



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultetet

Kreditorekstinksjon i lys av eiendomsvernet i EMK P1-1

Setter eiendomsvernet i EMK P1-1 begrensninger for praktiseringen av norske kreditor-ekstinksjonsregler?

Erik Storsveen

Stor masteroppgave med forskerlinje JUR 3903

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	AKTUALITET OG BAKGRUNN FOR VALG AV TEMA	5
1.3	BEGREPSAVKLARINGER	7
1.3.1	<i>Konfliktmodellene</i>	7
1.3.2	<i>Kreditor og debitor</i>	9
1.3.3	<i>Rettsvern og rettsvernsakt</i>	10
1.3.4	<i>Kreditorekstinksjon og godtroekstinksjon</i>	11
1.4	METODE	13
1.4.1	<i>Rettsdogmatisk metode</i>	13
1.4.2	<i>EMDs metode ved anvendelsen av EMK</i>	14
1.5	AVGRENSNING OG VEIEN VIDERE FOR AVHANDLINGEN	15
2	NORSKE KREDITOREKSTINKSJONSREGLER	17
2.1	RETTSVERNSREGLENE	17
2.1.1	<i>Hensyn bak rettsvernsreglene</i>	17
2.1.2	<i>Rettsvernsakten registrering</i>	19
2.1.3	<i>Rettsvernsakten overlevering</i>	21
2.1.4	<i>Rettsvernsakten notifikasjon</i>	26
3	EMK P1-1	28
3.1	EMK FÅR FORRANG FORAN NORSK RETT VED MOTSTRID	28
3.2	PRINSIPPER VED FORTOLKNINGEN AV EMK P1-1	29
3.3	BAKGRUNNEN FOR INNFØRINGEN AV EMK P1-1	30
3.4	INNHODET I EMK P1-1	33
3.4.1	<i>Kort om systematikken i EMK P1-1</i>	33
3.4.2	<i>Verneverdige interesser etter EMK P1-1</i>	36
3.5	HVILKE VILKÅR MÅ VÆRE OPPFYLT FOR AT ET INNGREP ANSES KONVENJONSMESSIG?	38
3.6	INNHODET I INNGREPSVILKÅRENE ETTER EMK	39
3.6.1	<i>Lovkravet – kravet til legalitet for inngrep i EMK P1-1</i>	39
3.6.2	<i>Legitimt formål</i>	43
3.6.3	<i>Proporsjonalitet</i>	47
4	TYPETILFELLENE	57
4.1	TILFELLENE HVOR KREDITORENE EKSTINGVERER SELV OM DE ER KJENT MED DE REELLE EIERFORHOLDENE I FAST EIENDOM, OG SUKSESSOR IKKE KAN KLANDRES FOR MANGLENDE TINGLYSING	57
4.2	TILFELLENE HVOR NORSK RETT OPPSTILLER EN ULOVFESTET RETTSVERNSREGEL	58
4.3	TILFELLENE HVOR LOVFESTEDE RETTSVERNSREGLER BLIR FORTOLKET ANALOGISK ELLER UTVIDENDE	59

5	SETTER EMK P1-1 BEGRENSNINGER FOR PRAKTISERINGEN AV NORSKE KREDITOREKSTINKSJONSREGLER?	62
5.1	INNGREPSVURDERINGEN	62
5.1.1	<i>Utgjør reglene om kreditorekstinksjon et inngrep i EMK P1-1?</i>	62
5.1.2	<i>Regelklassifiseringen – hvilken «regel» i EMK P1-1 må reglene om kreditorekstinksjon plasseres innunder?</i>	66
5.2	TYPETILFELLE 1 – TILFELLENE HVOR SUKSESSOR IKKE KAN KLANDRES FOR MANGLENDE TINGLYSING AV FAST EIENDOM, OG HVOR KREDITORENE ER FULT UT KLARE OVER DE REELLE EIERFORHOLD.	69
5.2.1	<i>Lovkravet</i>	69
5.2.2	<i>Legitimt formål</i>	70
5.2.3	<i>Proporsjonalitet</i>	73
5.3	TYPETILFELLE 2 – TILFELLENE HVOR NORSK RETT OPPSTILLER EN ULOVFESTET RETTSVERNSREGEL.	87
5.3.1	<i>Lovkravet</i>	87
5.3.2	<i>Legitimt formål</i>	94
5.3.3	<i>Proporsjonalitet</i>	96
5.4	TYPETILFELLE 3 – TILFELLENE HVOR RETTSVERNSREGLENE BLIR FORTOLKET ANALOGISK ELLER UTVIDENDE	97
5.4.1	<i>Lovkravet</i>	97
5.4.2	<i>Legitimt formål</i>	101
5.4.3	<i>Proporsjonalitet</i>	101
5.5	SAMMENFATNING	107
6	VEIEN VIDERE FOR KREDITOREKSTINKSJONSREGLENE	109
	KILDELISTE	I
	NORSKE LOVER	I
	LOVFORARBEIDER OG OFFENTLIGE UTREDNINGER	II
	HØYESTERETTSAVGJØRELSE	III
	INTERNASJONALE KONVENSJONER	IV
	AVGJØRELSE FRA EMD	V
	JURIDISK LITTERATUR	VII
	NETTSIDER	X

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er eiendomsvernet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (heretter omtalt som EMK P1-1). EMK P1-1 er inntatt som norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2 og gitt forrang gjennom menneskerettighetsloven § 3.¹ EMK P1-1 lyder som følger:

«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»

En naturlig forståelse av «entitled to the peaceful enjoyment of property» tilsier at enhver har rett til å kunne bruke sine eiendeler i fred uten innblanding utenfra, herunder fra staten og andre rettssubjekter.² Kjernen av bestemmelsens verneområde synes å være fast eiendom, løsøre, og pengekrav, noe som har støtte i bred rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, heretter EMD.³ Jeg vil behandle det rettslige innholdet i EMK P1-1 mer utførlig senere avhandlingens kapittel 3.

Når konvensjonen verner om fysiske og juridiske personers rett til å nyte sine eiendeler i fred, oppstår problemstillingen om på hvilke vilkår nasjonalstaten kan gjøre inngrep i EMK P1-1. I norsk rett finnes det flere ulike regelsett som kan medføre tap av eiendomsrett. Reglene om

¹ Kortnavn for lover har fullstendige henvisninger i kildelisten bakerst.

² Etter Wienkonvensjonen art. 31 nr. 1 skal traktattekster tolkes «in good faith» og «in accordance with the ordinary meaning». Wienkonvensjonen er relevant et relevant utgangspunkt for tolkningen av EMK, se sak. 4451/70 Golder v. The United Kingdom avsnitt 29. Likeledes, Frode Elgesem, «Tolkning av EMK – menneskerettsdomstolens metode» Jussens venner vol. 42 utg. 4-05 side 203-230 på side 206.

³ Se sak. 15375/89 Gasus Dosier – Und Fördertechnik GmbH v. The Netherlands, hvor en sementblander ble ansett å være vernet av konvensjonen. I sak 22774/93 Immobiliare Saffi v. Italy, ble fast eiendom ansett vernet etter konvensjonen.

kreditorekstinksjon er et av disse regelsettene.^{4 5} Når jeg skriver «reglene om kreditorekstinksjon» eller «dynamisk tingsrettslig konflikt» sikter jeg i det følgende til de regler som regulerer rettigheter i bevegelse, herunder rettighetskollisjoner. En annen treffende karakteristikk for fagområdet er hvilken rettsstilling selgers tredjemenn, herunder kreditorer, har i konflikt med kjøper av et formuesgode.⁶ Kreditorekstinksjon er et ekstinktivt erverv av et formuesgode, herunder at en persons rett blir utslettet til fordel for en annens rett. Kreditorerne utsletter eksempelvis kjøpers eiendomsrett i et formuesgode til dekning for selgers gjeld.⁷ Jeg vil imidlertid redegjøre nærmere for de norske reglene om kreditorekstinksjon i punkt 1.3 og kapittel 2. Det er reglene om tap av eiendeler gjennom kreditorekstinksjon som skal vurderes opp mot vilkårene i EMK P1-1 i denne avhandlingen.

Hovedregelen for kreditorenes beslagsrett følger av dekningsloven § 2-2. Det følger av bestemmelsen at kreditorerne kan ta beslag i «*formuesgoder som tilhører debitor på beslagstiden*». En naturlig forståelse av ordlyden «tilhører debitor» tilsier at kreditorenes beslagsrett begrenses til de formuesgoder som eies av debitor på beslagstiden. I rettspraksis er vilkåret «tilhører» tolket dithen at debitor må være *reell* eier av formuesgodet.⁸ Hovedregelen springer ut av avtaleforholdet mellom kreditor og debitor. Det er et naturlig utgangspunkt at debitor selv svarer for egen gjeld. En annen side av utgangspunktet er at kreditorerne ikke bør gis rett til dekning i formuesgoder som ikke tilhører deres egen avtalepart. En avtale har som det klare utgangspunkt virkning mellom avtalepartene, slik at et kreditorbeslag overfor noen som ikke står i et forpliktelsesforhold til kreditor synes å bryte med dette utgangspunktet.⁹

Utgangspunktet er imidlertid undergitt flere unntak. I forarbeidene til dekningsloven er det uttalt følgende:

⁴ Et annet eksempel på regler som kan medføre tap av eiendomsrett er reglene om ekspropriasjon etter oreigningslova.

⁵ Se Thor Falkanger, «Kreditorekstinksjon og Juridiske trosartikler», Festskrift til Anders Bratholm Oslo 1990, s. 485-491 på side 486.

⁶ Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, Tingsrett, 8. utgave Oslo 2016 side 579.

⁷ Falkanger/Falkanger s. 60-61.

⁸ Se Rt 1935 s. 981 på side 983-984.

⁹ Se Ulfbeck, Vibe, *Kontraktens relativitet, Det direkte ansvar i formueretten*, København 2000 s. 39.

«Den nærmere grense for beslagsreglene 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».¹⁰

Hovedregelen må etter forarbeidene suppleres av tilgrensede regelsett, herunder rettsvernsreglene. Reglene om rettsvern skal på den ene siden sikre den som kjøper et formuesgode mot etterfølgende rettsstiftelser i samme formuesgode. På den andre siden skal reglene markere utad for blant annet kreditorene at det har skjedd en rettighetsovergang. Rettsvernsreglene fungerer derfor som et rettslig vern mot svikaktige disposisjoner overfor kreditorene.¹¹ Dersom reglene om rettsvern ikke er overholdt gis kreditorene, etter forarbeidene til dekningsloven, en utvidet beslagsadgang i forhold til tredjemenn. Hensynene bak rettsvernsreglene skal redegjøres for nærmere i punkt 2.1.1.

Ved manglende rettsvern vil eieren av formuesgodet, uavhengig av de reelle eierforhold *inter partes*, tape sin eiendomsrett i konkurranse med dekningsøkende kreditor.¹² Norsk rett bygger på forutsetningen om at rettsvernsreglene er preseptoriske. Etter høyesterettspraksis kan det ikke gjøres unntak basert på rimelighetshensyn eller andre hensyn som skulle tilsi at rettsvernsreglene ikke bør få anvendelse. I HR-2021-2248-A uttalte Høyesterett at reglene om rettsvern er preseptoriske og kan virke «hårde».¹³ Dommen skal behandles senere i avhandlingens punkt 2.1.3. På denne bakgrunn er det i norsk rett irrelevant hvor inngripende et resultat av manglende rettsvern vil være for individet.¹⁴ Rettsvernsreglene blir praktisert svært strengt, og ved manglende rettsvern for disposisjonen vil kjøper tape sin rett til selgers kreditorer uavhengig av hvor urimelig tapet måtte føles for den som mister sin rett. Hans Fredrik Marthinussen har uttalt seg treffende om kreditorekstinksjonsreglene:

«Norske kreditorekstinksjonsregler er brutale saker».¹⁵

Thor Falkanger har uttalt seg i samme retning, men i noe modererte ordelag:

¹⁰ NOU 1972:20 s.255.

¹¹ Se Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 585-586.

¹² Se Rt 2002 s. 1484 på side 1488 og HR-2021-2248-A avsnitt 49-50.

¹³ HR-2021-2248-A avsnitt 50.

¹⁴ Rt 1997 s. 1050 s. 1055, Rt 2002 s. 1484, og HR-2021-2248-A avsnitt 49-50.

¹⁵ Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, Oslo 2018 2. utgave s. 172.

«At A i vårt eksempel etter å ha brukt og utnyttet eiendommen i 10 år, skal oppleve at Bs bo tar den fra ham eller at Bs kreditor får utlegg i deri, er ikke umiddelbart rimelig».¹⁶

Reglene om kreditorekstinksjon medfører på bakgrunn av fremstillingen ovenfor, at kjøper av en eiendom vil tape i en konkurranse mot dekningsøkende kreditor dersom han ikke har sikret rettsvern før kreditorbeslaget. Kreditorerne behøver ikke respektere de erverv som ikke har rettsvern.¹⁷ Rettsfølgene av manglende rettsvern er i verste fall at kjøper av eksempelvis et hus mister sin eiendom, selv om kjøpesummen er betalt og alt løsøre er flyttet til det nye hjemmet.¹⁸

Når norsk rett lar kreditorerne ta beslag i rette eiers eiendom til dekning for en annens gjeld, medfører det at enkeltpersoner ikke ubetinget kan nyte sin eiendom i fred. På denne bakgrunn oppstår det muligens et spenningsforhold mellom norsk rett og EMK P1-1. For å illustrere og analysere spenningsforholdet som kan oppstå, vil jeg identifisere tre typetilfeller som oppstår på bakgrunn av norske kreditorekstinksjonsregler.

Med typetilfeller sikter jeg i denne avhandlingen til ulike problemstillinger eller situasjoner som kan oppstå på bakgrunn av reglene om kreditorekstinksjon. Et typetilfelle kan sees på som et bestemt faktum som kan tenkes å bli omfattet av EMK P1-1. Et konkret typetilfelle kan være tap av eiendomsrett til fast eiendom, mens et annet typetilfelle kan være hvorvidt EMK P1-1 begrenser adgangen til å etablere ulovfestede regler om kreditorekstinksjon. Jeg vil redegjøre for de konkrete typetilfellene som er valgt for denne avhandlingen i kapittel 4. For ordens skyld presiseres det at jeg i denne avhandlingen vil ta stilling til et konkret typetilfelle som oppstår ved kreditorekstinksjon av fast eiendom, et typetilfelle som gjelder etableringen av ulovfestede kreditorekstinksjonsregler, og et typetilfelle som gjelder adgangen til å anvende rettsvernsreglene analogisk eller utvidende.

Bakgrunnen for at de aktuelle typetilfellene er valgt, er at jeg anser disse mest interessante i et menneskerettslig perspektiv. Antagelig omfatter EMK P1-1 en lang rekke typetilfeller, men en grundig drøftelse av alle disse vil falle langt utenfor rekkevidden av denne avhandlingen.

¹⁶ Thor Falkanger, «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler», s. 487.

¹⁷ Se tinglysingsloven § 20 jf. 23. Jeg sier at kreditorerne ikke «behøver» å respektere ervervene som ikke har rettsvern. Kreditorerne kan velge å respektere disse, og er oppfordret til å respektere de for de tilfeller hvor ekstinksjon fremstår svært urimelig, se NOU 1972:20 s. 192.

¹⁸ Rettsfølgen kan utledes av forutsetningsvis tinglysingsloven §§ 20 til 23 og øvrige rettsgrunnlag som tillater ekstinksjon, se eksempelvis ordlyden «stå seg mot» i tinglysingsloven § 23.

Hensikten med å identifisere typetilfeller og ikke vurdere kreditorekstinksjonsreglene i sin helhet, er at reglene skaper en rekke ulike konflikter og situasjoner. Ved å identifisere typetilfeller vil drøftelsen bli konkretisert, i stedet for å drøfte kreditorekstinksjonsreglene på generelt grunnlag i lys av EMK P1-1. En generell drøftelse av et omfattende og sammensatt regelverk kan stå i fare for å bli abstrakt, og lite konkret.

Undersøkelsens formål er å avklare hvorvidt EMK P1-1 «begrenser» praktiseringen av rettsvernsreglene for de ulike typetilfellene. Ved å bruke begrepet «begrenser» sikter jeg i avhandlingen til om EMK P1-1 medfører at norske kreditorekstinksjonsregler ikke kan praktiseres etter gjeldende praksis, eller om EMK P1-1 får noen innvirkning på kreditorekstinksjonsreglene. Begrepet «begrenser» favner vidt, og formålet er å skape en bred ramme for avhandlingen, hvor jeg kan drøfte hvorvidt EMK P1-1 medfører at kreditorekstinksjonsreglene må praktiseres på en mindre inngripende måte for å være i overenstemmelse med konvensjonen. Ved å bruke begrepet «begrenser» vil problemstillingen også omfatte hvorvidt EMK P1-1 eventuelt begrenser etableringen av ulovfestede rettsvernsregler.

1.2 Aktualitet og bakgrunn for valg av tema

Gjeldsforfølgingsrettslige og dynamisk tingsrettslige problemstillinger har en stor samfunnsmessig aktualitet. Statistikk fra Brønnøysundregisteret viser at det i 2019 var rett i underkant av 5000 konkurser i Norge.¹⁹ Det er nærliggende å anta at antall utlegg i formuesgoder er vesentlig høyere.

Det er tale om regelsett som får stor praktisk betydning i samfunnet. Det er ikke tilstrekkelig med kjennskap til et fagområde. Rettsanvenderen og personen regelen rammes av, bør ha kjennskap til samtlige av de relevante fagområder. De relevante rettsområder er panteretten, gjeldsforfølgingsretten, obligasjonsretten, og den dynamiske tingsretten. En slik kjennskap er avgjørende for å kunne forutberegne sin rettsstilling i tilstrekkelig grad. Som denne avhandlingen vil belyse, bør rettsanvenderen også kjenne til de menneskerettslige forpliktelsene som omfatter reglene om kreditorekstinksjon.

Per nå står samfunnet, forhåpentligvis, i slutfasen av en pandemi som har skapt økonomiske problemer for mange bedrifter. I forkant av pandemien var det en økonomisk vekst innen blant

¹⁹ <https://www.brreg.no/produkter-og-tjenester/statistikk/statistikk-fra-konkursregisteret/>.

annet reiselivsnæringen, og antallet nye oppstartede bedrifter var stort.²⁰ Da pandemien inntraff, gikk flere av disse konkurs som en direkte følge av manglende kundestrøm. Det norske regelverket som gjelder kreditorenes beslagsadgang er vidtrekkende, og kunnskap om relevante regler som gjelder konkurs og utlegg er derfor sentralt, både for jurister, bedrifter, og enkeltindivider. Det er nærliggende å anta at virkningen av å ikke følge rettsvernsreglene, nemlig tap av eiendomsrett, er for mange nordmenn underkommunisert. Virkningen kan bli svært alvorlig for den som rammes av beslaget, og kunnskap om reglens rettsvirkninger og realiteter er derfor viktig.

