende virkemidler.¹⁵² Likevel er det relevant om det finnes alternative inngrepsformer, og i enkelte saker er momentet tillagt betydelig vekt.¹⁵³ Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad det er behov for kreditorekstinksjon etter tingl. § 23 og om det samme formålet kan oppnås på en mindre inngripende måte.

Hovedproblemene kreditorekstinksjonsreglene søker å løse oppsummeres slik av Marthinussen:

Problemer med å bevise om transaksjonen er reell, problemer med å bevise om noe vederlag er betalt og problemer knyttet til å avgjøre når transaksjonen har blitt foretatt [...].¹⁵⁴

Løsningen i tingl. § 23 er et krav om tinglysing som skal sørge for notoritet, og til dels publisitet.¹⁵⁵ Regelen anvendes strengt av de norske domstolene, i den forstand at det ikke er rom for skjønn.¹⁵⁶ Det hjelper ikke at skyldners suksessor kan påvise at transaksjonen er reell og at det ikke er fare for kreditorsvik. Høyesterett mener denne tilnærmingen «har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister».¹⁵⁷

Imidlertid kan det argumenteres for at det kunne det vært operert med unntak fra tinglysingskravet dersom suksessor kunne påvise at transaksjonen var reell. Marthinussen forsvarer en slik løsning. Etter hans mening er ikke de bevismessige vanskelighetene rundt spørsmålet om en disposisjon er reell et avgjørende argument for regler som utelukker enhver

¹⁵² *James and Others v. The United Kingdom* [P], avs. 51. Se også Christoffersen (2009) s. 127-128.

¹⁵³ Se for eksempel *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine* [J].

¹⁵⁴ Marthinussen (2023) s. 65.

¹⁵⁵ Se punkt 2.3.

¹⁵⁶ Se punkt 2.3.2.

¹⁵⁷ Rt. 1997 s. 1050 A (Momentum) s. 1054.

mulighet til å føre motbevis.¹⁵⁸ Særlig gjelder dette transaksjoner der det ikke foreligger risiko for kreditorsvik, slik som i typetilfellet.

Noen argumenter for en skjønnsfri regel er det likevel: Dersom man oppstiller unntaksregler, for eksempel at konkursboet ikke kan ekstingvere dersom disposisjonen er «utvilsomt reell», vil grenseproblematikk oppstå. Tatt i betraktning det høye antallet kreditorbeslag i norsk rett, er det en fordel å unngå bevisvurderinger i alle disse sakene.¹⁵⁹ Uklare bevisregler kan hindre boet i å forfølge sin rett, særlig dersom det er usikkerhet rundt utfallet av tvisten. Det ligger i konkursens natur at boet ofte har begrensede midler, og kreditorene vil gjerne unngå å få sin dividende ytterligere avspist på grunn av dyre rettsprosesser. At skarpskårne regler mer eller mindre utelukker grenseproblematikken er dermed en fordel for konkursboet.

Lenge har det vært en nærmest uimotsagt sannhet i norsk rett at et krav om tinglysing er nødvendig for å motvirke kreditorsvik.¹⁶⁰ Samfunnet har imidlertid gjennomgått store endringer siden tingl. § 23 ble vedtatt i 1935 og også siden dommen Høyesterett stadig henviser til, Rt. 1997 s. 1050 (Momentum), ble avsagt. I 1997 var samfunnet fremdeles stort sett papirbasert og kontant betaling var langt mer vanlig enn i dag.¹⁶¹ Det var derfor forholdsvis lett å antedatere kontrakter og vanskelig å kontrollere om og når vederlag var betalt.

I 2023 er det imidlertid langt enklere å påvise om en overdragelse er reell, uten at skjøtet tinglyses. Det har for det første skjedd en enorm utvikling i betalingssystemene, noe som har ført til at de aller fleste transaksjoner er elektroniske. Mulighetene for å etterprøve kontantstrømmer er dermed gode. For det andre er det implementert omfattende regulering av transaksjoner gjennom blant annet skatteregler og antihvitvaskingsregler.¹⁶² Disse reglene gjør det vanskelig å gjennomføre transaksjoner uten å etterlate tydelige spor som viser transaksjonenes tidspunkt og innhold. Bevissituasjonen står dermed i en helt annen stilling i dag, enn da dommen i Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) ble avsagt. Denne utviklingen har redusert behovet for et kategorisk tinglysingskrav uten rom for skjønsmessige vurderinger betydelig.

¹⁵⁸ Marthinussen (2023) s. 65.

¹⁵⁹ Se i samme retning Marthinussen (2023) s. 65.

¹⁶⁰ Se for eksempel Brækhus og Hærem (1971) s. 475-478.

¹⁶¹ Åmås (2021). Riktignok var det neppe vanlig med kontant oppgjør for fast eiendom.

¹⁶² Marthinussen (2023) s. 66.