Det finnes en lang rekke juridiske verk som behandler kreditorekstinksjon, men få av disse behandler forholdet til EMK P1-1 inngående.²¹ Høyesterett har nylig avsagt dom i HR-2021-1773-A, hvor EMK P1-1 ble anført, men ikke behandlet av Høyesterett. Rette eier av eiendommen fikk medhold i en anførsel om at bruk av eiendom i hevdstid kan medføre at rettsvern oppnås på selvstendig grunnlag uten en særskilt rettsvernsakt. Slik hevd omtales som selvstendig rettsvernshevd.²² I HR-2021-2248-A omtalte mindretallet kreditorekstinksjon som et inngrep i eiendomsretten, noe jeg ikke kan se Høyesterett har gjort tidligere.²³ Når Høyesterett kommer med en slik uttalelse, kan dette vanskelig forstås annerledes enn at norske domstoler er blitt oppmerksom på tematikken. Dette fordrer en grundigere utredning av EMK P1-1s påvirkning på norsk rett. Så vidt meg bekjent, er EMK P1-1 sjeldent blitt anført i ekstinksjonsspørsmål for domstolene tidligere.²⁴

Avhandlingen kan også bidra til mer kunnskap om problemstillingen, noe som igjen kan styrke avhandlingens aktualitet. Ved å bidra til større kunnskap om problemstillingen, kan økende kunnskap bidra til at problemstillingen, i fremtiden, behandles grundigere i domstolene. Formålet med denne avhandlingen er å undersøke forholdet til EMK nærmere, og forhåpentligvis bidra til å skape forståelse og en nærmere avklaring av problemstillingen. EMK er i stadig

²⁰ Se eksempelvis <https://www.nhoreiseliv.no/tall-og-fakta/>.

²¹ Med unntak av Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* s. 173-174 og Sverre Magnus Bergslid, *Kreditorvern*, Oslo 2021 s. 179-187 som begge har noen synspunkt på problematikken.

²² Regelen baserer seg på en fortolkning av tinglysningsloven § 21 andre ledd, hvor hevdserverv etter hevdsloven gis rettsvern automatisk og uten en særskilt rettsvernsakt, se HR-2021-1773-A avsnitt 34.

²³ HR-2021-2248-A avsnitt 109.

²⁴ Et eksempel hvor EMK P1-1 ble anført er HR-2018-1265-A (Deutsche bank) Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til spørsmålet.

utvikling og gjennom denne avhandlingen ønsker jeg å analysere hvilken posisjon EMK P1-1 har i relasjon til kreditorekstinksjonsreglene. Forhåpentligvis kan dette prosjektet bidra til en bredere forståelse for EMK P1-1 og dens forhold til norske kreditorekstinksjonsregler.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Konfliktmodellene

I punkt 1.3 skal jeg redegjøre for de ulike konfliktmodellene i den dynamiske tingsretten. Videre skal jeg redegjøre for utvalgte begrep som er viktige for å forstå avhandlingen. En slik redegjørelse er sentral for å forstå systemet konfliktene bygger på, samt hvem som er parter i saken. Illustrasjonen av konfliktsituasjonen foretas for å vise at kreditorene beslaglegger et formuesgode som ikke tilhører deres skyldner, som kan være sentralt i en senere EMK drøftelse.

I denne avhandlingen vil betegnelsene A – S – B brukes. Jeg vil imidlertid ikke kategorisk forholde meg til denne betegnelsen på partene. Det er minst like treffende, og kanskje lettere å forstå betegnelsene kjøper, selger, og kreditor. For ordens skyld vil jeg imidlertid redegjøre for betydningen av nevnte betegnelser. A er betegnelsen på *avhenderen*, som er debitor, og er den som overdrar et formuesgode til *suksessor*, som er S i analyseskjemaet.²⁵ Suksessor er den som overtar en rettighet, eller et formuesgode fra A, mens B i analyseskjemaet vil for kreditor-ekstinksjon være *kreditor*.²⁶ A og S vil også omtales som henholdsvis selger og kjøper.

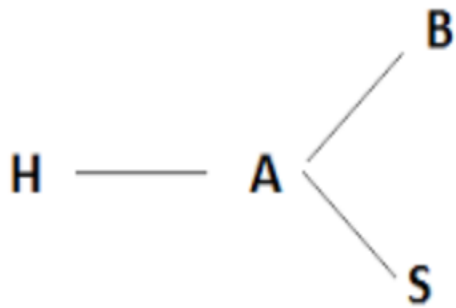
Den dynamiske tingsretten bygger ikke på en «ordinær» konflikt mellom kreditor og debitor, slik som eksempelvis obligasjonsretten. Konflikten står mellom B og S, hvor disse hevder å ha en rett som ikke er forenelig med den andres. Det foreligger derfor en rettighetskollisjon. Slike uforenelige rettigheter kan være at S har kjøpt et hus fra en person som vil være A i analyseskjemaet.²⁷ Deretter hevder A sine kreditorer å ha rett til dekning i huset som S har kjøpt fra A. Ettersom S hevder å ha kjøpt huset heftelsesfritt, vil ikke rettighetene til kreditor B og kjøper S være forenelige med hverandre. Analyseskjemaet som ofte brukes kan illustreres slik:²⁸

²⁵ Se analyseskjemaet under.

²⁶ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 579.

²⁷ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 579.

²⁸ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 581.



Analyseskjemaet har ikke noen rettslig betydning i seg selv. Analyseskjemaet er ment som et pedagogisk verktøy for å illustrere konfliktene som oppstår i den dynamiske tingsretten. Det er imidlertid en diskusjon om denne analysemodellen er gitt en større rettslig betydning enn den i realiteten har, men for denne avhandlingen vil jeg omtale analyseverktøyet som et pedagogisk virkemiddel i den hensikt å forstå hvordan konfliktene i den dynamiske tingsretten kan illustreres.²⁹ I denne avhandlingen vil jeg fokusere på konflikten som oppstår mellom S og B i analyseskjemaet, herunder *dobbelt suksessjonskonflikten*. Dobbelt suksessjonskonflikten omtales som «ut av boet konfliktene» og er tilfellene der avhenderen har overdratt et formuesgode til to personer som begge hevder å ha rett i formuesgodet. En annen side av dobbelt suksessjonskonflikten er der hvor kreditorene hevder å ha rett til dekning i formuesgodet som suksessor har kjøpt av A. Det er denne konflikten som oppstår i denne avhandlingen. Konflikten mellom kreditor (B) og H i analyseskjemaet faller utenfor denne fremstillingen, herunder *hjemmelsmannkonflikten*. Konflikten mellom B og H i analyseskjemaet er langt like praktisk for kreditorekstinksjon. Dette fordi formuesgodet aldri vil «tilhøre» debitor, ettersom rette eier vil være H i analyseskjemaet.³⁰ Ettersom H i stor grad holdes utenfor forholdet med kreditorene, vil jeg ikke fokusere på denne konflikten i avhandlingen.³¹

²⁹ Se HR-2017-33-A (Forusstranda) hvor det ble fremsatt påstandsgrunnlag basert på hvilken konflikttype det var tale om, se dommens avsnitt 20. Likeledes Salvesen, *Kreditorvern*, s. 58-64.

³⁰ Se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 56-57.

³¹ Se Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utg Oslo 2018 s. 290-291, som vier problematikken i underkant av 2 sider i boka si. Likeledes, Salvesen, *Kreditorvern*, s. 58.

Et annet formål med analyseskjemaet er å illustrere at det må være tale om to kolliderende rettigheter for at det skal oppstå en dynamisk tingsrettslig konflikt. Både S og B må pretendere å inneha uforenelige rettigheter til formuesgodet de har utledet fra A i kreditorekstinsjonstilfellene. Begrepet «kollisjonstilfeller» kommer til uttrykk i lovverket. I tinglysingsloven § 20 anvendes begrepet «kollisjonstilfeller» som en forutsetning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Dette tilsier at det må være tale om to kolliderende eller uforenelige rettigheter for at det skal være tale om en konflikt i dynamisk tingsrettslig forstand.³²

1.3.2 Kreditor og debitor

Begrepet kreditor forstås i sin alminnelighet som den som har en fordring mot en annen, og som søker dekning for sin fordring mot debitor. Det er imidlertid et snevrere kreditorbegrep som må legges til grunn for denne avhandlingen. I den dynamiske tingsretten er kreditor utleggstaker eller et konkursbo som søker dekning for sitt krav mot skyldneren.³³ Det er tale om et enkeltbeslag i form av utlegg, eller et generalbeslag i form av konkurs som omfattes av kreditorbegrepet i den dynamiske tingsretten.³⁴ En annen dekkende beskrivelse vil være deknings-søkende kreditor.³⁵ Kreditorbegrepet er derfor snevrere enn det tradisjonelle kreditorbegrepet som anvendes i eksempelvis obligasjonsretten. En person kan i obligasjonsretten være debitor for pengekravet, men realkreditor for formuesgodet han har bestilt og således har krav på.³⁶

Debitorbegrepet krever også en nærmere redegjørelse, herunder må debtors rolle i rettighetskollisjoner avklares. Debitor (A) er den som skylder kreditor (B) penger, men står ikke i noen direkte konflikt med rettighetspretendentene (S og B) i en tredjemannskonflikt. I obligasjonsretten står tvisten direkte mellom kreditor og debitor.³⁷ I tredjemannskonfliktene er debtors rolle av mindre betydning. S og B i analyseskjemaet har utledet rettigheter fra debitor (A), men debitor holdes utenfor konflikten mellom S og B. S eller B kan imidlertid få et krav mot debitor, ettersom A ikke kan levere i henhold til avtalen. En slik konflikt vil imidlertid ikke behandles i denne avhandlingen, ettersom sistnevnte konflikt vil være utelukkende obligasjonsrettslig.

³² Se Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 586-587.

³³ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 582.

³⁴ Borgar Høgetveit Berg, *Beslagsretten*, Oslo 2021 s. 54 og 57.

³⁵ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett, 2 utgave Oslo, 2017*, s. 23.

³⁶ Hov/Høgberg, *Obligasjonsrett*, s. 23-24.

³⁷ Hov/Høgberg, *Obligasjonsrett*, s. 23.

1.3.3 Rettsvern og rettsvernsakt

Begrepet rettsvern er et grunnleggende begrep innen den dynamiske tingsretten. Falkanger har treffende definert begrepet rettsvern. Det å oppnå rettsvern, sett fra erververs side, innebærer å verne seg mot yngre rettigheter som stiftes i samme formuesgode. Det avgjørende for suksessor er å foreta den handling som kreves for å få rettslig beskyttelse av den overdragelsen som er foretatt.³⁸

Rettsvern kan oppnås for både fullstendige og begrensede rettigheter i formuesgodet.³⁹ Med en fullstendig eiendomsrett sikter jeg til å være fullt ut eier av et formuesgode. En begrenset rettighet er imidlertid en rettighet i en annens formuesgode.⁴⁰ En fullstendig rettighet kan for eksempel være eiendomsretten til en bil eller en eiendom. En begrenset rettighet kan for eksempel være en særrett til dekning i en annens formuesgode, herunder en panterettighet jf. panteloven § 1-1, eller en servitutt som gir ferdselsrett over eiendom jf. servituttloven § 1.⁴¹

For kjøper vil rettsvern nettopp gi en rettslig beskyttelse mot yngre rettsstiftelser. Manglende rettsvern kan imidlertid skape problemer for kjøper. Kreditorne gis mulighet til å utslette hans rett til formuesgodet etter eksempelvis regelen i tinglysingsloven § 20. Jeg kommer nærmere inn på denne bestemmelsen under punkt 2.1.2. Rettsvern kan på denne bakgrunn defineres som en rettslig beskyttelse for den rettigheten som er ervervet.

For å oppnå rettsvern, kreves en rettsvernsakt. Rettsvernsaktene består av tre ulike, alternative handlinger som er registrering, besittelsesendring, og notifikasjon.⁴² Hvilken rettsvernsakt som kreves for å oppnå rettsvern avhenger av hvilket formuesgode det er tale om.⁴³ Registrering vil eksempelvis være tinglysing av et skjøte i grunnboka, og er rettsvernsakten ved kjøp, salg og pantsettelse av eksempelvis fast eiendom, jf. tinglysingsloven § 20. Registrering kan imidlertid

³⁸ En slik konkret handling følger av både skrevne og uskrevne regler om rettsvernsakt, se godtroervervloven § 1, tinglysingsloven §§ 21 og 23, gjeldsbrevlova § 29, og HR-2021-2248-A. For definisjonen se Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 585.

³⁹ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 584.

⁴⁰ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 62-63.

⁴¹ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 580.

⁴² Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave s. 12-13.

⁴³ Eksempelvis kommer tinglysingslovens regler til anvendelse for fast eiendom, jf. tinglysingsloven § 1, mens godtroervervsloven kommer til anvendelse for godtroerverv av løsøre jf. ekstil. § 1.

også være eksempelvis registrering av realregistrerbart løsøre i form av skip etter sjøloven § 11 andre ledd.

Besittelsesendring er rettsvernsakten for blant annet ikke realregistrerbart løsøre.⁴⁴ Slike løsøre gjenstander kan være en sykkel, en hest, mv.⁴⁵ At ikke real registrerbart løsøre må overleveres for at kjøper av gjenstanden har oppnådd rettsvern, følger ikke uttrykkelig av noen lovbestemmelse, men det er forutsatt som gjeldende rett etter Høyesteretts siste relevante avgjørelse i HR-2021-2248-A avsnitt 68. Jeg vil ikke problematisere overleveringskravet som rettsvernsakt nærmere i dette punktet. Jeg vil analysere HR-2021-2248-A i punkt 2.1.3.

Notifikasjon, eller melding, er rettsvernsakten for eksempelvis enkle gjeldsbrev etter gjeldsbrevloven § 29.

1.3.4 Kreditorstinksjon og godtroekstinksjon

I den dynamiske tingsretten sondres det mellom kreditorstinksjon og godtroekstinksjon. Skillet er vesentlig for å forstå den dynamiske tingsretten og dets system. En gjennomgang av forskjellen mellom konfliktene må derfor foretas.

Godtroekstinksjon er reglene som gir kjøper av et formuesgode adgang til å ekstingvere enten hjemmelsmann (H) eller tidligere kjøper (S) sin rett i et formuesgode som er kjøpt fra avhender (A).⁴⁶ Sentralt for konflikten er at det er tale om frivillige rettsstiftelser i formuesgodet, eksempelvis gjennom kjøp og pantsettelse.⁴⁷ På bakgrunn av at det er tale om frivillige rettsstiftelser, omtales godtroekstinksjon også som omsetningsekstinksjon.⁴⁸ En viktig begrunnelse bak reglene om godtroekstinksjon er å beskytte effektiviteten til omsetningslivet. Kjøper av et formuesgode skal kunne stole på at selgeren er rette eier når selger eksempelvis er i besittelse av formuesgodet, eller står som registrert eier i grunnboka. Det er derfor ikke ønskelig med et system

⁴⁴ For definisjon av et realregister, se panteloven § 1-1 fjerde ledd.

⁴⁵ Borgar Høgetveit Berg, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering?» Jussens venner Vol 34 utg. 1 1999 side 1-30 punkt 1.1.

⁴⁶ Nicolai Skjerdal, «Tredjemannskonflikter (dynamisk tingsrett) en veiledning i metode og oppgaveteknikk», Jussens Venner vol. 32 utg. 1 1997, side 14-31 punkt 7 første avsnitt. Se også Salvesen, *Kreditorvern*, s. 73-74.

⁴⁷ Se eksempelvis ordlyden «solgt» i godtroerervloven § 1 og «ervert ved avtale» etter tinglysningsloven § 27 første ledd.

⁴⁸ Se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 74

hvor kjøper må foreta svært omfattende undersøkelser av eierforholdene utover dette.⁴⁹ Imidlertid er begrunnelsen bak reglene om kreditorekstinksjon, som jeg skal komme tilbake til under, en annen.

Vilkårene for godtroekstinksjon omtales helt overordnet som kravet til frivillig overdragelse av formuesgodet, kjøper må ha vært i god tro, selger må ha fremstått utad som rette eier, såkalt legitimasjon, eksempelvis gjennom besittelse av formuesgodet, og kjøper må ha gjennomført en sikringsakt.⁵⁰ Av hensyn til at reglene om godtroekstinksjon faller utenfor denne avhandlingen vil jeg ikke gå nærmere inn i ordlyden i noen bestemmelser om godtroekstinksjon. For ordens skyld presiseres det likevel at vilkårene er å gjenfinne i blant annet godtroervervsloven § 1.

For kreditorekstinksjon er begrunnelsen bak reglene og vilkårene for ekstinksjon en annen. I dette punktet er det tilstrekkelig å peke på hovedforskjellen, ettersom kreditorekstinksjon grundig skal behandles senere.

Hovedregelen for kreditorenes beslagsadgang er redegjort for i punkt 1.1. Reglene om kreditorekstinksjon skal ikke beskytte en godtroende erverver. De skal forhindre svikaktige disposisjoner overfor kreditorene. Dette oppnås ved at disposisjonene som foretas er etterprøvbare – notoriske.⁵¹ Jeg skal redegjøre nærmere for hensynene bak kreditorekstinksjon under kapittel 2. Videre er vilkårene for ekstinksjon en annen. Vilkårene om kreditorekstinksjon er negativt utformet ved at kreditorene kan ekstingvere rette eieres formuesgode dersom rette eier ikke har foretatt den nødvendige rettsvernsakt.⁵²

Legitimasjonshensynet er sentralt ved godtroekstinksjon, men det er ansett som sikker rett at dette hensynet ikke gjør seg gjeldende ved kreditorekstinksjon.⁵³ Imidlertid er ikke dette helt

⁴⁹ Se Kåre Lilleholt, *Godtroerverv og kreditorvern*, 3. utgave Oslo 1999 s. 29. Likeledes Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 590 og Anne Sofie Bjørkholt, Anne Fløystad Ellingsgård, og Elin Mack Løvdal, «Godtroerverv av fast eiendom og aksjer i eiendomsselskaper», *Tidsskrift for eiendomsrett* vol. 14 utg. 1 2018 side 70-81 på side 72.

⁵⁰ Se eksempelvis godtroervervsloven § 1 og tinglysingsloven § 27. Se også Salvesen, *Kreditorvern*, s. 74.

⁵¹ HR-2021-2248-A avsnitt 49.

⁵² Se tinglysingsloven §§ 20 og 23.