I samme retning argumenterer dommer Noer i særmerknaden i den relativt nye høyesterettsavgjørelsen HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige). Dommen gjaldt spørsmålet om det gjelder et overleveringskrav for å oppnå rettsvern for salg av løsøre. Noer påpeker at læren om overlevering er gammel og ble utviklet for å forhindre falske kontrakter og antedatering. Videre uttaler hun:

Samfunnsutviklingen har gjort at situasjonen i dag er noe annerledes. Større kontrakter vil normalt være lagret elektronisk. Det samme gjelder for pengeoverføringer. Behovet for å kreve overlevering for å sikre notoriteten, er nok derfor mindre enn tidligere.¹⁶³

Uttalelsen er en særmerknad av en enkelt Høyesterettsdommer og gjelder et annet formuesgode (løsøre). Dommen illustrerer likevel en antydning til oppmykning i den svært strenge tilnærmingen Høyesterett tradisjonelt har hatt på området, og tyder på at også enkelte i Norges høyeste domstol anser kreditorekstinksjonsreglene å være i overkant strenge. Dette har riktignok ikke direkte rettskildemessig vekt for EMD, men gir en indikasjon på at Høyesterett kanskje vil endre tilnærming til reglene i fremtiden.

Marthinussen stiller også spørsmål ved om behovet for kreditorekstinksjonsregler er så stort i praksis som man kan få inntrykk av i den juridiske teorien. Han peker på at for formuesgodene der det ikke har eksistert rettsvernsregler, synes ikke manglende adgang til kreditorekstinksjon å ha skapt særlig store problemer. For eksempel fantes det ikke lovfestede rettsvernsregler for patentrettigheter før i 2015, uten at dette har gitt utslag i mange saker om kreditorsvik relatert til disse rettighetene.¹⁶⁴ Heller ikke muligheten til å oppnå rettsvern for løsøre uten overlevering, gjennom den såkalte interesselæren, ser ut til å ha gitt grunnlag for kreditorsvikarrangementer i særlig omfang.¹⁶⁵

Imidlertid er løsøre normalt av vesentlig lavere verdi enn fast eiendom, og gevinsten av å unndra disse midlene fra å tjene til dekning av gjeld er dermed tilsvarende lav. Terskelen for å gå rettens vei med en slik sak kan dessuten være høyere fordi gjerne er vanskelig å påvise at et slikt formuesgode tilhører debitor. Når det gjelder patentrettigheter er disse langt sjeldnere en rettigheter i fast eiendom. Dette kan muligens være med på å forklare det beskjedne

¹⁶³ HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige) avs. 95

¹⁶⁴ Marthinussen (2023) s. 68.

¹⁶⁵ Røsæg (2010) s. 257 og Marthinussen (2023) s. 68.

omfanget av saker om kreditorsvik for disse formuesgodene. På tross av innvendingene tyder sammenlikningen på at frykten for kreditorsvik er noe overdrevet.

Både Erik Røsæg og Marthinussen har dessuten pekt på at en sammenlikning med hjemmelsmannskonflikten kan si noe om bevisproblematikken knyttet tidspunktet for og innholdet av disposisjoner.¹⁶⁶ Kreditor kan ikke ekstingvere i hjemmelsmannskonflikten, der tvisten står mellom kjøper av formuesgodet og selgerens hjemmelsmann. I denne situasjonen gjelder vanlige bevisbyrderegler for den som påstår å være hjemmelspersonen. Om dette uttaler Røsæg:

Kontrasten til når noen påstår å være debitors suksessor er slående: Mens suksessorene møtes av drakoniske ekstinksjonsregler som skal sikre notoritet, gjelder stort sett vanlige bevisbyrderegler overfor dem som pretenderer å være debitors hjemmelspersoner.¹⁶⁷

Forskjellen i bevistema er ikke så stort: Det må skilles mellom pro forma og reelle disposisjoner og tidspunktet for disposisjonen kan være av betydning for beslagsadgangen. For eksempel om salget har skjedd før eller etter konkurs, eller om et avhenderforbehold er tatt i tide.¹⁶⁸ Riktignok vil det kanskje være lettere å hevde å være debitors suksessor enn hans hjemmelsmann. Det forventes ikke at suksessor har etterlatt mange spor i den korte tiden vedkommende angivelig har vært eier, i motsetning til hjemmelsmannen som gjerne påstår å ha eid eiendommen en stund.¹⁶⁹ Den store forskjellen i den rettslige posisjonen til debitors hjemmelsmann og suksessor synes likevel å være noe svakt begrunnet.

Til slutt kan det spørres om den grunnleggende antakelsen som hensynet til notoritet og publisitet bygger på, nemlig at debitor er villig til å foreta svikaktige handlinger overfor kreditorene når den økonomiske situasjonen forverres, er velbegrunnet. Straffeloven §§ 402-406 inneholder bestemmelser som medfører straffeansvar for svikaktige handlinger overfor kreditor.¹⁷⁰ Debitor må dermed være villig til å risikere straffeansvar med strafferamme på opp til 6 år. En slik vilje er i liten grad underbygget med empiriske data og tyder på at behovet for regler om kreditorekstinksjon er overdrevet.¹⁷¹

¹⁶⁶ Marthinussen (2023) s. 68.

¹⁶⁷ Røsæg (2010) s. 257.

¹⁶⁸ Røsæg (2010) s. 257. Se også Marthinussen (2023) s. 68.

¹⁶⁹ Røsæg (2010) s. 258.

¹⁷⁰ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.).

¹⁷¹ Riktignok finnes en amerikansk undersøkelse om temaet, men den er gammel og utdatert. Se Salvesen (2021) s. 428.

For å oppsummere det foregående: Riktignok er det effektivt med skarpskårne regler, særlig av hensyn til kreditorfellesskapets begrensede midler. Dagens etterprøvbare betalingssystemer gjør imidlertid behovet for å bevise at transaksjon er reell gjennom tinglysing mindre, og fraværet av kreditorekstinksjonsregler for andre formuesgoder synes dessuten ikke å ha skapt så store problemer. Dette kan riktignok også ha andre årsaker. At debtors suksessorer møtes med så mye hardere regler enn debtors påståtte hjemmelsperson, synes ikke å ha en god begrunnelse, og debtors villighet til å utføre svikaktige unndragelser i svakt underbygget med empiriske data.

Marthinussen konkluderer for sin del i *Tredjemannsproblemene*:

Det er min oppfatning at dagens norske kreditorekstinksjonsregler går mye lenger enn nødvendig. De kunne med fordel vært erstattet av regler som etablerte en høyere bevisterskel for å godta disposisjoner som ikke møter dagens rettsvernskrav.¹⁷²

Det er imidlertid ikke alle forfattere i juridisk teori som deler denne oppfatningen. Falkanger og Falkanger omtaler for eksempel faren for at konkursboet blir møtt med en oppdiktet innsigelse om at formuesgodet allerede er overført til en suksessor som «åpenbar», uten at de innsigelsene som er presentert her blir drøftet.¹⁷³ Likevel mente Thor Falkanger i 1990 at kreditorekstinksjonsreglene «nok fortjener å bli noe mer kritisk vurdert».¹⁷⁴

Samlet sett virker behovet for kreditorekstinksjon å være betydelig overdrevet i norsk rett. I stedet kunne det vært operert med en regel som åpnet for en mulighet til å bevise at transaksjonen er reell.

Som nevnt innebærer imidlertid ikke eksistensen av mindre inngripende tiltak i seg selv at inngrepet er uproporsjonalt. I *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine* ble momentet likevel tillagt betydelig vekt. Dommen gjaldt ukrainsk lovgivning som forbød avhending av eiendom blant annet for å unngå overdreven konsentrasjon av eiendom i hendende på velstående individer og for å unngå fattigdom i utkantstrøk. EMD påpekte at det ikke var opp til domstolen å avgjøre om lovgivningen utgjorde den beste løsningen, men uttalte:

¹⁷² Marthinussen (2013) s. 70. Se i samme retning Røsæg (2010) og Salvesen (2021) s. 429.

¹⁷³ Falkanger og Falkanger (2022) s. 760.

¹⁷⁴ Falkanger (1990) s. 491.

[...] [T]he existence of alternative solutions does constitute a factor relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued.¹⁷⁵

At formålet kunne vært oppnådd med mindre inngripende virkemidler er dermed et moment som trekker tydelig i retning av at tingl. § 23 medfører et uproporsjonalt inngrep.

Er tingl. § 23 egnet til å ivareta formålet?

Kravet om proporsjonalitet hviler en forutsetning om at statene handler rasjonelt, og det kreves derfor at det kan påvises at inngrepet er i stand til å fremme eller nå målet.¹⁷⁶ Hvor egnet inngrepet er til å oppnå statens målsettinger er derfor et relevant vurderingsmoment.¹⁷⁷ Det er sjeldent at manglende egnethet er avgjørende i EMDs praksis, men svak eller uklar sammenheng med myndighetenes målsettinger vil likevel være et moment som trekker i retning av at inngrepet er uproporsjonalt.¹⁷⁸ Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad tingl. § 23 er egnet til å ivareta formålet om å motvirke kreditorsvik.

Det er noen momenter som taler for at et absolutt registreringskrav for fast eiendom motvirker kreditorsvik. For det første er notoriteten ved tinglysing god, og rettsvernsakten kan bevise at en disposisjon ble gjort før konkursåpningen. I arbeidet med ny tinglysningslov i NOU 1982: 17 (Ny tinglysningslov) ble det dessuten pekt på at det er en fordel at grunnboken gir et så korrekt bilde av eier- og heftelsesforhold som mulig, at en utleggstaker må kunne stole på grunnboken, samt at en bevisbyrderregel kan føre til prioritetskonflikter mellom avtaleerverver og kreditorer.¹⁷⁹ Registrering er dessuten egnet til å gi kreditorene et varsel om at skyldneren er i ferd med å kvitte seg med sine formuesgoder. På den måten kan kreditorene begjære konkurs i tide slik at eventuelle kreditorskadelige disposisjoner kan vurderes opp mot omstøtelsesreglene.¹⁸⁰

Selv om regelen har klare fordeler, er det vesentlige innvendinger til hvor egnet den er til å motvirke kreditorsvik. For det første er det mulig å omgå regelen, ettersom det tar en viss tid fra konkurs begjæres til konkursen åpnes. Det er konkursåpningstidspunktet som er

¹⁷⁵ *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine* [J], avs. 128.