⁵³ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 75

åpenbart. I forarbeidene til dekningsloven er det inntatt en henvisning til legitimasjonsreglene.⁵⁴ Forarbeidene inneholder spesifikt en henvisning til legitimasjonsreglene. Isolert sett kan dette være misvisende, og kan tale for at legitimasjonshensynet var ment å gjelde også ved kreditor-ekstinksjon. Høyesterett har imidlertid uttalt seg om spørsmålet i Rt 1935 s. 981 (Bygland), som riktignok er avsagt før NOU 1972:20 s. 255 ble skrevet, men hvor premissene i dommen er ansett som gjeldende rett i dag. Høyesterett la til grunn at kreditorene ikke kunne bygge på god tro om eierforholdene. Videre kunne ikke kreditorene bygge på at avhenderen utad fremsto som rette eier. Dommen er fulgt opp i teori og rettspraksis i tiden frem til i dag, slik at kreditorene derfor ikke kan bygge på legitimasjon, eller god tro.⁵⁵ Jeg vil ikke drøfte dommen, eller legitimasjonshensynet nærmere, all den tid det er sikker rett at kreditorene ikke kan påberope As legitimasjon.

Oppsummert kan de største forskjellene sees både i begrunnelsen bak reglene, samt vilkårene for at rettsvirkningen ekstinksjon skal inntre. Kreditorene kan ikke bygge på avhenderens legitimasjon, og reglene om kreditor-ekstinksjon inntre kun i de tilfeller hvor kreditorene ønsker å ta utlegg i formuesgodet, eller hvor debitor går konkurs, herunder tvungne rettsstiftelser.

1.4 Metode

1.4.1 Rettsdogmatisk metode

I dette punktet skal jeg redegjøre for den metoden som legges til grunn for å løse problemstillingen som er lagt til grunn i punkt 1.1.

For å besvare problemstillingen vil avhandlingen anvende rettsdogmatisk metode. Hans Petter Graver har uttalt at den rettsdogmatiske metoden er den metoden som ligger nærmest den alminnelige juridiske metode, ettersom den har som en av sine oppgaver å ta stilling til rettsspørsmål. Graver sammenligner rettsdogmatikken med den delen av en dom som omhandler redegjørelsen for rettsregelen.⁵⁶ Jeg vil ikke gå nærmere inn i en drøftelse av rettsdogmatikken som sjanger. Oppgaven reiser ingen særlige metodiske utfordringer nasjonalt, slik at jeg vil ikke gå særlig inn på dette.

⁵⁴ NOU 1972:20 s. 255.

⁵⁵ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 75-76

⁵⁶ Hans Petter Graver «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 02/2008 Volum 121 side 149-178 på side 157.

1.4.2 EMDs metode ved anvendelsen av EMK

Ettersom EMK er avhandlingens hovedfokus, er det viktig å redegjøre for EMDs metode ved anvendelsen av EMK. EMK har forrang fremfor intern norsk rett etter menneskerettighetsloven § 2 jf. § 3. Forrangsbestemmelsen, samt selve motstridsvurderingen, skal vurderes noe grundigere i punkt 3.1

Det er på det rene at internt i norsk rett har Høyesterett ansvar for å fortolke og utvikle norsk rett.⁵⁷ Høyesterett er imidlertid ikke øverste domstol for anvendelsen av konvensjonen, og er således ikke ansvarlig på selvstendig grunnlag for utviklingen og fortolkningen av konvensjonen.⁵⁸

Høyesterett har selv uttalt seg om denne metoden vedrørende EMK i Rt 2005 s. 833. I avsnitt 45 i dommen uttaler førstvoterende:

«(...) Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning».⁵⁹

Jeg kan ikke se at denne uttalelsen er fraveket gjennom senere høyesterettspraksis, slik at uttalelsen bør tillegges stor vekt.⁶⁰ Uttalelsen fra Høyesterett innebærer at rettsanvenderen må forholde seg til EMDs metode når konvensjonsrettigheter skal fastlegges og fortolkes. Det er EMDs metode som legges til grunn for denne avhandlingen når rettigheten i EMK P1-1 skal fastlegges. I denne vurderingen vil konvensjonstekstens ordlyd få stor betydning.⁶¹ EMDs

⁵⁷ Se Grunnloven § 88 jf. Skoghøy, *Rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 105-106.

⁵⁸ At EMD er øverste organ for konvensjonen følger forutsetningsvis av EMK art 32 nr. 2.

⁵⁹ Rt 2005 s. 833 avsnitt 45.

⁶⁰ Uttalelsen er fulgt opp i teorien, se Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett* vol.51 utg.3 2017 s. 170-181 på side 179. Høyesterett anvender EMDs metode ved fastleggelsen av inngrepvilkårene, med den begrensning at nasjonale verdiprioriteringer må kunne trekkes inn.

⁶¹ Se Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 2, HR-2008-1861-S, likeledes Knut Rognlien, «Prinsipper for tolkning av EMK», publisert i *Advokatredet.no* 2005 i punkt 1.

praksis vil ha stor betydning, ettersom EMD – på lik linje med Høyesterett i norsk rett – er den som dømmer i siste instans ved anvendelsen av EMK.⁶² Dette kommer også til uttrykk gjennom EMK art 32, som bestemmer at EMD har ansvaret for anvendelsen og fortolkningen av konvensjonen, en bestemmelse som ligner Grunnloven § 88. Dersom EMD har uttalt seg om fortolkningen av EMK P1-1, må denne tolkningen få stor vekt også for denne avhandlingen. For den konkrete redegjørelsen av EMK P1-1 vil derfor ordlyden i EMK, samt EMDs egen praksis tillegges størst betydning.

1.5 Avgrensning og veien videre for avhandlingen

Avhandlingens tema og problemstilling medfører at reglene om godtroekstinksjon vil falle utenfor denne avhandlingen. Avgrensningen er foretatt etter en vurdering av de hensyn som ligger til grunn for henholdsvis kreditorekstinksjon og godtroekstinksjon. Ekstinksjon på bakgrunn av god tro er regelsett som er utslag av brede interesseavveiiinger i den enkelte konflikt. Reglene om kreditorekstinksjon er absolutte regler som baserer seg på et ønske om å gi kreditorene styrket vern mot svikaktige disposisjoner som er foretatt for å skade kreditorfelleskapet.⁶³ Godtroekstinksjon og kreditorekstinksjon er to konfliktmodeller som er grunnleggende ulike, og medfører at godtroekstinksjon faller utenfor en vurdering av kreditorekstinksjon i lys av EMK P1-1.

Videre vil de øvrige reglene om kreditorenes beslagsadgang utover rettsvernsreglene falle utenfor denne fremstillingen. Reglene om omstøtelse og proforma vil derfor ikke behandles. Dette er tilgrensede regler om kreditorenes beslagsrett, men ikke ekstinksjonsregler, og vil derfor ikke behandles i denne avhandlingen.

En panterrettighet er antageligvis vernet av EMK P1-1, men formålet med denne avhandlingen er å ta stilling til tap av en eiendomsrett, og ikke begrensede rettigheter til formuesgoder.⁶⁴ En panterrett er ikke en eiendomsrett etter norsk rett, men en særrettighet til å kreve dekning for sin gjeld ovenfor pantsetter.⁶⁵ Spørsmålet om ekstinksjon av panterrettigheter vil derfor ikke behandles i denne avhandlingen.

⁶² EMK artikkel 32 sml. Grunnloven § 88.

⁶³ Om beskrivelsen av godtroekstinksjonsreglene, se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 75.

⁶⁴ Se punkt 3.3 om panterrettigheters vern etter EMK P1-1.

⁶⁵ Se panteloven § 1-1 første ledd.

Et naturlig avgrensningsspørsmål som oppstår i avhandlingen, er forholdet til Grunnloven § 105. Det er flere aspekter ved Grunnloven § 105 som tilsier at denne bør behandles i denne avhandlingen. For det første beskytter bestemmelsen eiendomsretten direkte etter sin ordlyd jf. ordlyden «sin rørlige eller urørlige eiendom». For det andre så gir bestemmelsen rettigheter for de tilfeller hvor «statens tarv» krever at eiendommen til enkeltindividet må tas. Bestemmelsen er derfor, på lik linje med EMK P1-1 en rettighetsbestemmelse for individet. Imidlertid fremgår begrunnelsen for avgrensningen naturlig av problemstillingen. I denne avhandlingen vil jeg drøfte forholdet til EMK, og ikke hvorvidt norsk rett inneholder noen bestemmelser som begrenser praktiseringen av kreditorekstinksjonsreglene. Et annet poeng er at Grunnloven § 105 er forstått å gi individet krav på erstatning i de tilfeller hvor staten eksproprierer den aktuelle eiendom, herunder de tilfeller hvor eier helt eller delvis overfører eiendomsrådigheten til staten. Ved kreditorekstinksjon så tar kreditorene beslag i eiendommen til fordel til dekning av et krav mot debitor. Det foretas derfor ingen overføring av eiendommen til staten.⁶⁶

For å besvare avhandlingens problemstilling kreves det at norske rettsvernsregler skal gjennomgås. Imidlertid vil ikke norske rettsvernsregler redegjøres for svært grundig. Formålet med redegjørelsen av norske rettsvernsregler er at den skaper en ramme for drøftelsen av EMK. Jeg vil ikke problematisere gjeldende norsk rett, men vurdere gjeldende rett opp mot de vilkår som følger av EMK P1-1. Avhandlingens hovedfokus er EMK P1-1, og derfor vil EMK drøftelsen vies langt større plass enn en redegjørelse av rettsvernsreglene. I det følgende vil jeg redegjøre for norske rettsvernsregler, hvordan de praktiseres og hvilke hensyn de bygger på i kapittel 2. Deretter vil jeg redegjøre for EMK P1-1, både dens innhold, inngrepsvilkårene, og artikkelens oppbygning i kapittel 3. Etter dette vil typetilfellene presenteres og drøftes i kapitlene 4 og 5. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 6 knytte noen merknader til i hvilken grad avhandlingens konkrete funn vil få noen følger for kreditorekstinksjonsreglene.

⁶⁶ For en tolkning av Grunnloven § 105 og at den verner mot overføring av eiendomsretten til staten, se Rt 2007 s. 1281 (plenum) avsnitt 88.

2 Norske kreditorekstinksjonsregler

2.1 Rettsvernsreglene

2.1.1 Hensyn bak rettsvernsreglene

Jeg vil først presentere de hensyn som rettsvernsreglene bygger på. Deretter vil jeg gjennomgå de ulike rettsvernsaktene i punktene som følger. Hensynene er av stor relevans for en senere EMK-drøftelse. De hensyn som begrunner rettsvernsreglene vil bli vurdert i relasjon til hvorvidt de kan begrunne inngrep i enkeltindividets rett etter EMK P1-1. På denne bakgrunn er det påkrevd med en gjennomgang av hensynene bak rettsvernsreglene.

Høyesterett har i HR-2021-2248-A uttalt at det grunnleggende formålet med rettsvernsreglene er å forhindre kreditorskadelige disposisjoner. En redusert fare for kreditorsvik oppnås angivelig ved å sikre notoritet, og en viss grad av publisitet.⁶⁷ Hensynet til å motvirke kreditorsvik gjennom å stille krav til at formuerettslige disposisjoner er notoriske, synes på denne bakgrunn å være den bærende begrunnelsen bak hvorfor norsk rett har regler om kreditorekstinksjon. Rettsvernet skal sikre at disposisjonen er etterprøvable, som omtales som hensynet til notoritet. Videre skal rettsvernet sikre at disposisjonen er synbar for allmennheten som omtales som hensynet til publisitet.⁶⁸ Hensynet til notoritet og publisitet opptrer i grader. Det vil si at en omtaler ikke rettsvernsakter som notoriske, publike, eller ikke, men om rettsvernsaktene gir stor eller liten grad av publisitet eller notoritet.⁶⁹ Eksempelvis gir registrering en stor grad av notoritet og publisitet, mens overlevering gir liten grad av notoritet og publisitet.⁷⁰

Brækhus og Hærem beskriver videre begrunnelsen bak kreditorekstinksjonsreglene treffende:

«Det er den store fare for kreditorsvik som gjør at man i visse tilfelle vil la As kreditorer beslaglegge ting som tilhører tredjemann. Man har mistanke om at en ting tilhører A, men kan ikke bevise det. Debitor eier forbausende lite når hans kreditorer begynner å gå på. For å unngå at kreditorene lider tap, vil man la dem ta beslag i tingen selv om dette kan ramme så vel lojale som de illojale disposisjoner».⁷¹

⁶⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 49.

⁶⁸ Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 35.

⁶⁹ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 168.

⁷⁰ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 168.

⁷¹ Brækhus/Hærem *Norsk tingsrett* s. 477.

Dersom suksessor har gjennomført den nødvendige rettsvernsakt, vil det presumptivt ikke foreligge noen fare for kreditorsvik. Kreditorne kan da ikke beslaglegge det aktuelle formuesgodet. Jeg vil illustrere ovenfor nevnte med et eksempel.

Peder Ås får en betydelig skattegjeld til kemneren. For å prøve å unndra seg denne gjelden overdrar han huset sitt uten realitet, såkalt proforma, til sin søster Marte Kirkerud. Etter regelen i dekningsloven § 2-2 vil ikke «tilhører» vilkåret være oppfylt, slik at kreditorne da ikke kunne tatt beslag i huset til Peder for å sikre betaling av skattegjelden. Peder Ås sin disposisjon er ikke bare svikaktig overfor kreditorne, men den skader også rene samfunnsøkonomiske interesser ved at han ikke betaler skatt. For å motvirke slike situasjoner gis kreditorne, etter et ønske om å forhindre kreditorsvik gjennom notoriske disposisjoner, en utvidet beslagsadgang etter tinglysningsloven § 20. Det kan muligens hevdes at selv med en registreringsordning, så kan de mest svikaktige debitorne finne en måte å forhindre kreditorne dekning for sitt krav. Det kan tenkes en situasjon der Peder overdrar huset til Marte, og Marte går med på å tinglyse selv om disposisjonen kun blir foretatt for å forhindre at kreditorne beslaglegger huset. Imidlertid utløser tinglysningsordningen en rekke plikter for den som er registrert. Registrert eier må eksempelvis betale eiendomsskatt og andre avgifter. Det er ikke mulig å få en garanti mot kreditorsvik selv med et tinglysingssystem, men likevel så bidrar systemet til å motvirke at slike svikaktige disposisjoner foretas. Begrunnelsen fremstår på denne bakgrunn som fornuftig.

Det er imidlertid ikke disse situasjonene jeg vil fokusere på senere i denne avhandlingen. Tvilen knytter seg blant annet til om denne begrunnelsen kan stå seg etter inngrepsvilkårene i EMK P1-1 også for de tilfellene hvor det klart nok er foretatt en reell disposisjon.

Som en følge av at enhver frivillig disposisjon mellom A og S, i prinsippet, kan medføre en fare for kreditorsvik, har Høyesterett lagt seg på en svært restriktiv linje, og det godtas tilnærmet ingen unntak fra lovfestede kreditorekstinksjonsregler.⁷² Det synes grunnleggende i norsk formuerett at det ikke ønskes usikkerheter og tvister om de lovfestede rettsvernsreglene.⁷³ Jeg vil drøfte hensiktsmessigheten av sistnevnte hensyn særlig i punkt 5.2.2 og 5.2.3. Gjeldende rett i norsk rett i dag er derfor at rettsvernsreglene er absolutte.⁷⁴ Dersom kjøper ikke har oppnådd

⁷² Falkanger/Falkanger *Tingsrett* s. 759.

⁷³ Se Rt 1997 s. 1050 s. 1055.

⁷⁴ HR-2021-2248-A avsnitt 51.

rettsvern etter gjeldende rettsvernsregler, vil ikke ervervet stå seg mot et eventuelt kreditorbeslag. Det er ikke rom for unntak basert på en rimelighetsvurdering.⁷⁵

På denne bakgrunn kan kreditorstinksjonsreglene ramme både fornuftige, rimelige og fult ut reelle avtaler mellom debitor og suksessor.⁷⁶ Resultatene reglene medfører kan fremstå som svært urimelig i enkeltsaker. Jeg vil derfor drøfte nettopp om et ønske om mindre usikkerheter og tvister kan begrunne så inngripende regler, all den tid eiendomsretten nyter vern etter en overnasjonal rettighetsbestemmelse i EMK P1-1.

2.1.2 Rettsvernsakten registrering

I de følgende punktene vil jeg redegjøre for de ulike rettsvernsaktene, og hvordan disse kommer til uttrykk i norsk rett. En slik redegjørelse er sentral for den videre vurderingen av hvorvidt EMK P1-1 begrenser praktiseringen av rettsvernsreglene. Vurderingen i kapittel 2 vil ha relevans for den senere vurdering av om inngrepsvilkårene etter EMK P1-1 er oppfylt i kapittel 5.

Rettsvernsakten registrering gjelder for flere ulike formuesgoder, herunder eksempelvis fast eiendom og realregistrerbart løsøre, eksempelvis skip.⁷⁷ Tinglysingsloven kommer til anvendelse for rettigheter knyttet til formuesgodet fast eiendom jf. tinglysingsloven § 1. Kreditorstinksjonsregelen for utleggstaker følger av regelen i tinglysingsloven § 20. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

«Når et dokument er registrert, går det rettsverv som dokumentet gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle foran rettsverv som ikke er registrert samtidig eller tidligere.»

Bestemmelsen er en rettsvernsregel for rettsverv i relasjon til fast eiendom. Ordlyden bestemmer at den rettigheten som kommer til uttrykk i dokumentet, går foran, eller utsletter en rettighet som ikke er registrert. Hovedformålet med tinglysingsloven § 20 er skape notoritet og publisitet rundt de dokumenter som tinglyses.⁷⁸ Dokumenter som registreres skal respekteres av en

⁷⁵ Se Rt 1997 s. 1050 og Rt 2002 s. 1484.

⁷⁶ HR-2021-2248-A avsnitt 51.

⁷⁷ Se sjøloven § 11.

⁷⁸ Se Rt 2008 s. 586 avsnitt 34 hvor Høyesterett uttaler seg om bestemmelsen i tinglysingsloven § 23, men begge bestemmelser er rettsvernsregler i relasjon til fast eiendom som kan sies å bygge på de samme grunnleggende hensyn.

eventuelt senere rettsstiftelse til formuesgodet.⁷⁹ Bestemmelsen medfører et unntak fra hovedregelen om først i tid best i rett.⁸⁰ Tinglysingsloven § 20 gir uttrykk for en «modifisert» hovedregel om at den som har først tinglyst, har best rett. Bestemmelsen gir kreditorene en utvidet beslagsrett, ved at kreditorene kan beslaglegge formuesgoder som tilhører suksessor ved manglende rettsvern.