¹⁷⁶ Christoffersen (2009) s. 166

¹⁷⁷ *James and Others v. The United Kingdom* [P], avs. 50.

¹⁷⁸ Solheim (2010) s. 83.

¹⁷⁹ NOU 1982:17 (Ny tinglysningslov) s. 56. Se også Falkanger (1990) s. 491 og Marthinussen (2023) s. 66.

¹⁸⁰ Marthinussen (2023) s. 66-67.

avgjørende for kreditorstinksjon ved konkurs jf. tingl. § 23. Konkurs kan ikke åpnes før det er avholdt rettsmøte, noe som kan ta opp til en uke, jf. kkl. § 70. Skyldneren vil dessuten som oftest også forstå at det går mot konkurs tidligere enn konkursen begjæres. Dermed kan skyldneren benytte denne tiden til å tinglyse overdragelsen, før konkursen er et faktum. At det er mulig å sørge for rettsvern i det situasjonen begynner å bli kritisk, tyder på at regelen i liten grad er egnet til å motvirke kreditorsvik. Det gjør dessuten at det er grunn til å frykte at kreditorstinksjonsreglene særlig vil ramme «uskyldige» parter. Avhenderen av eiendommen har gjerne ikke noe incentiv til å varsle suksessor om at konkursåpning er nært forestående og at det er på tide å tinglyse dersom det ikke er noe samarbeidsforhold mellom disse. Dermed er det en fare for at det først og fremst er den glemske eller uvitende suksessoren som blir rammet, og ikke den som aktivt søker å unndra midler fra konkursboet.¹⁸¹

For det andre innebærer ikke tingl. § 23 noen kontroll av om disposisjonen er *pro forma*. Notoriteten knyttet til innholdet av disposisjonen er svak. Skyldneren kan fint overføre grunnbokshjemmelen til en eiendom, selv om kjøpesummen ikke er betalt, og det kun er meningen at hjemmelsovergangen skal gjøres gjeldende dersom konkurs faktisk åpnes.¹⁸² Tinglysing sikrer dermed først og fremst mot antedatering, og er lite egnet til å beskytte mot andre måter å unndra midler fra kreditorerne. Imidlertid kan det innvendes at regelen ikke behøver å beskytte mot alle former for kreditorsvik for å være egnet. Tingl. § 23 inngår i et sett av regler som supplerer hverandre og til sammen skal motvirke kreditorsvik. Blant annet proformaregelen og omstøtelsesreglene er også med på å ivareta formålet. Det snevre anvendelsesområdet trekker likevel noe i retning av at bestemmelsen er lite egnet til å ivareta sitt formål.

Det er altså relativt betydelige innvendinger mot regelens egnethet, selv om tingl. § 23 i en del tilfeller vil kunne bidra til å motvirke kreditorsvik. Når det gjelder det konkrete typetilfellet er det derimot vanskeligere å se at bestemmelsen er egnet til å ivareta formålet overhodet, all den tid forutsetningen for typetilfellet er at det ikke er fare for kreditorsvik. Det kan likevel ikke uten videre slutes at inngrepet er uproporsjonalt. Jonas Christoffersen skriver (min *kursiv*):

¹⁸¹ Se i samme retning Marthinussen (2023) s. 70.

¹⁸² Røsæg (2010) s. 254.

The principle of suitability is, however, merely one aspect of the more general factual limb of the proportionality principle; the principle of suitability makes it possible to consider a measure disproportionate if it does not produce suitable effects, *but the assessment cannot stop there*.¹⁸³

Tingl. § 23 sin svake egnethet til å ivareta sitt formål generelt og i det konkrete tilfelle er dermed ikke avgjørende i seg selv, men trekker klart i retning av at inngrepet er uproporsjonalt.

Hvor hardt rammes suksessor?

Inngrepets art og den konkrete betydningen for klageren er sentralt i proporsjonalitetsvurderingen.¹⁸⁴ Jo mer inngripende tiltak, jo mer skal til for å rettferdiggjøre inngrepet. Et utgangspunkt er klassifiseringen etter kontroll-, avståelses- eller prinsippregelen. I klassiske avståelsestilfeller er rammes klageren normalt hardt, mens byrden ved kontrolltiltak er lavere. Prinsipptilfellene er antatt å falle i en mellomposisjon.¹⁸⁵ Det er imidlertid den konkrete virkningen av inngrepet for den aktuelle klageren som er avgjørende for kravene som stilles ved proporsjonalitetstesten.¹⁸⁶ Spørsmålet er dermed hvor hardt regelen rammer suksessor.

Som drøftet ovenfor kommer kontrollregelen til anvendelse for typetilfellet. I utgangspunktet tyder dette på at tiltaket ikke er spesielt inngripende. Typetilfellet innebærer imidlertid at et privat individ fratatt hele sin eiendom til fordel for et annet privat rettssubjekt. Kreditorkestinksjon etter tingl. § 23 har dermed for den rammede borgeren samme effekt som avståelse. For en gjennomsnittlig privatperson innebærer det å bli fratatt sin mest verdifulle eiendel, og er derfor konkret svært tyngende.

Tapets størrelse ble anført som et argument for at inngrepet var uproporsjonalt i *Pye-saken*. Ifølge Pye var deres tap så stort, og den korresponderende gevinsten på ekteparets hånd så betydelig, at kravet til «fair balance» ikke var oppfylt. Retten uttalte imidlertid, under henvisning til *James and Others v. The United Kingdom*, at muligheten for en part til å tilegne seg «windfall profits» ikke påvirket totalvurderingen av proporsjonaliteten. Heller ikke tapet

¹⁸³ Christoffersen (2009) s. 190.

¹⁸⁴ Jorem (2021) s. 99.

¹⁸⁵ Solheim (2010) s. 88-90.

¹⁸⁶ Se for eksempel *Lallement v. France* [J].

på klagernes hånd kunne ha betydning i seg selv, ettersom «limitation periods, if they are to fulfill their purpose [...], must apply regardless of the claim».¹⁸⁷

Domstolens argumentasjon har en viss overføringsverdi til typetilfellet: For at tingl. § 23 skal ha effekt må de gjelde uavhengig av hvor stort tapet er. Verken størrelsen på tapet eller den korresponderende gevinsten på konkursboets hånd er dermed i seg selv avgjørende. Imidlertid gjaldt storkammerbehandlingen i *Pye-saken* om de aktuelle reglene prinsipielt var uproporsjonale. Dermed fikk konkrete forhold begrenset vekt i vurderingen.¹⁸⁸ I typetilfellet er faktum at suksessor mister hele sin eiendom, og vurderingen knytter seg til dette typetilfellet. Nesten uavhengig av hvor mye den ekstingverte eiendommen er verdt, vil er det svært tyngende for den berørte. Inngrepets tyngende karakter trekker dermed klart i retning av at inngrepet er uproporsjonalt.

Betydningen av tilbudt erstatning

Selv om borgeren rammes hardt, kan dette rettes opp gjennom erstatning.¹⁸⁹ I EMDs praksis har det utviklet seg nokså klare prinsipper for kompensasjon. Som hovedregel kreves erstatning tilsvarende markedsprisen ved avståelse av eiendom, mens det ved prinsipp- og kontrolltiltak i utgangspunktet ikke er noe krav om økonomisk kompensasjon.¹⁹⁰ Det ville umuliggjøre en effektiv samfunnsstyring dersom myndighetene var forpliktet til å kompensere enhver økonomisk konsekvens av reguleringer som grep inn i eiendomsinteresser.¹⁹¹ Kompensasjon kan likevel være et moment i proporsjonalitetsvurderingen også i disse tilfellene, særlig dersom inngrepet likner en ren avståelse. I nyere praksis er det eksempler på at kontrollinngrep av relativt lite inngripende karakter har medført at klageren blir tilkjent erstatning.¹⁹²

I *Pye-saken* ble det av mindretallet på fem dommere lagt vekt på at forskjellen mellom eiendomsavståelse og rettsvirkningen av reglene om *adverse possession*, var minimale. De dissenterende dommerne uttalte:

¹⁸⁷ *Pye* (Storkammer), avs. 84.

¹⁸⁸ *Pye* (Storkammer), avs. 82.

¹⁸⁹ Solheim (2010) s. 99.

¹⁹⁰ Se henholdsvis *James and Others v. The United Kingdom* [P], avs. 54 og *Depalle v. France* [GC], avs. 91.

¹⁹¹ Solheim (2010) s. 110.

¹⁹² Se for eksempel *Hellborg v. Sweden* [J].

While the absence of compensation cannot thus of itself be regarded as rendering the control of use disproportionate, the fact that the landowner received no compensation made the loss of beneficial ownership the more serious and required, in our view, particularly strong measures of protection of the registered owner's property rights if a fair balance was to be preserved.¹⁹³

Ved kreditorekstinksjon etter tingl. § 23 tilbys ikke erstatning for den som får sine rettigheter ekstingvert. På samme måte som «hevdservervet» i *Pye-saken*, innebærer kreditorekstinksjon i realiteten eiendomsavståelse for den rammede. Mindretallsuttalelsen taler dermed noe for at inngrepet ikke er proporsjonalt.

Flertallet i *Pye-saken* var imidlertid ikke av samme oppfatning. De mente at manglende kompensasjon ikke er et særlig viktig moment under kontrollregelen. Et krav om kompensasjon for situasjonen der en part unnlot å avbryte fristen i en «limitation period» ville «sit uneasily alongside the very concept of limitation periods».