Bestemmelsen utvider på denne bakgrunn kreditorenes beslagsadgang. Kreditorene trenger ikke forholde seg til hovedregelen i dekningsloven § 2-2 dersom suksessor ikke har fått rettsvern for overdragelsen. Derfor vil kreditorene kunne ta beslag i et formuesgode som tilhører noen andre enn debitor. At kreditorene tar beslag i et formuesgode som tilhører andre enn deres skyldner, vil kunne medføre at kreditorene tar fra rette eier sin eiendom, og derfor kan ikke rette eier nyte sin eiendom i fred jf. EMK P1-1 første ledd.

En annen rettsvernsregel for fast eiendom følger av tinglysingsloven § 23. Til forskjell fra tinglysingsloven § 20, som gjelder rettsvern mot enkeltforfølgende, utleggstakende kreditor, gjelder tinglysingsloven § 23 hvordan kjøper oppnår rettsvern mot generalbeslag i form av konkurs.⁸¹ At bestemmelsen gjelder rettsvern mot konkurs, følger direkte av ordlyden, som lyder:

«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»

En naturlig forståelse av ordlyden «rett stiftet ved avtale» synes å være at disposisjoner som har grunnlag i en avtale mellom partene må være registrert dagen før konkursåpningen, for at de skal ha rettsvern overfor konkursboet. Ordlyden innebærer videre at tvungne rettsstiftelser, slik som utlegg, faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Ordlyden «rett stiftet ved avtale» er imidlertid tolket dit at bestemmelsen gir konkursboet adgang til å beslaglegge formuesgoder som er frivillig overdratt til S når ervervet ikke er registrert.⁸² At ordlyden «rett stiftet ved avtale» fortolkes som «frivillig stiftet rett» etter slutninger fra annen lovgivning kan medføre

⁷⁹ NOU 1982:17 s. 55.

⁸⁰ Se eksempelvis HR-2021-1773-A avsnitt 62.

⁸¹ Dette følger direkte av ordlyden i bestemmelsene, se ordlyden «stå seg overfor konkurs» i tinglysingsloven § 23.

⁸² Se HR-2017-33-A avsnitt 43.

et spenningsforhold mot EMDs krav til hjemmel ved inngrep i konvensjonen. Dette vil drøftes nærmere i punkt 5.4.

Tinglysingsloven § 23 skal, sammen med omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5, sikre at det ikke blir foretatt svikaktige disposisjoner nært mot konkurs.⁸³ På denne bakgrunn kreves det at frivillige stiftede disposisjoner må registreres.

Ordlyden i henholdsvis tinglysingsloven §§ 20 og 23 pålegger ikke suksessor å foreta noen tinglysing, se ordlyden «for at en rett skal stå seg». Det foreligger ikke noe lovpålagt krav om at suksessor må tinglyse for sin egen del. På den andre siden kan ordlyden sees på som en sterk oppfordring til suksessor om å registrere sitt erverv for å unngå at kreditorene kan beslaglegge formuesgodet som tilhører han. Ettersom rettsvernsakten registrering, for fast eiendom, følger direkte av loven, vil dette kunne få betydning i en senere EMK vurdering i disfavør av suksessor. Dersom suksessor ikke har tinglyst sitt erverv, vil suksessor ikke ha fulgt en lovbestemt oppfordring til å tinglyse ervervet for at ervervet skal beskyttes mot senere rettsstiftelser. Når suksessor ikke har fulgt lovens normalordning, må dette normalt tillegges vekt i hans disfavør, noe jeg vil drøfte mer inngående i kapittel 5.

2.1.3 Rettsvernsakten overlevering

I dette punktet skal jeg redegjøre for rettsvernsakten overlevering. Jeg vil imidlertid ikke drøfte overleveringsakten i relasjon til godtroerverv. Det relevante er å presentere overleveringskravets hjemmelsgrunnlag for kreditorekstinsjonstilfellene. I dette punktet vil jeg foreta en analyse av hjemmelsgrunnlaget til overleveringskravet.

For ikke realregistrerbart løsøre, til forskjell fra fast eiendom, er rettsvernsregelen i kreditorekstinsjonstilfellene ikke lovfestet.⁸⁴ At overlevering er en ulovfestet rettsvernsakt som gjelder ved kreditorekstinsjon er lagt til grunn i rettspraksis, som har røtter over 100 år tilbake i tid.⁸⁵ Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn på de eldre avgjørelsene. Høyesterett har nylig avsagt en relativt klar dom om overleveringskravet. I det følgende vil jeg derfor analysere Høyesteretts siste relevante dom vedrørende overleveringskravet. Formålet med analysen er særlig å

⁸³ Se Rt 2009 s. 586 avsnitt 34 og Andenæs, *Konkurs*, s. 286.

⁸⁴ Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 292 og HR-2021-2248-A avsnitt 53.

⁸⁵ Se Rt 1910 s. 231 (ku-dommen) Rt 1912 s. 263 (jernskrap) og Rt 1935 s. 981 (Bygland) og Lilleholt, *Allmenn formuerett*, s. 304-305. Overleveringskravet er imidlertid problematisert og til dels bestridt av Salvesen i Kreditorvern punkt 8.2.6, særlig på side 335-336.

illustrere Høyesteretts begrunnelse bak hvorfor det stilles et krav om overlevering av ikke realregistrerbart løsøre for at overdragelsen skal nyte rettsvern. Denne analysen vil kunne få betydning når jeg senere i avhandlingen skal drøfte hvilke krav EMK P1-1 stiller til etableringen av ulovfestede rettsvernsregler i punkt 5.3.

Høyesterett har knesatt overleveringsprinsippet som rettsvernsakten for ikke realregistrerbart løsøre i HR-2021-2248-A. Saken gjaldt krav om erstatning mot et advokatfirma for uaktsom rådgivning. Rådgivningen gjaldt spørsmålet om overdragelse av en maskinpark. Etter maskinparken ble solgt, ble den deretter leid tilbake til selgerselskapet av kjøperselskapet. Maskinparken ble ikke overlevert. Selgerselskapet gikk deretter konkurs, og spørsmålet var om kjøperselskapet hadde oppnådd rettsvern for maskinparken, eller om denne skulle inngå i konkursbeslaget.

Høyesterett kom til at maskinparken måtte inngå i konkursbeslaget som følge av manglende rettsvern. I dommen legges overleveringskravet til grunn som det klare utgangspunkt av flertallet på fire dommere. I dommen bemerkes det for det første at rettsvernsreglene er preseptoriske, og kan ramme selv hensiktsmessige avtaler.⁸⁶ Videre bemerkes det at hensynet til notoritet og publisitet, samt faren for kreditorsvik er avgjørende for fastsettelse av rettsvernsregler.⁸⁷ Tilsynelatende må norske domstoler, ved spørsmålet om det skal etableres en ulovfestet rettsvernsregel, bygge regelen på disse hensyn. Spørsmålet må være om hensynet til å motvirke kreditorsvik tilsier at det må kreves en ytre markering av den disposisjon som er foretatt.

Jeg kan imidlertid ikke se i Høyesteretts drøftelse at hensynet til notoritet, som etter Høyesteretts egne uttalelser er avgjørende for fastsettelse av rettsvernsregler, blir drøftet inngående.

Høyesterett viser til faren for kreditorsvik, og hensynet til notoritet i avsnittene 49-51. Etter å ha konstatert hensynene bak reglene, går imidlertid Høyesterett i en annen retning. Høyesterett tar utgangspunkt i reglene om håndpant for løsøre etter panteloven § 3-2, og uttaler at denne etter hensynet til konsekvens, må være et «naturlig utgangspunkt» også for løsørekjøpers rettsvern mot selgerens kreditorer.⁸⁸ Jeg har imidlertid vanskelig å se hvorfor hensynet til konsekvens taler for en slik løsning. Panteloven § 3-2 er en regel om rettsvern for panterrettigheter.

⁸⁶ HR-2021-2248-A avsnitt 50.

⁸⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 49.

⁸⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 53 og 54.

En panterettighet er prinsipielt ulikt en eiendomsrett. En panterettighet gir etter panteloven § 1-1 en særrett til dekning i en annens formuesgoder, mens en eiendomsrett er en fullstendig rettighet til sitt eget formuesgode. Det er tale om to forskjellige rettigheter til formuesgoder.

Videre er håndpantregelen svært upraktisk i dagens samfunn. Jeg har vanskelig for å se at banker og andre kredittinstitusjoner vil godta håndpant som grunnlag for større kredittytelser. Videre har også næringsdrivende pantsetter adgang til å underpantsette etter panteloven § 3-4 jf. § 1-7 ved at pantsetter beholder rådigheten til panteobjektet mot å sørge for forsvarlig stell og vedlikehold av pantet. En slik adgang til underpant svekker videre betydningen av håndpantet i dagens samfunn.

Slik jeg ser det finnes det ingen åpenbart gode grunner for en komparasjon annet enn at reglene gjelder samme typen formuesgode, herunder ikke realregistrerbart løsøre.

Etter dette viser Høyesterett til to avgjørelser fra tidlig 1900 tallet, og eldre juridisk teori.⁸⁹ Høyesterett knytter imidlertid ikke teorien eller avgjørelsene mot de grunnleggende hensyn bak å oppstille rettsvernsregler. At Høyesterett blant annet kun bygger på eldre juridisk teori følger av deres egen uttalelse i avsnitt 62, hvor Høyesterett uttaler følgende:

«Etter min oppfatning har den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur over tid her selvstendig betydning som rettskilde utover argumentasjonsverdien i kraft av at denne oppfatningen også i praksis synes å være akseptert som gjeldende rett. Jeg slutter meg til Lilleholt, *Allmenn formuerett* side 304-305».

Jeg kan ikke lese uttalelsen på en annen måte enn at Høyesterett gir Lilleholt og øvrig juridisk teori normerende verdi som rettskilde, uten at en slik begrunnelse knyttes opp mot de grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene. At Høyesterett tillegger juridisk teori normerende kraft utover argumentasjonsverdien har i seg selv metodiske betenkinger som kan være gjenstand for kritikk. Juridisk teori har ingen demokratisk forankring, og har, etter alminnelig rettskildelære, ikke normerende verdi. Juridisk teori får sin vekt ut fra dens argumentasjonskraft.⁹⁰ Dette demokratiske problemet aktualiseres særlig her. Lovgiver har ikke krevd overlevering som

⁸⁹ HR-2021-2248-A avsnitt 55-59, Høyesterett viser til Rt 1910 s. 231 og Rt 1912 s. 263 og Brækhus/Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964, s. 513, og deretter til Lilleholt, *Allmenn formuerett*, side 304-305.

⁹⁰ Om den rettskildemessige vekten av juridisk teori, se Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 44.

rettsvernsakt. Likevel oppstiller Høyesterett en regel om overlevering som rettsvernsakt mot selgers kreditorer med begrunnelse i rettskilder som ikke har den nødvendige demokratisk forankring.

Det problematiske i denne sammenheng er at Høyesterett nevner de grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene uten å drøfte disse inngående. Istedet tillegger Høyesterett juridisk teori normerende vekt som rettskilde. Videre var det klart at det forelå «enighet om at salgsdelen av avtalen er gjennomført mellom partene, og at det er et reelt salg med tilbakeleie».⁹¹ Det forelå derfor ingen fare for kreditorsvik i saken. Når de grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene ikke gjorde seg gjeldende i saken, må det sees på som en svakhet ved dommen at etableringen av en rettsvernsakt ikke ble knyttet mer opp mot de grunnleggende hensyn.

Lilleholt har fremhevet særlig tre momenter som er avgjørende ved etableringen av ulovfestede rettsvernsregler. Når Høyesterett tillegger Lilleholt normerende verdi som rettskilde, burde sannsynligvis Høyesterett også sett til hvilke konkrete momenter han fremhever som viktig ved etableringen av ulovfestede rettsvernsregler. Lilleholt har fremhevet at det må for det første tas stilling til prinsippet om først i tid best i rett, som er utgangspunktet for enhver dobbeltsuksjonskonflikt.⁹² Prinsippet gir uttrykk for at utgangspunktet er at suksessor, som er første erverver, vil ha bedre rett en kreditor. Ekstinksjonsreglene er unntak fra dette utgangspunktet. For det andre må det foretas en avveining av to hensyn, nemlig hensynet til notoritet og publisitet.⁹³ For det tredje må det vurderes hvorvidt rettsvernsreglene hindrer omsetningslivet.⁹⁴ Rettsvernsreglene skal ikke sette en begrensning for ellers fornuftige økonomiske disposisjoner.⁹⁵ Det kan spørres om ikke rettsvernsregelen i den konkrete saken satt begrensninger for ellers fornuftige økonomiske disposisjoner. Dette kan særlig underbygges med at det ikke forelå noen fare for kreditorsvik, og derfor fremsto disposisjonen som fornuftig *inter partes*.

⁹¹ HR-2021-2248-A avsnitt 45.

⁹² Kåre Lilleholt, «Bruken av reelle omsyn i formueretten», Jussens Venner vol. 35 utg. 2 2000 s. 49-60 på s. 52.

⁹³ Lilleholt, «Bruken av reelle omsyn i formueretten», s. 52.

⁹⁴ Lilleholt, «Bruken av reelle omsyn i formueretten» s. 52.

⁹⁵ Lilleholt, «Bruken av reelle omsyn i formueretten», s. 52.

Det fremstår på denne bakgrunn slik at Høyesterett bygger overleveringskravet isolert på gammel rettspraksis, teori, og en komparasjon til regelen om håndpant for løsøre i panteloven § 3-2.⁹⁶

Dommen er heller ikke helt klar hva gjelder hvor absolutt overleveringskravet er. Førstvotende åpner for at det kan gjøres unntak for enkelte kontraktstyper, men ikke slik at det kan gjøres unntak i enkelttilfeller.⁹⁷ Dersom det skal gjøres unntak, må dette gjelde en kontraktstype i sin helhet. Et annet poeng er at dommen ble avsagt med en særmerknad som problematiserte overleveringskravet som utdatert, og skaper liten grad av notoritet utover den konkrete avtalen mellom partene.⁹⁸ Til forskjell fra flertallet, var mindretallets syn at det kunne gjøres unntak i den konkrete saken. Høyesteretts flertall kom til at det kan tenkes unntak i enkelte kontraktstyper, mens mindretallet kom til at det kunne gjøres unntak i den konkrete saken. Det kan derfor problematiseres hvorvidt overleveringskravet er absolutt. Høyesterett åpner iallfall i både *obiter dictum*-uttalelser fra flertallet, og i særmerknaden for at det kan gjøres unntak fra hovedregelen, slik at spørsmålet om overleveringskravets absolutte karakter står mer åpent etter dommen.

Ettersom Høyesterett selv uttaler i avsnitt 55 at overleveringskravet har blitt drøftet inngående i teorien, men ikke fått noen klar anerkjennelse i høyesterettspraksis, burde Høyesterett drøftet et så sentralt element som hensynene bak rettsvernsreglene langt mer inngående. Det er aldri – uttrykkelig – sagt i høyesterettspraksis at det gjelder et krav om overlevering som rettsvernsakt for ikke realregistrerbart løsøre.⁹⁹ Det Høyesterett i realiteten gjør, er jo nettopp å knesette og etablere en ulovfestet rettsvernsregel – uttrykkelig – for første gang uten særlig grunnlag i de hensyn som regelen skal ivareta.

Det er ikke tvilsomt at det ikke forelå noen fare for kreditorsvik i saken, og disposisjonen som var foretatt kunne etterprøves på flere ulike måter.¹⁰⁰ At det forelå liten til ingen fare for

⁹⁶ HR-2021-2248-A avsnittene 69-71.

⁹⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 70-71.

⁹⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 94.

⁹⁹ Se HR-2021-2248-A avsnitt 55, hvor førstvoterende presiserer at spørsmålet om overlevering som rettsvernsakt aldri har fått uttrykkelig tilslutning i Høyesterett. At overleveringskravet ikke er stadfestet i en autoritativ kilde før dommen se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 327.

¹⁰⁰ At disposisjonen var fullt ut etterprøvbart ble presisert av Dommer Noer i særmerknaden i dommens avsnitt 97.

kreditorsvik blir tilnærmet ikke nevnt av førstvoterende i dommen, men overleveringskravet blir likevel gjort til det klare utgangspunkt og hovedregel også for kreditorekstinsjonstilfellene.

Flertallet drøfter ikke forholdet til EMK P1-1 ved spørsmålet om overlevering er rettsvernsakten for ikke realregistrerbart løsøre. Mindretallet er imidlertid inne på en vurdering som kan tolkes dithen å ha menneskerettslige aspekter. Dommer Noer uttaler følgende:

«Gitt at det her er ulovfestede regler som gjør inngrep i eiendomsretten, bør reglene ikke gis et større nedslagsfelt enn nødvendig. I vår sak er det snakk om fratakelse av eiendomsretten til verdier på mange millioner kroner, basert på rettsvernskrav som i praksis var uklare og derfor vanskelige å forholde seg til. Hvis regelen skal gjelde uten unntak, betyr det at konkursboet også kunne tatt beslag i maskinparken selv om kjøpet hadde skjedd til full pris og til en utenforstående aktør».¹⁰¹

Mindretallet anser tilsynelatende kreditorekstinsjon som et inngrep i eiendomsretten, som på det rene nyter vern etter EMK P1-1. På denne bakgrunn bør ikke reglene gis større nedslagsfelt enn nødvendig. Slik jeg ser det er dette første gang Høyesterett, sådan i en særmerknad, tar til orde for at kreditorekstinsjon er å anse som et inngrep i EMK P1-1. Tidligere har Høyesterett vært svært tilbakeholden med å gjøre unntak fra rettsvernsregler. Om EMK P1-1 har påvirket konklusjonen til dommer Noer vites ikke. Likevel er mindretallet meget åpen for unntak sammenlignet med tidligere.¹⁰²

Jeg vil i denne forbindelse bemerke at EMK, som jeg skal komme tilbake til senere, stiller krav om at inngrep må ivareta et legitimt formål og være proporsjonalt. Kravene til begrunnelse og proporsjonalitet styrkes linært med inngrepets karakter. Dersom begrunnelsen for inngrepet er svak, og inngrepet er av sterk karakter, er sannsynligheten større for at EMD vil tilsidesette inngrepet som konvensjonsstridig. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 5.

2.1.4 Rettsvernsakten notifikasjon

Ettersom denne avhandlingen ikke vil ta for seg noen typetilfeller hvor notifikasjon er rettsvernsakten, vil dette punktet presenteres kort. Formålet med punktet er kun å skape en helhet i fremstillingen av norske rettsvernsregler.

¹⁰¹ HR-2021-2248-A avsnitt 109.

¹⁰² Se Rt 1997 s. 1050 og Rt 2002 s. 1484 og HR-2017-33-A.