Et liknende resonnement kan anføres for kreditorekstinksjon: Det ville fremstå urimelig dersom staten skulle ta regningen for en privatperson sin unnløstelse av å tinglyse. En slik løsning kan dessuten føre til spekulasjon ved å unnløse å tinglyse nettopp i den hensikt å oppnå erstatning fra staten. Slik kan både konkursboet og suksessor få fullt oppgjør, mens staten tar regningen. Risikoen for slike arrangementer er det vanskelig å si noe om, men muligheten taler for at det ikke kan tillegges særlig vekt at suksessor ikke får erstatning i typetilfellet.

Fraværet av erstatning tillegges dermed ikke særlig vekt i proporsjonalitetsvurderingen.

Suksessors opptreden

I *Pye-saken* ble det lagt vekt på at det skulle lite til for rette eier å avbryte tidskravet på 12 år. For eksempel hadde det vært tilstrekkelig dersom Pye ba ekteparet Graham om leie eller en annen form for betaling for bruken av eiendommen. Da ville ikke lenger besittelsen vært «adverse».¹⁹⁴

Tilsvarende er det normalt enkelt for suksessor å unngå kreditorekstinksjon ved å tinglyse den aktuelle rettigheten. Situasjonen skiller seg imidlertid noe fra å avskjære tidskravet ved

¹⁹³ *Pye* (Storkammer), mindretallsvotum avs. 16.

¹⁹⁴ *Pye* (Storkammer), avs. 78.

adverse possession. For det første får ikke rettighetshaveren nødvendigvis noen oppfordring om å sikre seg: Mens selskapet Pye hadde grunn til å reagere på at ekteparet Graham brukte deres eiendom i en årrekke, kan kreditorkestinksjon komme som lyn fra klar himmel. Dersom tinglysingen først er unnlatt i forbindelse med overdragelsen, er det ikke så lett å komme på dette igjen før bostyrer banker på døra.

Når det gjelder typetilfellet er det lagt til grunn at suksessor ikke kan klandres for manglende tinglysing i påvente av konsesjon. Imidlertid kan det argumenteres for at vedkommende burde ha sikret seg bedre i avtaleverket med selgeren, for å unngå konflikt. For eksempel kunne suksessor inntatt en betingelse i kjøpekontrakten om at kjøpesummen ikke betales før konsesjon er innvilget. Ved konkurs hos selger hadde ikke suksessor tapt penger, og konkursboet kan eventuelt tre inn i avtalen og oppfylle når konsesjon er på plass jf. dekl. § 7-3.

Graden av skyld på suksessors side er likevel begrenset og tillegges liten vekt i proporsjonalitetsvurderingen.

Inngrepets betydning for kreditorfellesskapet

I *Pye-saken* ble det lagt vekt på at den ekstingverende parten, ekteparet, ville bli rammet hardt dersom de ikke vant frem med sin rett, ettersom de hadde innrettet seg etter de gjeldende reglene om *adverse possession*.¹⁹⁵ På samme måte kan det for typetilfellet argumenteres med at kreditorene innretter seg etter någjeldende ekstinksjonsregler når de gir kreditt, slik at avtalen ellers ikke ville blitt inngått på samme vilkår. Imidlertid har ikke kreditorfellesskapet noen berettiget forventning om at suksessor unnlater å tinglyse slik at de får dekning når eiendommen selges til markedspris både før og etter konkursåpningen. Konsekvensene for konkursboet kan dermed ikke tillegges særlig vekt i proporsjonalitetsvurderingen.

Konklusjon

I det foregående er det gjort en proporsjonalitetsvurdering mellom allmennhetens behov for kreditorkestinksjon og suksessorens rett til å nyte sin eiendom i fred. Det er knyttet stor usikkerhet til konklusjonen.

¹⁹⁵ *Pye* (Storkammer), avs. 83.

Selv om det i utgangspunktet er lagt til grunn en *vid skjønnsmargin*, fører den manglende vurderingen av regelens proporsjonalitet i norsk rett til en mer intens prøving. *Pye- og Boyadzhieva-sakene* tyder på at EMD er villige til å prøve privatrettslige regler inngående, selv om det bare i den sistnevnte ble konkludert med konvensjonsstrid. De to sakene har noen klare likhetstrekk med typetilfellet, men saksforholdene er likevel for ulike til at det kan trekkes noen klare konklusjoner fra disse alene.

Formålet med tingl. § 23 om å motvirke kreditorsvik er tungtveiende, men vi har sett at regelen ikke er så godt *egnet* til å ivareta dette. For typetilfellet ivaretas ikke formålet i det hele tatt. *Behovet* for kreditorekstinksjon virker dessuten overdrevet i norsk rett. De *konkrete følgene* for borgeren i typetilfellet er betydelige. I praksis blir effekten av inngrepet den samme som ved avståelse, *uten kompensasjon*. Borgeren er dessuten i liten grad beskyttet av *prosessuelle garantier* på grunn av den rigide behandlingen av rettsvernsregler i norske domstoler.