Notifikasjon er rettsvernsakten for blant annet enkle gjeldsbrev jf. gjeldsbrevlova § 29. Bestemmelsen stiller krav om at avhendelsen får rettsvern når «skyldnaren har fått melding om avhendinga fra mottakaren eller avhendaren.» Ordlyden taler for at debitor må få melding om at kravet er overdratt, og at den meldingen må komme fra den som mottar gjeldsbrevet, eller den som avhender gjeldsbrevet. Meldingen må således komme fra A eller S i analyseskjemaet.

Ordlyden «melding» synes nøytral, herunder at det stilles få formkrav til den meldingen. Sammenholdt med at rettsvernsakten «melding» ofte omtales som «notifikasjon» taler dette i retning av at det er tilstrekkelig at skyldneren blir varslet om overdragelsen. Hvordan dette varselet blir gitt han synes, etter ordlyden, å være uten betydning. Videre taler ordlyden «fått melding» for at debitor rent faktisk ikke må ha sett meldingen, men det er tilsynelatende tilstrekkelig at meldingen er kommet frem til han, for at overdragelsen skal nyte rettsvern.

Det er i teorien forutsatt en lignende fortolkning som overfor. Falkanger har uttalt at det ikke stilles krav om skriftlighet, slik at meldingen kan vel være muntlig som skriftlig. Videre må meldingen inneholde et varsel om at kravet er overdratt.¹⁰³ Uttalelsen er i samsvar med ordlyden.

¹⁰³ Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 744.

3 EMK P1-1

3.1 EMK får forrang foran norsk rett ved motstrid

I kapittel 3 vil jeg grundig analysere innholdet i EMK P1-1. Jeg anser det påkrevd å foreta en bred analyse av innholdet i rettigheten, samt innholdet i inngrepvilkårene etter EMK P1-1. Formålet med kapittelet er å skape en bred ramme for de konkrete drøftelser av problemstillingen i kapittel 5.

I norsk rett er EMK inkorporert gjennom menneskerettighetsloven. Etter menneskerettighetsloven § 2 bokstav a er EMK P1-1 gjort til norsk rett. Bestemmelsen innebærer at konvensjonen er inntatt i norsk rett på lovsnivå. Med lovsnivå sikter jeg til at menneskerettighetene er inntatt på samme trinnhøyde i rettskildehierarkiet, med samme rettskildemessige vekt som en alminnelig norsk lovbestemmelse.¹⁰⁴ Isolert gir bestemmelsen liten veiledning for tilfellene hvor det foreligger motstrid mellom norsk lov og menneskerettighetene.

Imidlertid følger det av menneskerettighetsloven § 3 at konvensjonsbestemmelsene, ved motstrid, går foran intern norsk rett. Bestemmelsen gir menneskerettighetene større vekt enn intern norsk rett. Bestemmelsen medfører at dersom norske kreditorekstinksjonsregler er i strid med EMK P1-1, vil kreditorekstinksjonsreglene måtte settes til side.

I tidligere rettspraksis var det en problemstilling om bestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3 skulle tolkes slik at det måtte «klar og entydig» motstrid til for at konvensjonen skulle få forrang jf. Rt 1994 s. 610.¹⁰⁵

Klarhetskravet er imidlertid forkastet i senere rettspraksis. I plenumskjennelsen inntatt i Rt 2002 s. 557 har Høyesterett uttalt at norske rettsanvendere må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Norske domstoler skal anvende samme metode som EMD, men med den begrensning at EMD er den som skal utvikle konvensjonen, ikke norske domstoler. Dersom en slik selvstendig fortolkning medfører at norsk rett er i motstrid med EMK, skal konvensjonen få forrang. Høyesterett satt derfor til side lagmannsrettens forståelse om at motstriden måtte være «rimelig klar» for at konvensjonen skulle få forrang.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 87.

¹⁰⁵ Rt 1994 s. 610 på side 617.

¹⁰⁶ Prinsippet om selvstendig fortolkning er fulgt opp i Rt 2003 s. 359.

For den følgende drøftelse må derfor prinsippet om selvstendig fortolkning få anvendelse. Noen videre drøftelse av EMKs plass og fortolkning i norsk rett faller utenfor denne avhandlingen. Jeg vil derfor benytte EMDs metode og foreta en selvstendig tolkning av hvorvidt det foreligger motstrid mellom norsk rett og EMK P1-1.

3.2 Prinsipper ved fortolkningen av EMK P1-1

Det er særlig tre prinsipper som er relevante når EMD anvender og fortolker konvensjonen. EMD har lagt til grunn at statene må anerkjennes en «margin of appreciation» ved nasjonal inkorporering av konvensjonsrettigheter.¹⁰⁷ Henrik Jorem har definert skjønnsmarginen slik at statene har en viss frihet til å gjøre det den anser nødvendig for å ivareta inngrepsformålet uten hinder av konvensjonens rettighetsvern.¹⁰⁸ Jeg vil behandle skjønnsmarginen og dens rekkevidde nærmere under analysen av de ulike inngrepsvilkår i punkt 3.6.

Skjønnsmarginen har sin bakgrunn i det andre grunnleggende prinsippet, subsidiaritetsprinsippet, som innebærer at EMD foretar en sekundær prøving av konvensjonsrettighetene.¹⁰⁹ Det er statene som har primæransvaret for anvendelsen av menneskerettighetene nasjonalt. På denne bakgrunn er subsidiaritetsprinsippet inntatt i fortalen til EMK ved tilleggsprotokoll 15, som lyder som følger:

«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».

Ordlyden tilsier for det første at statene har primæransvaret for å fastsette regler i tråd med konvensjonen, og for det andre at statene derfor må nyte en skjønnsmargin. Ordlyden gir derfor, slik jeg tolker bestemmelsen, en todelt ansvarsfordeling. Nasjonale myndigheter har et ansvar for å sørge for at konvensjonen overholdes, mens EMD har et ansvar for å gi statene et spillerom

¹⁰⁷ EMDs avgjørelse 6538/74 *Sunday Times v. UK* avs 59, sak. 50705/11 *Todorov and Others v. Bulgaria*, sak. 36862/05 *Gogitidze and Others v. Georgia*.

¹⁰⁸ Henrik Jorem, «Eiendomsvernet i EMK Jussens venner», vol. 56 utg. 3 s. 79-112 på side 95-96.

¹⁰⁹ Se sak. 28019/10 *Woolley v. The United Kingdom* avsnitt 77 og Ola Johan Settem, «Subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens venner*, vol 51. utg.3 2016 side 119—141 i punkt 3.

innenfor skjønnsmarginens grenser. Imidlertid følger det videre av ordlyden «supervisory jurisdiction» at EMD har en overordnet kontrollfunksjon vedrørende tolkningen av EMK. EMD skal påse at statene forholder seg til konvensjonen, med den begrensning at statene gis en viss frihet gjennom skjønnsmarginen.¹¹⁰ Ordlyden «supervisory jurisdiction» taler videre for at EMD ikke er bundet av skjønnsmarginen i den grad det går utover deres rolle som øverste kontrollorgan ved konvensjonen.¹¹¹

Statens skjønnsmargin og subsidiaritetsprinsippet har derfor betydning når EMD tar stilling til om statene har overholdt konvensjonen. At statene anerkjennes «et visst spillerom» innenfor konvensjonens ordlyd, må derfor få betydning for anvendelsen av EMK P1-1 i avhandlingen.

Videre er det et sentralt prinsipp at konvensjonen må fortolkes dynamisk.¹¹² Dette innebærer at konvensjonen må fortolkes i lys av samfunnsutviklingen. Prinsippet har stor betydning, ettersom EMK er en konvensjon som ble vedtatt i 1952. Samfunnet har gjennomgått større endringer siden den tid. Prinsippet om dynamisk fortolkning medfører at EMD, ved anvendelsen av konvensjonen, tolker konvensjonstekstens ordlyd i lys av samfunnsutviklingen. Som den videre fremstilling vil vise, har EMD foretatt en nokså inngående utvikling av EMK P1-1, ved å gi konvensjonen større rekkevidde enn den var tiltenkt ved vedtakelsen.

3.3 Bakgrunnen for innføringen av EMK P1-1

Vedtaket av EMK P1-1 gjorde det synbart at eiendomsretten var ansett så viktig at den fortjente en plass i en katalog av grunnleggende menneskerettigheter. Etter klassisk europeisk naturrettstenking er eiendomsretten ansett som spesielt viktig, noe som kan anses som bakgrunnen for at eiendomsretten ble inntatt som en del av menneskerettighetene.¹¹³ Det forelå enkelte kontroverser da statene skulle bli enige om en formulering av EMK P1-1. Statene ble imidlertid enig om en felles formulering 1952, hvor rettigheten deretter trådte i kraft i 1954. Stig Solheim har fremmet flere motargumenter mot innførselen av eiendomsvern som en menneskerettighet, men jeg vil ikke gå inn i disse all den tid eiendomsvernet *de facto* er gjort til en

¹¹⁰ Skjønnsmarginen gis imidlertid ulik rekkevidde for ulike vurderinger etter konvensjonen, se punkt 3.5.

¹¹¹ Tolkningen følger også av EMDs praksis vedrørende EMK P1-1, se sak 46239/99 *Zvolsky v. Den tsjekkiske republikk*, avsnitt 69.

¹¹² Se sak 5856/72 *Tyrer v. Storbritannia*, hvor prinsippet om at konvensjonen er et «living instrument» for første gang ble lagt til grunn.

¹¹³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2018 s. 328.

menneskerettighet.¹¹⁴ Formålet med punktet er videre å klarlegge hva som var formålet med innførselen av eiendomsvernet som en menneskerettighet. Viktig i denne sammenheng er om EMD i senere tid kan sies å ha tolket EMK P1-1 videre enn dens opprinnelige formål.

I FNs verdenserklæring ble det inntatt en bestemmelse i art 17 som er relevant for tolkningen av EMK P1-1. EMK bygger i stor grad på Verdenserklæringen, slik at det vil være relevant å tolke disse i lys av hverandre for å forstå hva formålet med innføringen av EMK P1-1 var.¹¹⁵ Art 17 lyder som følger:

1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.
2. No one shall be arbitrarily deprived of his property.

Artikkelen anerkjenner for det første at alle har rett til å eie eiendom, og for det andre at ingen skal finne seg i vilkårlige inngrep i eiendomsrettigheten jf. ordlyden «arbitrarily». At ingen skal finne seg i vilkårlige inngrep bør leses slik at ingen må finne seg i vilkårlige inngrep fra staten. Sistnevnte tolkning kan begrunnes i at det er på det rene at individet er rettighetssubjekter etter henholdsvis EMK og Verdenserklæringen, mens staten er pliktsubjekt.¹¹⁶ Etersom retten til å eie eiendom står sterkt, må inngrep i denne rettigheten være legitime fra statenes side.

Etersom rettighetene i EMK regulerer forholdet mellom stat og individ, synes det slik at formålet med EMK P1-1 var å verne individets eiendom fra vilkårlige, statlige inngrep. Når statene sitter med kontroll over eiendomsbruken, er det en fare for myndighetsmisbruk. Ved å gi eiendomsretten vern etter EMK P1-1, sikres det at statenes inngrep i den private eiendomsrett inneholder en legitim begrunnelse, og søker å motvirke at inngrepet er vilkårlig.¹¹⁷

På 90-tallet forekom imidlertid et skifte i EMDs praksis, hvor eksempelvis Italia ble felt i to saker som ble innklaget for domstolen i henholdsvis *Scollo v. Italy* og *Immobiliare Saffi v. Italy*.¹¹⁸ Jeg skal ikke gå inn i den konkrete vurderingen av EMK P1-1 i disse sakene. I det følgende skal jeg presentere hvorfor de utgjorde et skifte ved anvendelsen av EMK P1-1. Begge

¹¹⁴ Se Stig Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Oslo 2010 punkt 2.3.4.4. s. 48 flg.

¹¹⁵ Se fortalen til EMK andre og tredje avsnitt.

¹¹⁶ Se fortalen til EMK avsnitt 6 og EMK artikkel 1.

¹¹⁷ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, s. 36-37.

¹¹⁸ Sak 19133/91 *Scollo v. Italy* og *Immobiliare Saffi v. Italy*.

sakene gjaldt hvorvidt italienske nødregler om styrket vern til leietagere var i strid med EMK P1-1.

I begge sakene konkluderte EMD med krenkelse av konvensjonen. Bakgrunnen for at det forelå krenkelse var at det ikke forelå proporsjonalitet mellom de offentlige interesser, og interessene til utleierne. I begge sakene hadde utleierne fått bo i leilighetene i flere år uten å tilnærmet betale noe leie, og leietakerne ble ikke kompensert. I *Scollo* måtte klageren kjøpe ny leilighet som følge av nødloven som beskyttet leietakerne mot oppsigelse. Selv om formålet med regelen var fornuftig, nemlig å unngå en bølge av hjemløse, var ikke interessene til henholdsvis utleier og leietager tilstrekkelig balansert.

Spesielt for sakene er at EMD tilsynelatende griper inn i nasjonale regler i forholdet mellom privatpersoner. Husleierett, iallfall nasjonalt, er privatrettslige regler om forholdet mellom to borgere, ikke mellom stat og borger. Ettersom EMK P1-1 var ment å verne mot vilkårlige, statlige inngrep i eiendomsretten, synes avgjørelsene å utgjøre et skifte. Dette skiftet er sentralt for denne avhandlingen, ettersom kreditorekstinksjonsregler er privatrettslige regler. Dersom EMD hadde fulgt samme linje som tidligere, herunder å prøve forholdet mellom stat og borger, ville neppe ekstinksjonsreglene vært omfattet av konvensjonen. Ekstinksjonsreglene gjelder forholdet mellom privatpersoner, ikke forholdet mellom stat og borger.

Et annet skifte som har oppstått i nyere tid er at EMD også griper inn i nasjonale regler som angår tingsrett i den såkalte Pye-saken.¹¹⁹ Jeg vil imidlertid behandle Pye-saken nærmere i kapittel 5. Jeg går ikke nærmere inn på disse i dette punkt. Spesielt vil det faktum at EMD har fortolket EMK P1-1 til også å verne rent privatrettslige regler ha betydning for denne avhandlingen. Dersom EMD hadde forholdt seg til konvensjonen slik den var tiltenkt ved vedtakelsen, ville neppe reglene om kreditorekstinksjon vært omfattet av konvensjonen. Når EMD har fortolket konvensjonen dithen at den også verner om privatrettslige forhold, tilsier dette at kreditorekstinksjon kan være omfattet av konvensjonen. Jeg kommer tilbake til dette under punkt 5.1.

¹¹⁹ Sak. 44302/02 J.A Pye (Oxford) LTD and J.A Pye (Oxford) Land LTD v. The United Kingdom.

3.4 Innholdet i EMK P1-1

3.4.1 Kort om systematikken i EMK P1-1

I dette punktet vil jeg kort gjennomgå systematikken i EMK P1-1. Hensikten med dette punktet er å skape en overordnet oversikt over hvordan EMD har løst spørsmål om det foreligger et inngrep i EMK P1-1. Dette skal imidlertid drøftes mer inngående i punkt 5.1.

Etter at EMD har kommet til at det foreligger et inngrep i EMK P1-1, reiser EMD problemstillingen om hvilken «regel» inngrepet skal plasseres innunder.¹²⁰ EMD inndeler disse to drøftelsene inn i EMK P1-1s «applicability» herunder om det foreligger et inngrep i konvensjonen, og «the nature of the interference» herunder hvilken «regel» inngrepet skal plasseres innunder.¹²¹ Solheim har uttalt at hovedformålet med regelplasseringen er at ikke alle inngrep i EMK P1-1 fortjener like stort vern, herunder at inngrepets karakter svekkes eller styrkes sett hen til hvilket inngrep det er tale om.¹²² Solheims argumentasjon har gode grunner for seg. Ettersom EMK P1-1s ordlyd favner svært vidt kan mange ulike inngrep falle innunder konvensjonen. Det er derfor nærliggende at den også rammer inngrep som vil ha ulik inngripende karakter.

EMK P1-1 består etter EMDs praksis av tre regler som kan gjenfinnes i bestemmelsens ordlyd. Disse er *prinsippregelen* jf. ordlyden «peaceful enjoyment of property», *avståelsesregelen* jf. ordlyden «deprived of his possession», og *kontrollregelen* jf. ordlyden «control the use of property». Ekspropriasjon er kjerneeksemplet på inngrep som faller innunder avståelsesregelen, mens ved statlige kontrollinngrep vil det klassiske eksemplet være regelsett som kontrollerer bruk av eiendom, typisk plan og bygningsrettslige spørsmål. For ordens skyld presiseres det at regler som har likhetstrekk til norske hevdsregler ble plassert innunder kontrollregelen i Pye-saken.¹²³

Imidlertid fremgår det ikke av ordlyden at det er et vilkår at et inngrep må plasseres innunder en av disse reglene. Dette kan imidlertid utledes av langvarig EMD praksis, se blant annet *Lekic v. Slovenia*, hvor EMD uttalte:

¹²⁰ For en illustrerende sak, se EMDs nyeste avgjørelse vedrørende tolkningen av EMK P1-1 i sak. 28470/12 NIT S.R.L v. The Republic of Moldova avsnitt 245.

¹²¹ Pye (storkammer) avsnitt 58-63 og 64-66.

¹²² Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 71.

¹²³ Pye (storkammer) avsnitt 64-66.

«As the Court has stated on many occasions, Article 1 of Protocol No. 1 comprises three rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers the deprivation of property and subjects it to conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the States are entitled, among other things, to control the use of property in accordance with the general interest».¹²⁴

EMD viser til en etablert praksis gjennom at retten gjennom «many occasions» har tatt stilling til denne regelklassifiseringen. Regelvalget har etter EMDs uttalelser befestet seg som en del av vurderingen etter EMK P1-1. Innholdet i EMK P1-1 kan illustreres slik:

¹²⁴ Sak 36480/07 *Lekic v. Slovenia* avsnitt 92. Likeledes om regelplasseringen, se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 172-173.

	<i>Prinsippregelen (EMK P1-1 første ledd første punktum)</i>	<i>Avståelsesregelen (EMK P1-1 første ledd andre punktum)</i>	<i>Kontrollregelen (EMK P1-1 andre ledd)</i>
Innholdet i regelen	Enkeltindividene kan nyte sine eiendeler i fred.	Avståelse av eiendom kan kun skje på bestemte vilkår	Statenes adgang til å kontrollere eiendomsbruken
Hva regelen bestemmer	Nøkkelordet er «possession» som nyter vern etter konvensjonen.	Avståelse av eiendom til staten må være i samsvar med offentlige interesser, lov og de generelle prinsippene utledet av internasjonal rett. Nøkkelordet er avståelse. Et sentralt moment er at avståelse bør generere erstatning.	Statene er gitt et videre spillerom til å gi regler som er nødvendig for å styre eiendomsbruken. Nøkkelordet er kontroll av bruken, hvor statene må kunne foreta legitime kontrollinngrep.
Hvilke inngrep som omfattes av regelen	Inngrep som vanskelig kan plasseres under kontroll eller avståelse, men som må klassifiseres som et inngrep som fratrar retten til vernede interesser.	Typisk ekspropriasjon, tap av eiendomsrett til fordel for statlige inngrep i det offentliges interesser.	Den tredje regelen har sannsynligvis størst betydning for regler som regulerer forholdet mellom privatpersoner. Ekstinksjonsreglene er utslag av et interessevalg fra staten hvor kreditorene gis vern.
Felles for de tre reglene	Inngrepsvilkårene må være oppfylt uavhengig av hvilken regel rettsanvenderen plasserer inngrepet innunder.		

Bakgrunnen for modellen som er konstruert ovenfor er blant annet å vise systemet i bestemmelsen, og denne illustrasjonen viser at EMK P1-1 er bygd opp etter en prinsippregel, en regel som legitimerer avståelse av eiendom, og statenes adgang til å kontrollere eiendomsbruken. Om et inngrep eksempelvis blir plassert under kontrollregelen, må dette leses i sammenheng med de øvrige to reglene.¹²⁵ Den tredje regelen, kontrollregelen, består av en interesseavveining mellom statens interesser i å opprettholde inngrepet, og den enkeltes interesser i å beholde sin rettighet uten inngrep.¹²⁶ Kontrollregelen er ansett å ha et meget stort nedslagsfelt, noe som må få betydning for den konkrete vurderingen av hvilken regel kreditorekstinksjon skal plasseres innunder.¹²⁷ I teorien har betydningen av regelklassifiseringen blitt bestridt.¹²⁸ Jeg vil imidlertid drøfte hensiktsmessigheten og betydningen av en slik regelplassing nærmere under punkt 5.1.2.

3.4.2 Verneverdige interesser etter EMK P1-1

EMK P1-1 er for EMD en av de mest påberopte rettighetsbestemmelsene i EMK. Den hyppige behandlingen av konvensjonen medfører at EMD har uttalt seg om fortolkningen av EMK P1-1 ved en lang rekke anledninger.¹²⁹ At EMD har uttalt seg en rekke ganger om EMK P1-1, har sannsynligvis sammenheng i det antallet inngrep som foretas i nettopp denne rettigheten hver eneste dag, både i Norge og internasjonalt.¹³⁰ Bruk av eiendeler er omfattende rettslig regulert, og i Norge finnes det en rekke lover som begrenser bruken av eksempelvis eiendommer.¹³¹ I dette punktet vil jeg redegjøre for ordlyden i EMK P1-1, samt rettspraksis vedrørende fortolkningen av bestemmelsen.

EMK P1-1 gir «every natural or legal person» rett til «the peaceful enjoyment of his possessions». Bestemmelsen favner etter sin ordlyd vidt. Ordlyden «every natural or legal person»

¹²⁵ Pye (storkammer) avsnitt 53.

¹²⁶ Se Rt 2008 s. 1747 avsnitt 49.

¹²⁷ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, s. 69 med videre henvisning til Gudrun Gauksdottir, *The right to property and The european convention on human rights*, Lund 2004, s. 177.

¹²⁸ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, punkt 3.3.3.

¹²⁹ Jorem, «Eiendomsvernet i EMK», s. 80.

¹³⁰ Se eksempelvis redegjørelsen i punkt 1.2 i avhandlingen.

¹³¹ Se eksempelvis servitutloven § 2 som bestemmer at rettighetsinnehaveren ikke kan bruke rettigheten på en urimelig måte, plan og bygningsloven § 29-2 flg, som stiller en rekke krav til eiendelen, oreigningslova § 2, som hjemler ekspropriasjon av en rekke eiendommer.

taler for at alle fysiske, eller juridiske personer vil nyte vern etter bestemmelsen, og vil være bestemmelsens rettighetssubjekter. Bestemmelsen avgrenser ikke til bestemte personkretser, men verner derimot samtlige fysiske og juridiske personer, herunder privatpersoner, selskaper og lignende. Ordlyden tilsier derfor ethvert rettssubjekt etter konvensjonen har, i utgangspunktet, krav på beskyttelse av sin eiendomsrett.

Konvensjonen beskytter etter sin ordlyd «possessions». Direkte oversatt betyr «posessions» eiendeler.¹³² Begrepet eiendeler taler etter sin ordlyd for at bestemmelsen verner om fysiske gjenstander som personen er eier av på tidspunktet inngrepet gjøres.¹³³ Ordlyden gir ingen føringer om hvilke konkrete eiendeler som beskyttes av konvensjonen, slik at konvensjonen bør tolkes dithen at det rent faktisk er enhver eiendel som personen eier som nyter vern etter konvensjonen.¹³⁴ Når konvensjonen verner eiendeler, vil en naturlig tolkning av dette være at konvensjonsteksten ikke avgrenser til spesifikke eiendeler. Sistnevnte underbygger standpunktet om at enhver eiendel som tilhører eier, er vernet av konvensjonen.

En sentral avgjørelse ved fortolkningen av eiendomsbegrepet i EMK P1-1 er EMDs avgjørelse i sak 15375/89 Gasus Dosier und fördertechnik GmbH v. the Netherlands. Saken gjaldt firmaet Gasus som hadde overlevert en sementblander til firmaet Atlas. Firmaet Atlas gikk deretter konkurs før Gasus fikk betaling for den omtvistede sementblander. Sementblander ble imidlertid tilbakeholdt av myndighetene (antageligvis konkursboet til Atlas.) Gasus ønsket sementblander tilbakelevert, uten å få medhold i dette. EMD uttalte i dommens avsnitt 53 at:

«the notion "possessions" (in French: biens) in Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions", for the purposes of this provision (P1-1)».

¹³² Se <https://www.oversetter24.com/engelsk-norsk/translate/possessions>. Den norske oversettelsen av EMK P1-1 er derfor ikke helt treffende, ettersom den taler om «eiendom» som tilsynelatende favner langt snevrere enn EMDs fortolkning av konvensjonen.

¹³³ EMK P1-1 kan også til en viss grad verne om rettigheter som rettighetssubjektet har en berettiget interesse i å få i fremtiden jf. Rt 2008 s. 1747 avsnitt 41.

¹³⁴ Høyesterett har til en viss grad tilsluttet seg fortolkningen i Rt 2008 s. 1747 avsnitt 41, hvor det uttales at bestemmelsen verner både de gjenstander som er omfattet av det tradisjonelle eiendomsbegrep, men også gjenstander som ikke naturlig kan sees på som en eiendom, eksempelvis en panterettighet.

EMD slår fast eiendomsbegrepets vide betydning, i og med at begrepet er autonomt, og ikke forbeholdt fysiske rettigheter. Bestemmelsen ivaretar også rene økonomiske rettigheter. EMD ga derfor eiendomsvernet et bredere vern enn det som følger direkte av ordlyden. En panterettighet vil eksempelvis nyte vern etter EMK P1-1, noe som vanskelig kan utledes av ordlyden. En panterettighet ikke er en «eiendel» men en særrett til å søke dekning for et krav i en annens formuesgode.¹³⁵ Begrepet «possessions» synes derfor å fortolkes videre enn sin naturlige betydning i konvensjonspraksis.

Fast eiendom og løsøre, som denne avhandlingen særlig fokuserer på, omfattes uansett direkte av artikkelens ordlyd etter gjennomgangen ovenfor. Enhver eiendel som tilhører enkeltindividet skal kunne brukes i fred, uten noe statlig inngrep, som et utgangspunkt etter bestemmelsen. En slik rettighet kommer imidlertid sjeldent uten begrensinger, noe som også gjelder for eiendomsvernet i EMK P1-1.

3.5 Hvilke vilkår må være oppfylt for at et inngrep anses konvensjonsmessig?

At det foreligger et inngrep i konvensjonen er ikke nok til å konstatere om det foreligger konvensjonsstrid. I dette punktet vil jeg først redegjøre for hvilke vilkår som må være oppfylt for at inngrepet skal være i overenstemmelse med konvensjonen. Deretter skal jeg redegjøre for innholdet i de enkelte vilkår hver for seg i punkt 3.6. Innledningsvis presiseres det at for at inngrepvilkårene skal aktualiseres, må det foreligge et «inngrep» i konvensjonen. Hvorvidt kreditorekstinksjon er å anse som et inngrep i EMK P1-1 vil drøftes i punkt 5.1.

Det følger direkte av EMK P1-1 at konvensjonsrettigheten ikke er absolutt. Bestemmelsen tillater inngrep i de tilfeller hvor «*public interest and subject to the conditions provided by law and by the general principles of international law*» tilsier dette. Konvensjonen tillater inngrep i de tilfeller hvor offentlige interesser tilsier dette, og hvor vilkårene etablert i internasjonal rett er oppfylt. At det tillates inngrep i konvensjonen kan sees på som en side av statens styringsbehov. Samfunnet er sammensatt, og enhver stat har et behov for å regulere bruken av eiendom på en slik måte at godene i samfunnet fordeles rettferdig. På denne bakgrunn kan det blant annet foretas inngrep i konvensjonen når offentlige hensyn tilsier dette.¹³⁶ Utover dette taler ordlyden i retning av at inngrepet må være i overenstemmelse med lov, og være begrunnet i et legitimt

¹³⁵ Se panteloven § 1-1.

¹³⁶ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 37-38.

formål for å stå seg overfor EMK P1-1.¹³⁷ At det foreligger flere vilkår enn dette for å gjøre inngrep i konvensjonen følger ikke av ordlyden.

Det er imidlertid sikker praksis i EMD, og innfortolket i nærmest alle fravikelige konvensjonsrettigheter et lovkrav, et krav til legitimt formål, og et krav om proporsjonalitet.^{138 139} I ny rettspraksis fra EMD er det uttalt at inngrepet må:

«in order for an interference to be compatible with Article 1 of Protocol No. 1 it must be lawful, be in the general interest and be proportionate, that is, it must strike a “fair balance” between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights».¹⁴⁰

Det fremstår som klart for EMD at vilkårene for inngrep bygger på en vurdering av inngrepets hjemmel, formål, og proporsjonalitet. I teorien er fortolkningen støttet opp og forstått slik at: «Inngrepet må ha en akseptabel hjemmel, tjene til et legitimt formål, og bestå proporsjonalitetstesten».¹⁴¹ I det følgende vil det redegjøres for innholdet i inngrepsvilkårene. For ordens skyld presiseres det at vilkårene for inngrep i konvensjonen gjelder likt uavhengig av hvilken «regel» EMD plasserer inngrepet innunder.¹⁴²

3.6 Innholdet i inngrepsvilkårene etter EMK

3.6.1 Lovkravet – kravet til legalitet for inngrep i EMK P1-1

I punkt 3.6.1-3.6.3 vil jeg redegjøre for innholdet i inngrepsvilkårene i EMK P1-1. Formålet med punktene er å finne treffende vurderingstema for den senere drøftelsen av typetilfellene. Det første vilkåret jeg vil gjennomgå er EMK P1-1s krav til legalitet for inngrep i konvensjonen.

¹³⁷ Denne fortolkningen fikk tilslutning i EMDs avgjørelse i sak. 5493/72 *Handyside v. The United Kingdom* avsnitt 62.

¹³⁸ For en ufravikelig rettighet, se torturforbudet i EMK art 3.

¹³⁹ Se eksempelvis *Pye-saken* avsnitt 63 følgende, og Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, s. 334-335.

¹⁴⁰ Sak 1631/16 *Lysak v. Poland* avsnitt 77, med videre henvisninger.

¹⁴¹ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 75 og Martin Heland Johannessen, «Reguleringsplaner og EMK P1-1», *Tidsskrift for eiendomsrett* vol. 16 utg. 1 2020 side 57-94 på side 68.

¹⁴² Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 73. For en redegjørelse av «reglene» i EMK P1-1, se punkt 3.4.1.

Jeg vil imidlertid ikke foreta en svært inngående analyse i dette punkt. Jeg vil komme tilbake til en grundig analyse av innholdet i lovkravet i punkt 5.3.1. Formålet med punktet blir derfor skape en overordnet ramme for den videre analyse av lovkravet senere i avhandlingen.

Innledningsvis presiseres det at reglene om kreditorekstinksjon er regelsett som ikke faller inn under det norske legalitetsprinsippet inntatt i Grunnloven §§ 96 og 113. Bestemmelsene bygger på at «inngrep» eller «straff» må ha hjemmel i lov, og er forstått dit at slike inngrep må ha sitt grunnlag i en skreven lovtekst.¹⁴³ Begge disse inngrepene omfatter direkte myndighetsinngrep overfor den enkelte. Imidlertid er ikke regler om kreditorekstinksjon regelsett som faller inn under legalitetsprinsippet anvendelsesområde nasjonalt.¹⁴⁴ Reglene er privatrettslig, og innebærer ikke direkte noe statlig inngrep mot den enkelte. Det vil derfor ikke være tale om å anvende noe nasjonalt legalitetsprinsipp i denne avhandlingen.¹⁴⁵ Det er likevel på det rene at inngrep i rettigheter etter EMK P1-1 må oppfylle de krav som EMK P1-1 stiller til legalitet.¹⁴⁶

Ordlyden i EMK P1-1 gir få konkrete holdepunkter for å si hva som er innholdet i lovkravet. Bestemmelsen krever at inngrep følger av «the conditions provided by law» noe som isolert tilsier at inngrep i rettigheten må ha sitt grunnlag i en skreven lovtekst jf. ordlyden «law». Slik jeg ser det må innholdet i lovkravet utledes av begrepene «provided» og «law» hvor spørsmålet er hvordan disse begrepene må forstås.

Begrepet «provided» kan tolkes på to måter. For det første kan det tolkes dithen at nasjonal «law» må inneholde en enkeltstående hjemmel som direkte hjemler inngrepet, herunder en lovtekst.

For det andre kan begrepet tolkes dithen at inngrepets hjemmel kan utledes etter en nasjonal rettsanvendelsesprosess. Sett i lys av EMDs fortolkning, som jeg skal komme tilbake til under, fremstår det andre tolkningsalternativet mest aktuelt. Jeg forstår den originale, engelske teksten «law» slik at den må bety «nasjonal rett» ikke «lov» slik det følger av den norske oversettelsen.

¹⁴³ Se HR-2016-1833-A avsnitt 14 og Rt 2014 s. 238 avsnitt 15 flg.

¹⁴⁴ Reglene om kreditorekstinksjon kan ikke klassifiseres som et «inngrep» etter nasjonal rett etter grunnloven § 113. Bestemmelsen krever at inngrep «fra myndighetene» må ha hjemmel i lov. Kreditor-ekstinksjon foretas ikke direkte av myndighetene.

¹⁴⁵ Se Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 29.

¹⁴⁶ Til illustrasjon, se sak. 42461/13 Karacsony and Others v. Hungary avsnitt 121 og sak. 33202/96 Beyeler v. Italy avsnitt 108 flg.

Begrepet «rett» kan neppe være avgrenset til skreven lov om en ser de ulike rettstradisjonene i ulike land i sammenheng.¹⁴⁷ Ovenfor nevnte taler i retning av at lovkravet i EMK P1-1 ikke krever at inngrepet har hjemmel i formell lov.

Lovkravet i EMK er behandlet i en lang rekke avgjørelser fra EMD. Det er alminnelig antatt at det norske legalitetsprinsippet er strengere enn lovkravet i EMK, ettersom det i norsk rett stilles krav til skriftlig hjemmel ved inngrep som rammes av legalitetsprinsippet.^{148 149}

I ulike rettighetsbestemmelser i EMK anvendes ordlyden «prescribed by law» eller «in accordance with law».¹⁵⁰ Det er slått fast i EMDs praksis at de ulike formuleringene skal forstås likt.¹⁵¹ Det vil derfor bli lagt til grunn at «provided by law» i EMK P1-1 må forstås likt som de øvrige formuleringene i konvensjonen som nevnt ovenfor. En slik forståelse medfører at EMDs praksis som ikke direkte gjelder EMK P1-1 også er relevant for fortolkningen av EMK P1-1.

I *Malone*, som riktignok gjaldt en straffeprosessuell problemstilling, har EMD kommet med generelle uttalelser om forståelsen av legalitetskravet i EMK. EMD uttaler i avsnitt 66 flere viktige fortolkninger ved legalitetskravet i EMK. EMD uttaler at:

«The first such principle was that the word "law/loi" is to be interpreted as covering not only written law but also unwritten law».¹⁵²

Det første prinsippet som kan utledes av lovkravet i EMK, er i tråd med den ordlydsfortolkning som ble foretatt ovenfor. Begrepet «law» i EMK forstås ikke slik at det stilles krav til skriftlig lov, men hvor ulovfestet rett også godtas. Dette omtales i det følgende som hjemmelskravet formelle side.¹⁵³

¹⁴⁷ I Tyskland bygger staten sin rett nærmest utelukkende på skrevne kilder, mens Storbritannia bygger sin rett i stor grad på ulovfestet, domstolsskapt rett. Norsk rett kan sies å falle i en mellomstilling ved at både skriftlig og uskreven rett kan danne grunnlag for en rettsregel. Se Se Anna Nylund, Sören Koch og Jørn Øyrehagen Sunde, *Comparing legal cultures*, Bergen 2020 s. 141-142 og Skoghøy, *rett og rettsanvendelse*, s. 36.

¹⁴⁸ Se Grunnloven § 96 jf. Grunnloven § 113.

¹⁴⁹ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, s. 115.

¹⁵⁰ Se til eksempel EMK art. 8 nr. 2.

¹⁵¹ Se sak 8691/79 *Malone v Storbritannia* avsnitt 66, *Sunday Times v. The United Kingdom* avsnitt 47.

¹⁵² *Malone v. Storbritannia* avsnitt 66.

¹⁵³ Se Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* s. 76-77.

Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn til hvordan vekt en slik uttalelse har for land som primært bygger sin rett på skriftlige kilder. Saken i *Malone* gjaldt Storbritannia, som bygger på Common law systemet, som helt overordnet innebærer at retten i stor grad er domstolsskapt.¹⁵⁴ Imidlertid synes EMD sine uttalelser å gjelde generelt, og ikke konkret for den aktuelle saken. EMD uttaler kun at lovkravet omfatter «not only written law, but also unwritten law» uten å si noe om dette gjelder generelt, eller kun i den konkrete saken.