Etter en helhetsvurdering er konklusjonen at suksessor må bære en urimelig byrde og dermed at tingl. § 23 utgjør et uproporsjonalt inngrep. Konklusjonen på hovedproblemstillingen er dermed at tingl. § 23 strider mot EMK P1-1 i det konkrete typetilfellet.¹⁹⁶

¹⁹⁶ I juridisk teori antas det at det skal mye til at norske ekstinksjonsregler blir kjent konvensjonsstridige, men at det kan skje i snevre unntakstilfeller. Se Marthinussen (2023) s. 66 i omtalen av Rt. 2002 a. 1484 U. Se også Salvesen (2021) s. 184 og Løvteit (2021) s. 335.

5 Veien videre

I denne oppgaven har jeg konkludert med at tingl. § 23 i typetilfellet er i strid med EMK P1-1, selv om konklusjonen er usikker. Spørsmålet i dette avsluttende kapitlet er hvilken betydning konvensjonsstriden har for norsk rett.

Som redegjort for i punkt 3.1, går EMK ved motstrid foran norsk lov jf. mrl. § 3. Dermed er utgangspunktet at tingl. § 23 må vike for EMK P1-1, ettersom det er motstrid mellom disse i typetilfellet. I så tilfelle må enten domstolene innfortolke unntak i bestemmelsen, eller så må lovgiver endre den. En mulighet er da, som påpekt ovenfor, å operere med en unntaksregel der suksessor kan bevise at den bestridte transaksjonen er reell.

Det fremstår likevel lite trolig at Høyesterett eller lovgiver kommer til å endre kurs *før* en eventuell fellelse i EMD. Selv om Høyesterett skal anvende EMDs metode ved tolkning av EMK, er det EMD som i første rekke har til oppgave å *utvikle* konvensjonen. I høyesterettspraksis er det derfor lagt til grunn at norske domstoler ikke burde være for dynamiske i sin tolkning av konvensjonen og at det ikke skal bygges inn «sikkerhetsmarginer» for å unngå konvensjonsbrudd.¹⁹⁷

I samsvar med dette har Marthinussen tatt til orde for at Høyesterett bør vise tilbakeholdenhet med å la EMK P1-1 påvirke tolkningen av norske ekstinksjonsregler. Marthinussen skriver at å «skulle foreta en form for proporsjonalitetsvurdering av ekstinksjons- og rettsvernsregler i saker der ekstinksjon kan virke urimelig [...] på det grunnlag som nå eksisterer, er svært vanskelig».¹⁹⁸ Han mener det da er bedre å holde fast på det eksisterende regelverket, og la EMD stå for den videre utviklingen.

Selv om det er kommet ny praksis siden disse uttalelsene, er rettstilstanden fremdeles usikker. Dersom en sak som typetilfellet kommer opp for norske domstoler må det uansett forventes en balansert og nyansert drøftelse, i lys av EMDs praksis. Om norske domstoler tar skrittet, og konkluderer med motstrid før en eventuelt fellende dom i EMD, synes uansett tvilsomt.

¹⁹⁷ Rt. 2000 s. 996 P (Bøhler) s. 1008.

¹⁹⁸ Marthinussen (2008) s. 201.

Kilderegister

Norske rettskilder

Lover

Lov. 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysingsloven – tingl.).

Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova – hevdsl.).

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven – kkl.).

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven – deknl.).

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.).

Lovforarbeider og offentlige utredninger

Ot.prp. nr. 9 (1935) Om lov om tinglysing.

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1982: 17 Ny tinglysingslov.

Prop. 53 L (2013-2014) Endringer i tinglysingsloven mv. (elektronisk tinglysing).

Rettsavgjørelser

Rt. 1935 s. 981 A (Bygland).

Rt. 1997 s. 1050 A (Momentum).

Rt. 1998 s. 268 A (Cruise Charter).

Rt. 2000 s. 996 P (Böhler).

Rt. 2002 s. 557 P (Dobbeltstraff I).

Rt. 2002 s. 1484 U.

Rt. 2015 s. 81 A (Lime I).

HR-2017-33-A (Forusstranda).

HR-2021-1773-A (Bank Norwegian).

HR-2021-2248-A (Aurstad Maskinutleige).

Internasjonale rettskilder

Konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950. (Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969. (Wienkonvensjonen).

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Tyrer v. The United Kingdom [J], nr. 5856/72, 25. april 1978.

Airey v. Ireland [J], nr. 6289/73, 9. oktober 1979.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden [P], nr. 7152/75, 23. september 1982.

James and Others v. The United Kingdom [P], nr. 8793/79, 21. februar 1986.

Mellacher and Others v. Austria [P], nr. 10522, 11011/84 og 11070/84, 19. desember 1989.

Hentrich v. France [J], nr. 13616/88, 22. september 1994.

Air Canada v. The United Kingdom [J], nr. 18465/91, 5. mai 1995.

Beyeler v. Italy [GC], nr. 33202/96, 5. januar 2000.