Et spørsmål er derfor om lovkravet i EMK P1-1 innebærer at ulovfestet rett godtas generelt etter EMK retten, eller om nasjonalstaten må ha anerkjent ulovfestet rett som primærkilde. Det vil være lite forutberegnelig, og ikke i tråd med de hensyn som legalitetskravet bygger på om EMD godtok ulovfestede inngrep i land som ikke anerkjenner ulovfestet rett som primærkilde. Tyskland bygger på civil law systemet, og rettspraksis er ikke som utgangspunkt anerkjent som primærkilde i rettsanvendelsesprosessen.¹⁵⁵ Det ville vært problematisk i lys av grunnleggende rettsstatsprinsipper for borgerne om EMD, på bakgrunn av at ulovfestet rett er anerkjent i flere andre land, også godtok inngrep med hjemmel i uskrevne kilder for land hvor ulovfestet rett er uten betydning av mindre betydning. Lovkravet etter EMK P1-1 forstås på denne bakgrunn dit at begrepet «law» også omfatter ulovfestet rett. Dette gjelder imidlertid med den begrensning at ulovfestet rett er anerkjent som primærkilde i nasjonalstaten. Norsk rett anerkjenner imidlertid ulovfestet rett som primærkilde i saker utenfor legalitetsprinsippets kjerneområde.¹⁵⁶ Jeg vil derfor ikke problematisere tematikken nærmere.

For det andre prinsippet som gjelder lovkravet uttaler EMD at:

«Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail».¹⁵⁷

¹⁵⁴ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, s. 124-125.

¹⁵⁵ Se Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, München 2012 s. 200

¹⁵⁶ Se Skoghøy, *Retts og rettsanvendelse*, s. 29.

¹⁵⁷ *Malone v. Storbritannia* avsnitt 66.

EMD uttaler seg her om kravet til en tilgjengelig og klar hjemmel. Borgeren må kunne forutberegne sin rettsstilling ut fra allment tilgjengelige kilder. Dersom et inngrep bygger på kilder som er vanskelig tilgjengelig, vil inngrepet neppe stå seg etter EMK P1-1. Videre må hjemmelen bygge på en kilde som er tilstrekkelig klar.

Eksempelvis ble det konstatert krenkelse i EMDs dom i *Kruslin v. France*, hvor krenkelsen baserte seg på at hjemmelen måtte utledes av en rekke uklare rettskilder, noe som var lite forutberegnelige for borgeren.¹⁵⁸ Dommen gir uttrykk for at forutberegnelighetshensynet synes bærende for hjemmelskravet i sin helhet. Saken gjaldt riktignok en straffeprosessuell problemstilling, hvor hjemmelskravet naturligvis er strengere enn for formuerettslige spørsmål. Likevel har EMD, som nevnt, uttalt at prinsippet om forutberegnelighet gjelder som et bærende hensyn for alle inngrep i konvensjonen. En naturlig følge av uttalelsene nevnt ovenfor, er at borgeren ikke kan avkreves større undersøkelser for å finne frem i vanskelige hjemler. Det vil være grunnleggende problematisk å foreta inngrep i konvensjonen gjennom svært uklare og lite tilgjengelige hjemler. Dersom det finnes svakheter i hjemmelen, eksempelvis om den er uklar, eller noe vanskelig tilgjengelig, kan dette også være et moment i en proporsjonalitetsvurdering.¹⁵⁹ Jeg vil komme nærmere tilbake til sistnevnte i punkt 5.3.3 og 5.4.3

Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn på disse kravene. Kravet til tilgjengelighet og klarhet vil i det følgende omtales som kravet til hjemmelens kvalitet, og vil behandles mer inngående i punkt 5.3.1

3.6.2 Legitimt formål

At et inngrep må ivareta et legitimt formål, er et utslag av hensynet til at et inngrep i EMK ikke må være vilkårlig.¹⁶⁰ I flere bestemmelser i EMK er det oppstilt uttrykkelig hvilke legitime formål som et inngrep må være begrunnet i for at inngrepet skal være i overensstemmelse med EMK.¹⁶¹ Ordlyden i EMK P1-1 gir imidlertid få konkrete holdepunkter vedrørende de legitime formål som inngrep i bestemmelsen må ivareta. Det følger av bestemmelsen at inngrep kan skje «in the public interest» jf. bestemmelsens første ledd eller in the «general interest» jf.

¹⁵⁸ Sak 11801/85 *Kruslin v. France*, avsnitt 34.

¹⁵⁹ Solheim *Eiendomsbegrepet I Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* s. 92-93.

¹⁶⁰ Se punkt 3.3.

¹⁶¹ Se eksempelvis EMK art. 8 nr. 2, og EMK art 5.

bestemmelsens annet ledd. Uttrykkene er vidt formulert som tilsier at så lenge inngrepet er i tråd med offentlige interesser, så har inngrepet et legitimt formål. At kravene til legitimt formål er formulert forskjellig for de ulike ledd i bestemmelsen har ingen realitetsforskjell. Begrepene «in the public interest» og «general interest» må derfor forstås å ha samme rettslige innhold.¹⁶²

Et eksempel på inngrep i foretatt med begrunnelse i offentlige hensyn kan være ekspropriasjon, som ofte foretas i den hensikt å bygge ut et område til gunst for innbyggerne i området.¹⁶³ Ekspropriasjon som foretas for å bygge ut samfunnet ivaretar klart nok et legitimt formål. Utover dette fremstår den rettslige betydningen av uttrykket «public interest» i EMK P1-1 første ledd noe uklart etter ordlyden. Begrepet «public interest» er et vidt begrep, og kan isolert tolkes dit at ethvert inngrep som har en offentlig interesse godtas av EMD. Ordlyden gir liten veiledning utover dette, slik at løsningen derfor må søkes i EMDs praksis.

I EMDs avgjørelse i *Lindheim v Norway*, som gjaldt klage til EMD på bakgrunn av de såkalte tomtfestesakene i Norge, uttalte EMD seg om uttrykket «public interest» i konvensjonen.¹⁶⁴ I dommens avsnitt 96 flg anvender EMD uttrykket «in accordance with the general interest» hvilket må anses å ha samme betydning som «public interest».¹⁶⁵ EMD uttaler, med videre henvisning til tidligere praksis fra EMD, for det første at hva som er i det offentliges interesse vurderes best av den enkelte medlemsstat, og ikke EMD, ettersom medlemsstaten er nærmest å vite hvilke offentlige hensyn som kommer til anvendelse i det aktuelle medlemsland.

For det andre uttaler EMD at begrepet «public interest» nødvendigvis er et omfattende begrep, uten å presisere dette ytterligere.¹⁶⁶ Med videre henvisning til *Hutten Czapska v. Poland*, uttaler EMD at formålet med en slik vid formulering er å i stor grad overlate vurderingen av hvilke regelsett som skal vedtas til nasjonalstatene. Hvilke regler, og hvilke hensyn disse bygger på, er en utpreget nasjonal vurdering, noe som tilsier at EMD bør være tilbakeholdne med å overprøve nasjonale vurderinger på dette punkt. En slik forståelse følger også forutsetningsvis av

¹⁶² Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, s. 79.

¹⁶³ Se Oreigningslova § 2 punkt 31.

¹⁶⁴ Se Rt 2007 s. 1281, Rt 2007 s. 1306, og Rt 2007 s. 1308.

¹⁶⁵ Til støtte for dette, se *James and Others v. The United Kingdom* avsnitt 43, hvor det uttales at det ikke er noen realitetsforskjell mellom begrepene.

¹⁶⁶ Sak 13221/08 *Lindheim v. Norway* avsnitt 97, med videre henvisninger.

subsidiaritetsprinsippet i EMDs fortale, som vist til i punkt 3.2. Statene må derfor anerkjennes en vid skjønnsmargin ved vurderingen av hvilke begrunnelser for inngrep som er legitime.¹⁶⁷

EMD uttaler seg ikke uttrykkelig om forståelsen av begrepene utover at disse er vide og anerkjenner svært mange formål som legitime. Dette har sannsynligvis sammenheng med at det ikke har noe for seg at EMD oppstiller hvilke konkrete begrunnelser som er legitime etter EMK P1-1. Til forskjell fra EMK art. 8, som uttrykkelig nevner formål som inngrep må være begrunnet i, inneholder ikke EMK P1-1 noen slik liste med legitime formål. Inngrep i privatlivets fred etter EMK art 8, eller strafferettslige inngrep kan imidlertid tenkes å måtte nyte de samme begrunnelsene i ulike medlemsland for å være legitime. Det vil derfor ha noe for seg å kunne legge opp til at slike sterke inngrep begrunnes likt i medlemslandene. Inngrep i eiendomsretten er imidlertid utpreget av brede nasjonale vurderinger hvor EMD ikke er egnet til å foreta grundige vurderinger av hvilke konkrete hensyn som er relevante.

For det tredje, og sannsynligvis den uttalelsen av størst betydning er at EMD i stor grad lar det være opp til statene å bestemme hvilke offentlige hensyn som er relevante, med mindre statenes vurdering er «manifestly without reasonable foundation». En oversettelse av uttrykket tilsier at det må tolkes dithen at EMD kun griper inn i statenes vurdering av hvilke offentlige hensyn som er legitime dersom vurderingen er åpenbart feil eller grunnløst.¹⁶⁸ Terskelen for at EMD skal gripe inn i statlige vurderinger av hva som er legitime formål synes derfor å være høy. EMD uttaler følgende i *Lindheim*:

«The Court does not find manifestly unreasonable the Norwegian Parliament's view that, on grounds of social policy considerations, there was a legitimate need to protect, in the way provided for by section 33 of the Ground Lease Act, the interests of lease holders who lacked the financial means to exercise their right of redemption under section 37, whether the plots were used for permanent homes or for holiday homes. The Court concludes that the impugned interference may therefore be deemed to be in accordance with the general interest».¹⁶⁹

¹⁶⁷ At skjønnsmarginen er svært vid for denne vurderingen er også fulgt opp i NOU 2013:11 s. 27.

¹⁶⁸ Se NOU 2013:11 s. 27.

¹⁶⁹ *Lindheim v Norway* avsnitt 100.

EMD foretar i avsnittet ovenfor en subsumsjon under rettsregelen «manifestly without reasonable foundation». Uten en inngående vurdering kom EMD til at de norske hensyn var legitime i lys av EMK P1-1. Uttalelsen ovenfor gir støtte for at EMD er svært tilbakeholdne med å overprøve nasjonale vurderinger. EMD viser kun til de aktuelle hensyn som begrunnet tomtefestereglene, og konstaterer at disse ikke er åpenbart feil eller grunnløs. Begrepet «manifestly» tilsier at terskelen er svært høy. Når en begrunnelse er åpenbart grunnløs, synes terskelen for at EMD skal gripe inn på dette punkt å ligge tett opp mot de tilfeller hvor begrunnelsen har liten til ingen sammenheng med det inngrep som er foretatt, eller de tilfeller hvor det ikke foreligger en begrunnelse i det heletatt.

Etter dette fant EMD at inngrepet ivaretok et legitimt formål, ettersom vurderingen ikke var «manifestly without reasonable foundation.» Sosialpolitiske hensyn, som tomtefestereglene bygde på, var med andre ord relevante hensyn som ble akseptert av EMD.¹⁷⁰ EMDs vurdering i *Lindheim* taler for at en rekke formål med inngrep vil bli godtatt av EMD.

På bakgrunn av EMDs egne uttalelser og bestemmelsens vide ordlyd, synes terskelen for å gripe inn i statens vurdering på dette punkt å ligge tett opp mot de tilfeller hvor det ikke foreligger en begrunnelse i det heletatt.¹⁷¹ Dette er også støttet opp i den juridiske teorien, hvor det er uttalt at EMD vil godta et bredt spekter av formål som begrunnelse for inngrepet.¹⁷² EMD konkluderte imidlertid med at den norske tomtefesteloven § 33 krenket EMK P1-1 på bakgrunn av en proporsjonalitetsvurdering.¹⁷³

På denne bakgrunn synes kravet til legitimt formål å være den vurderingen etter EMK P1-1 hvor statene er anerkjent videst skjønnsmargin. EMD har få til ingen forutsetninger for å vurdere hvorvidt en konkret begrunnelse bak en regel er legitim i nasjonalstaten. EMD kan vurdere om det foreligger en begrunnelse, og foreta en helt overordnet kontroll ved at denne ikke er grunnløs ved å sammenholde begrunnelsen opp mot det inngrepet som er foretatt. Et søkt eksempel på en grunnløs begrunnelse vil være om en nasjonalstat begrunner fratakelse av eiendomsrett med et ønske om å redusere kriminalitet. I eksemplet ville EMD kunne begrunnet

¹⁷⁰ Lindheim v. Norway avsnitt 100.

¹⁷¹ Dette følger av en rekke avgjørelser fra EMD, se eksempelvis sak 12868/87 Spadea v Italia avsnitt 30-32, og sak 19133/91 Scollo v Italia avsnitt 29-31.

¹⁷² Solheim, *Eiendomsvernet i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, s. 79-81.

¹⁷³ Lindheim v. Norway avsnitt 136.

krenkelse av EMK P1-1 i rettsregelen «manifestly without reasonable foundation» ettersom begrunnelsen for inngrepet har liten til ingen sammenheng med det inngrepet som foretas.

EMD anvender begrepet «manifestly without reasonable foundation» som er et begrep som for det første tilligger staten et ansvar om å begrunne inngrep, og for det andre som medfører at EMD må utvise en stor grad av tilbakeholdenhet med å karakterisere et inngrep som uholdbart begrunnet. Slik jeg ser det må vurderingen i stor grad knytte seg til om 1) det foreligger en begrunnelse i det heletatt, og 2) om denne innehar en viss fornuft bak seg. Så lenge disse to kravene er oppfylt, vil begrunnelsen stå seg som legitim etter EMK P1-1.

3.6.3 Proporsjonalitet

3.6.3.1 Introduksjon og bakgrunn for at EMD innfortolket et proporsjonalitetskrav i EMK P1-1.

Innledningsvis presiseres det at ordlyden i EMK P1-1 ikke inneholder noe krav om proporsjonalitet for inngrep i konvensjonen. I det følgende vil jeg derfor søke å finne årsaken til at EMD innfortolket et krav om proporsjonalitet også etter EMK P1-1. Deretter vil jeg redegjøre for innholdet i proporsjonalitetskravet. Denne analysen vil bli grundig, ettersom proporsjonalitetsvurderingen er fremhevet som svært viktig, og vil få en stor betydning ved drøftelsen av type-tilfelle 1 i punkt 5.2.3.¹⁷⁴

Den første avgjørelsen jeg skal gjennomgå, og som er første gang EMD innfortolket et krav om proporsjonalitet i EMK P1-1 er *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*. Saken gjaldt i den svenske «byggnadslagen» som hjemlet at svenske myndigheter kunne fatte vedtak om ekspropriasjon fem år frem i tid. Staten kunne altså eksempelvis fatte et vedtak i 1970 som gikk ut på at de ville ekspropriere en eiendom i 1975. Svenske myndigheter forlenget imidlertid denne perioden med flere år av gangen etter det hadde gått fem år. Det hadde derfor ikke skjedd en *de facto* ekspropriasjon når saken kom opp til behandling i EMD. EMD tok stilling til anførselen om brudd på EMK P1-1 i avsnitt 56 flg.

Med henvisning til tidligere praksis fra EMD, omtalt som «The Belgian linguistic case» kom EMD til at det måtte stilles krav om proporsjonalitet også for inngrep i EMK P1-1.¹⁷⁵ Den

¹⁷⁴ Se sak 22432/03 *Chinnici v. Italy* avsnitt 32, hvor EMD uttalte at proporsjonalitetstesten gjenspeiler helheten i konvensjonen.

¹⁷⁵ Case «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium sak. 1474/62. (The Belgian linguistic case).

rettspraksis som EMD viste til gjaldt imidlertid en sak om språk i den belgiske skolen, og er således ikke en sak om fortolkningen av EMK P1-1. Likevel støtter EMD seg på denne avgjørelsen, uten noen nærmere begrunnelse, og uttaler følgende:

«For the purposes of the latter provision, the 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 (see, *mutatis mutandis*, the judgment of 23 July 1968 in the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 32, par. 5). 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)».¹⁷⁶

Begrunnelsen for at det måtte foretas en proporsjonalitetstest synes å bygge dels på en komparasjon til *The belgian linguistic case*, og dels på at det følger av systemet og strukturen i konvensjonen som helhet. Sistnevnte avgjørelse fantes imidlertid også da EMD tok stilling til inngrep i EMK P1-1 før *Sporrong*, slik at begrunnelsen for hvorfor EMD innfortolket en proporsjonalitetsvurdering også i EMK P1-1 fremstår ikke klar ved å utelukkende vise til *The belgian linguistic case*.¹⁷⁷

I lys av prinsippet om dynamisk fortolkning kan det imidlertid tenkes at EMD ønsket at konvensjonen i sin helhet skulle fortolkes likt, og at EMD på denne bakgrunn ønsket å utvikle rettigheten i EMK P1-1. jf. uttalelsene i *Sporrong* om at proporsjonalitetsvurderingen reflekterer strukturen i konvensjonen.¹⁷⁸ At samtlige rettigheter i konvensjonen inneholder en proporsjonalitetsvurdering, skaper en bredere enhet i systemet i EMK. På bakgrunn av nevnte uttalelse, har jeg vanskelig for å se at *The belgian linguistic case* var avgjørende for EMD, men heller en illustrerende sak om innholdet i proporsjonalitetsvurderingen. Den reelle begrunnelsen for hvorfor proporsjonalitetskravet ble innfortolket synes derfor å være et ønske om å utvikle rettigheten dithen at det blir enhet i konvensjonsstrukturen. Etter *Sporrong* ble det avklart at det stilles krav om proporsjonalitet også etter EMK P1-1.

¹⁷⁶ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 69.

¹⁷⁷ EMD vurderte EMK P1-1 i sak. 5493/72 *Handyside v. The United Kingdom*, hvor EMD uttalte i avsnitt 62 at EMK P1-1, til forskjell fra eksempelvis EMK art .10 ikke inneholder noe proporsjonalitetskrav.

¹⁷⁸ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 69.

3.6.3.2 Det rettslige innholdet i proporsjonalitetskravet

For det konkrete vurderingstemaet har EMD formulert seg treffende i *Hutten Czapska v. Poland*.¹⁷⁹ Saken gjaldt polske leieregler som ga utleier krav på en svært lav leiesum. For den konkrete vurderingen av inngrepets proporsjonalitet la EMD vekt på at et inngrep måtte ivareta «a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised» noe som omtales som kravet til en «fair balance that must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individuals fundamental rights».¹⁸⁰ Deretter uttaler EMD at denne vurderingen i stor grad bygger på om individet har måttet bære en «disproportionate and excessive burden».¹⁸¹

EMD anvender begrepet «reasonable proportionality» i dommen vist til ovenfor. Dersom nasjonalstaten eksempelvis foretar et ekspropriasjonsinngrep, må naturligvis ikke byrden fordeles likt på samfunnet i sin helhet. Det er den som taper sin rett som uansett rammes hardest. Begrepet «reasonable proportionality» medfører at staten bør gjøre det den kan for å minske styrken av inngrepet, eksempelvis gjennom erstatning til den som rammes, eller øvrige rettssikkerhetsgarantier som svekker byrden individet må bære.¹⁸² På denne bakgrunn tolker jeg uttalelsen dithen at inngrepet ikke må være absolutt proporsjonalt, herunder at byrden må være fordelt likt på staten og individet, men at denne byrden må fordeles fornuftig og rettferdig for å motvirke at inngrepet rammer den enkelte urimelig tyngende.