Gustafsson v. Sweden [GC], nr. 15573/89, 25. april 1996.

Iatridis v. Greece [GC], nr. 31107/96, 25. mars 1999.

Chassagnou and Others v. France [GC], nr. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, 29. april 1999.

Lallement v. France [J], nr. 46044/99, 11. april 2002.

S.A. Dangeville v. France [J], nr. 36677/97, 16. april 2002.

Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB v. Sweden [J], nr. 38993/97, 16. september 2003.

Draon v. France [GC], nr. 1513/03, 6. oktober 2005.

Maurice v. France [GC], nr. 11810/03, 6. oktober 2005.

Hellborg v. Sweden [J], nr. 47473/99, 28. februar 2006.

Hutten-Czapska v. Poland [GC], nr. 35014/97, 19. juni 2006.

J.A. Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom [J], nr. 44302/02, 15. november 2005.

J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom [GC], nr. 44302/02, 30. august 2007.

Depalle v. France [GC], nr. 34044/02, 29. mars 2010.

Lindheim and Others v. Norway [J], nr. 13221/08 og 2139/10, 12. juni 2012.

Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine [J], nr. 846/16 og 1075/16, 22. mai 2018.

G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy [GC], nr. 1828/06, 34163/07 og 19029/11, 28. juni 2018.

Boyadzhieva and Gloria International Limited Eood v. Bulgaria [J], nr.41299/09 og 11132/10, 5. oktober 2018.

Lekić v. Slovenia [GC], nr. 36480/07, 11. desember 2018.

Markus v. Latvia [J], nr. 17483/10, 11. juni 2020.

Litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave, Eget forlag 2012.

Baldersheim, Erlend, *Til tingsrettens teori*, Cappelen Damm Akademisk 2017.

Berg, Borgar Høgetveit og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» *Jussens venner* 2003, s. 312-339.

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget 1971.

Christoffersen, Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 2009.

Elgesem, Frode, «Tolking av den europeiske menneskerettskonvensjonen» *Jussens Venner* 2021, s. 441-487.

Falkanger, Thor, «Kreditorstinksjon og juridiske Trosartikler» ... *den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm* 1990, s. 248-491.

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 9. utgave, Universitetsforlaget 2022.

Gauksdóttir, Guðrún, *The Right to Property and the European Convention on Human Rights – A Nordic Approach*, Lund 2004.

Johannessen, Martin Helland, «Reguleringsplaner og EMK P1-1: Kan manglende gjennomføring av reguleringsplaner utgjøre et uproporsjonalt inngrep i EMK P1-1?» *Tidsskrift for eiendomsrett* 2020, s. 57-94.

Jorem, Henrik, «Eiendomsvernet i EMK» *Jussens Venner* 2021, s. 79-112.

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 6. utgave, Djøf Forlag 2023.

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2018.

Lorenzen, Peer, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedstad-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – Art. 10-59 samt Tillægsprotokollene*, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011.

Løtveit, Bjørn, *Pantsettelse av immaterialrettigheter*, Universitetsforlaget 2021.

Magnussen, Roger Stelander, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, Det juridiske fakultet (UiT), Tromsø 2015. (Upublisert doktoravhandling).

Marthinussen, Hans Fredrik, «Om europeiseringen av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettighetsdomstols avgjørelser i Pye-saken» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2008, s. 179-207.

Marthinussen, Hans Fredrik, «Forusstranda»: Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål» *Jussens Venner* 2017, s. 67-97.

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene*, 3. utgave, Cappelen Damm 2023.

Røsæg, Erik, «Fire kjetteriske tanker om kreditorkestinksjon av avtaler om fast eiendom», *Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), Gyldendal Akademisk 2010, s. 253-265.

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, *Kreditorvern*, Cappelen Damm akademisk 2021.

Settem, Ole Johan, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten» *Jussens Venner* 2016, s. 119–142.

Solheim, Stig H., «Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD)» *Tidsskrift for Eiendomsrett* 2008, s. 110-125.

Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Cappelen Akademisk Forlag 2010.

Solheim, Stig H., «EMDs avgjørelse i tomtfestesaken: revolusjonerende eller justerende?» *Lov og Rett* 2013, s. 295-310.

Solheim, Stig H., «Fra bot til bedring: Høyesteretts behandling av EMK P1-1», *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy, Toril M. Øie (red.), Universitetsforlaget 2016, s. 387-418.

Øvrige kilder

Marthinussen, Hans Fredrik, Allmenn formuerett: Innføringsforelesning, forelesning ved Det juridiske fakultet, UiB, 6. mars 2022.

Statistisk sentralbyrå, *Opna konkursar: Opna konkursar 1980-2022, 2023*, hentet fra <https://www.ssb.no/statbank/table/09694/> 24.04.2023.

Åmås, Terje, *Husholdningenes betalingsvaner*, Norges bank 2021, hentet fra <https://www.norges-bank.no/bankplassen/arkiv/2021/husholdningenes-betalingsvaner/> 02.05.2023.