Slik jeg leser EMDs uttalelse, består proporsjonalitetstesten særlig av to vurderingstema som kan sammenfattes til inngrepets balanse, og inngrepets virkning jf. uttalelsene om «fair balance» og «disproportionate and excessive burden». Denne forståelsen av proporsjonalitetstesten er også støttet opp i forarbeidene til den nye tomtfesteloven.¹⁸³ At det er disse momentene som er avgjørende gjenfinnes også i EMDs konkrete vurdering av saken. EMD fant at staten ikke hadde balansert de motstridende hensyn tilstrekkelig når klageren måtte bære hele byrden av statens ønske om å kontrollere boligmarkedet.¹⁸⁴

¹⁷⁹ Sak 35014/97 *Hutten Czapska v. Poland*.

¹⁸⁰ *Hutten Czapska v. Poland* avsnitt 167.

¹⁸¹ *Hutten Czapska v. Poland* avsnitt 167. Uttalelsene er også fulgt opp i flere nye avgjørelser fra EMD, se særlig sak. 50705/11 *Todorov and Others v. Bulgaria* avsnitt 187.

¹⁸² *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 73.

¹⁸³ Se NOU 2013:11 på side 29.

¹⁸⁴ *Hutten Czapska v. Poland* avsnitt 225.

EMD tillegger stor vekt om individet er rammet hardt, herunder om individet må bære en «disproportionate and excessive burden». En slik vurdering knytter seg til virkningssiden av inngrepet.¹⁸⁵ EMD uttaler at rettsanvenderen «must ascertain» om individet må bære en slik byrde, hvilket taler i retning av at vurderingen av inngrepets virkning er sentral i en vurdering av inngrepets proporsjonalitet. Videre har EMD uttalt at et inngrep ikke vil være proporsjonalt om individet rammes på en slik måte.¹⁸⁶ Dette taler for at vurderingen av inngrepets virkning er et svært tungtveiende moment i proporsjonalitetsvurderingen.

Et spørsmål som kan stilles er om EMD har forlatt vurderingen av om at inngrepet ikke må være «disproportionate and excessive» eller «individuell og urimelig» som brukes i norsk rett.¹⁸⁷ I EMDs avgjørelse i *Todorov and Others v. Bulgaria*, som er avsagt i Juli 2021, uttalte EMD at for at inngrepet skal inneha en «fair balance» må inngrepet ikke innebære en «excessive burden» for klageren.¹⁸⁸ Om dette har noen konkret realitetsforskjell er vanskelig å se. EMD synes iallfall å legge til grunn et vurderingstema som kun knytter seg til at inngrepet ikke må ramme urimelig tyngende. EMD vurderer tilsynelatende ikke hvorvidt individet må bære byrden av inngrepet alene. Imidlertid kan disse to aspektene av vurderingen av inngrepets virkning sies å henge nært sammen. Et inngrep medfører at individet må bære en stor byrde alene må sies å ramme urimelig tyngende dersom ikke staten har prøvd å fordele byrden på resten av samfunnet, herunder iverksatt rettssikkerhetsgarantier for individet. Ettersom vurderingstemaet «individuell og urimelig» er lagt til grunn i en lang rekke avgjørelser fra EMD, forarbeider, og juridisk teori, kan jeg ikke se bort fra dette vurderingstemaet på bakgrunn av en enkeltstående avgjørelse fra EMD. Det gjenstår imidlertid å se i fremtiden om EMD vil følge opp vurderingstemaet i *Todorov*.

Jeg forstår derimot ikke proporsjonalitetstesten som en adskilt, todelt vurdering av inngrepets balanse og virkning, men hvor inngrepets virkning inngår som et tungtveiende moment som må vurderes i en totalbedømmelse av om inngrepet innehar en rimelig grad av proporsjonalitet. I *Hutten Czapska* fant EMD etter en gjennomgang av polsk lovgivning at byrden ved inngrepet var «placed on a particular social group» istedet for på «the community as a whole».¹⁸⁹ Når

¹⁸⁵ Se NOU 2013:11 side 27, hvor begrepet «individuell og urimelig byrde» anvendes.

¹⁸⁶ Se *Chinnici v. Italy* avsnitt 32.

¹⁸⁷ NOU 2013:11 s. 27.

¹⁸⁸ *Todorov and Others v. Bulgaria* avsnitt 187.

¹⁸⁹ *Hutten Czapska v. Poland* avsnitt 225.

staten lot inngrepet ramme på denne måten, hadde staten feilet i å «strike a fair balance between the general interest and the protection of the right of property».¹⁹⁰ Vurderingen i avgjørelsen støtter min forståelse av proporsjonalitetsvurderingen. Det overordnede vurderingstemaet fremstår å være hvorvidt staten har truffet en rettferdig balanse mellom de motstridende interesser. Dersom staten lar inngrepet ramme individet urimelig hardt, kan ikke inngrepet være balansert tilstrekkelig. Slik jeg ser det er derfor en vurdering av inngrepets virkning helt sentralt i proporsjonalitetstesten. Dette må derfor også vies stor plass i den senere drøftelse av typetilfellene.

Etter en gjennomgang av EMDs praksis synes det avgjørende å være om staten har truffet en fornuftig grad av balanse mellom de motstridende interesser. I denne vurderingen må rettsanvenderen tillegge stor vekt om individet har båret en urimelig byrde, herunder hvor hardt inngrepet rammer den enkelte. I det følgende vil jeg identifisere momenter som er relevante i denne vurderingen.

3.6.3.3 Betydningen av statens skjønnsmargin

Statens skjønnsmargin er fremhevet som et viktig moment ved en proporsjonalitetsvurdering, og er inntatt i EMKs fortale. Imidlertid er det i forarbeidene til tomtefesteloven, og norsk juridisk teori tatt til orde for at skjønnsmarginen har en tilbaketrukket rolle for proporsjonalitetsvurderingen.¹⁹¹

I forarbeidene til den nye tomtefesteloven er følgende lagt til grunn:

«Statene har i noen grad en skjønnsmargin også ved proporsjonalitetsvurderingen. EMDs prøvingsintensitet varierer imidlertid nokså mye. Skjønnsmarginen er videre med hensyn til statens vurdering av formål og valg av virkemiddel. Virkningen av inngrepet prøves mer inngående».¹⁹²

Norske forarbeider og norsk juridisk teori har liten vekt i lys av EMDs metode, se vurderingen i punkt 1.4.2. Jeg vil derfor foreta en kort analyse av noen avgjørelser fra EMD for å teste hypotesen som er lagt til grunn i forarbeidene til tomtefesteloven og juridisk teori. Formålet

¹⁹⁰ Hutten Czapska v. Poland avsnitt 225.

¹⁹¹ Se NOU 2013:11 på side 27. Likeledes Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* s. 82-83.

¹⁹² NOU 2013:11 s. 27.

med analysen er å undersøke hvorvidt skjønnsmarginen er mindre når EMD tar stilling til inngrepets konkrete virkning i ledd av en proporsjonalitetsvurdering.

EMD har eksplisitt uttalt i en rekke avgjørelser at statene må anerkjennes en vid skjønnsmargin også for proporsjonalitetsvurderingen. I *Scollo v. Italy* uttalte EMD følgende:

«The legislature must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures».¹⁹³

I *Zvolsky and Zvolska v. The Czech Republic* fulgte EMD opp uttalelsen ovenfor, men la til:

«Nevertheless, the Court cannot fail to exercise its power of review which requires it to determine whether the requisite balance was maintained in a manner consonant with the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions, within the meaning of the first sentence of Article 1 of Protocol No. 1».¹⁹⁴

EMD presenterer to sider av skjønnsmarginen i uttalelsene ovenfor. For det første anerkjenner EMD at statene må anerkjennes en vid skjønnsmargin ved valg av virkemidler for å nå formålene bak de nasjonale regler jf. uttalelsen om at «the state enjoys a wide margin of appreciation». For det andre presiserer imidlertid EMD at skjønnsmarginen ikke kan strekkes for langt slik at EMD ikke kan «exercise its power of review». Uttalelsen om statenes vide skjønnsmargin blir sterkt moderert av at skjønnsmarginen også må begrenses slik at EMD kan foreta en tilstrekkelig prøving av om inngrepet er i overenstemmelse med EMK P1-1. Jeg antar at denne begrensningen må ha sin begrunnelse i EMDs fortale som nevnt i punkt 3.2. EMD skal være det øverste kontrollorganet som skal kontrollere lovligheten av inngrep i konvensjonen. Dersom statene nøt en svært vid skjønnsmargin under samtlige vilkår for inngrep i konvensjonen, ville EMDs rolle blitt vesentlig svekket.

Selv om EMD anerkjenner statene en vid skjønnsmargin, foretar de ikke sjeldent en svært vid overprøving av inngrepets proporsjonalitet. Slik jeg ser det er proporsjonalitetsvurderingen, i

¹⁹³ Sak 19133/91 *Scollo v. Italy* avsnitt 28.

¹⁹⁴ Sak 46129/99 *Zvolsky and Zvolska v. The Czech Republic* avsnitt 69.

de aller fleste tilfeller årsaken til at EMD konkluderer med at EMK P1-1 er krenket.¹⁹⁵ Årsaken til dette er ikke mulig å fastlegge helt konkret, men har sin sannsynlige sammenheng i at EMD har anerkjent en svært vid skjønnsmargin for vurderingen av inngrepsvilkåret legitimt formål.¹⁹⁶ Den vide skjønnsmarginen innebærer at det skal mye til for at EMD griper inn i statenes vurdering av hvilke formål som er legitime.

En naturlig årsak til at EMD ikke gir statene like vid skjønnsmargin for proporsjonalitetsvurderingen, kan være fordi proporsjonalitetsvurderingen i stor grad knytter seg til hvor inngripende inngrepet virker overfor den enkelte.¹⁹⁷ EMD er egnet til å foreta en konkret vurdering av hvor hardt et inngrep rammer. En vurdering av et inngreps konkrete virkning synes, til forskjell fra en vurdering fra hvilke inngrep som er formålstjenlig, ikke som en utelukkende nasjonal vurdering.

På denne bakgrunn stemmer uttalelsen i norske forarbeider og juridisk teori med EMDs praksis. Jeg legger til grunn at det må gjelde en viss grad av skjønnsmargin, eller slik det står i forarbeidene til tomtefesteloven, «noen grad av skjønnsmargin».¹⁹⁸ Skjønnsmarginen for proporsjonalitetsvurderingen er imidlertid mindre, og prøvingsintensiteten er høyere ved proporsjonalitetsvurderingen enn vurderingen av hvilke formål som er legitime.

3.6.3.4 Betydningen av manglende økonomisk kompensasjon ved inngrep i EMK P1-1

Et annet subjektivt moment i den konkrete proporsjonalitetsvurderingen som er fremhevet i teorien, og som er vektlagt i EMDs praksis, er hvorvidt den som taper sin eiendomsrett gis en rimelig kompensasjon i form av erstatning.¹⁹⁹ I norsk rett er dette løst ved ekspropriasjonstilfellene ved at det stilles et krav om «full erstatning» etter Grunnloven § 105. For ekstinksjon finnes det imidlertid ikke en slik erstatningsregel.

¹⁹⁵ Til illustrasjon vises det til *Immobiliare Saffi v. Italy*, *Scollo v. Italy*, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, *Pye (kammer) og Pye (storkammer, mindretall) Lindheim and Others v. Norway*, sak. 12027/10 *Statileo v. Croatia*, *Lysak v. Poland*.

¹⁹⁶ Se punkt 3.6.2.

¹⁹⁷ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, s. 83.

¹⁹⁸ NOU 2013:11 s. 27

¹⁹⁹ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, s. 103 og NOU 2013:11 s. 27. For EMDs praksis se *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 73.

EMD har i tidligere praksis lagt betydelig vekt, også for inngrep som ikke er ekspropriasjon, at det ikke ble gitt noen kompensasjon. EMD uttalte i *Sporrong* at klageren måtte bære en urimelig og individuell byrde når klageren ikke ble gitt noe kompensasjon også for inngrep som falt under prinsippregelen. Det ble lagt betydelig vekt på at byrden lett kunne blitt justert ved å tilby kompensasjon.²⁰⁰ Selv om EMD la til grunn at manglende kompensasjon utgjorde et betydelig moment i den konkrete vurderingen av inngrepets proporsjonalitet, kan jeg ikke forstå EMD slik at det forelå et absolutt krav om kompensasjon. Jeg forstår EMD dithen at dersom kompensasjon lett kunne utjevne den byrde som forelå, vil manglende kompensasjon få stor vekt i en totalvurdering av inngrepets proporsjonalitet.

EMD la seg imidlertid på en annen løsning i *Pye* saken, som skal behandles nærmere under punkt 5.1. Jeg vil i dette punkt knytte noen kommentarer til EMDs anvendelse av kompensasjonsmomentet. Flertallet uttalte følgende om kompensasjon:

«The Chamber and the applicant companies emphasised the absence of compensation for what they both perceived as a deprivation of the applicant companies' possessions. The Court has found that the interference with the applicant companies' possessions was a control of use, rather than a deprivation of possessions, such that the case-law on compensation for deprivations is not directly applicable».²⁰¹

EMDs storkammer tiller kompensasjon liten vekt, og uttalte at kompensasjonsmomentet ikke er like relevant for kontrollinngrep som avståelsesinngrep. Dette har gode grunner for seg. Et avståelsesinngrep innebærer – i de fleste tilfelle – at staten eksproprierer eiendommen til et individ til fordel for eksempelvis samfunnsinteresser. Det ville vært sterkt urimelig, og gitt eiendomsvernet liten betydning om staten kunne foreta slike inngrep uten noen kompensasjon til individet. Flertallet avviste ikke kompensasjon som moment på generelt nivå, men uttalte at rettspraksis som gjelder kompensasjon for fratakelsesinngrep ikke er «directly applicable» for kontrollinngrep. EMD var lite tilbøyelig i å tillegge eldre rettspraksis vekt som gjaldt avståelsesinngrep vekt for den konkrete saken når det var tale om kontrollinngrep i *Pye*. Videre fremhever EMD at det aldri er sagt i EMDs praksis at det foreligger en rett til kompensasjon, så vel saker om kontroll som avståelse.²⁰² Uten nærmere begrunnelse eller vurdering forlot EMD

²⁰⁰ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 73.

²⁰¹ *Pye*(storkammer) avsnitt 79.

²⁰² *Pye*(storkammer) avsnitt 79.

vurderingen av kompensasjon etter dette. For å knytte dette opp mot kreditorekstinksjon, må det bemerkes at kreditorekstinksjon omfatter forholdet mellom debitor, kjøper og kreditor. Hvem som eventuelt skulle betalt kompensasjon til kjøper i de tilfellene han taper sin eiendomsrett til kreditor er ikke selvforklarende. Kjøper avstår ikke sin eiendom til staten, noe som tilsier at kompensasjon ikke bør få særlig vekt.

Jeg kan imidlertid ikke se at EMD avskjærer kompensasjon helt som et moment i en helhetsvurdering også for kontrollinngrep. Riktignok uttaler EMD at kompensasjon ikke er et absolutt krav, og at manglende kompensasjon ikke får langt nær samme vekt for kontrollinngrep som ved avståelsesinngrep. Dette har selvfølgelig gode grunner for seg. For kontrollinngrep foretar staten en slags kontroll av eiendomsbruken. I utgangspunktet er det ikke tale om direkte tap av eiendomsrett i kontrolltilfellene som utløser noen berettiget grunn til kompensasjon fra staten. Imidlertid, og som mindretallet på fem dommere la til grunn, er rettsvirkningen mellom de regelsett som Pye-saken gjaldt, og eiendomsavståelse, minimal. Det er i begge tilfelle *de facto* tale om tap av eiendomsrett. På denne bakgrunn uttalte mindretallet på fem dommere:

«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».²⁰³

Begrunnelsen fremstår fornuftig når inngrepet i saken innebærer en rettsvirkning som medfører tap av eiendomsrett. Den reelle forskjellen på rettsfølgen av kreditorekstinksjon, rettsfølgen i Pye-saken og ekspropriasjon, er liten. Jeg forstår mindretallet, lest i lys av *Sporrong* avsnitt 73, dithen at manglende kompensasjon bør spille en rolle i de tilfellene hvor kompensasjonen enkelt kan justere den byrden som individet må bære. Selv om uttalelsen er avsagt i mindretall, så er begrunnelsen helt i tråd med den vurdering en rettsanvender må foreta etter EMK P1-1. Mindretallet tiller ikke kompensasjon avgjørende vekt, men anvendte momentet i en totalvurdering av inngrepets virkning.²⁰⁴ Det avgjørende i totalvurderingen er hvor hardt individet blir rammet etter en bred helhetsvurdering jf. drøftelsen ovenfor. Selv om kompensasjon ikke er direkte anvendelig etter flertallets uttalelser, sperrer neppe flertallsvotumet for at manglende

²⁰³ Pye (dissens) avsnitt 16.

²⁰⁴ Pye (storkammer, mindretall) avsnitt 16.

kompensasjon blir vektlagt som et moment i en bred helhetsvurdering også for kontrollinngrep.²⁰⁵

²⁰⁵ Til støtte for denne konklusjonen, se NOU 2013:11 s. 29, Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 112-113.

4 Typetilfellene

4.1 Tilfellene hvor kreditorene ekstingverer selv om de er kjent med de reelle eierforholdene i fast eiendom, og suksessor ikke kan klandres for manglende tinglysing.

I dette punktet vil jeg presentere typetilfellene som skal drøftes i avhandlingen. Hensikten med punktet er å belyse hvorfor typetilfellene er interessante i lys av EMK P1-1. Etter dette vil jeg konkret drøfte de aktuelle typetilfellene hver for seg for å besvare avhandlingens overordnede problemstilling.

Som vist til i punkt 2.1.1, vil kreditorene ekstingvere i ethvert tilfelle hvor suksessor ikke har oppnådd rettsvern for den disposisjonen som er foretatt. Det er likegyldig om det ikke foreligger noen fare for kreditorsvik, eller hvor suksessor ikke er å klandre for manglende tinglysing. Som illustrasjon på et slikt tilfelle, vil jeg vise til en dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 2002 s. 1484

Saken gjaldt utlegg i fast eiendom. Kemneren hadde begjært utlegg de omtvistede eiendommene. Debitor var under konkursbehandling, og under bobehandlingen ble det besluttet at eiendommene skulle bli solgt til suksessor, noe som medførte at bobehandlingen ble endelig avsluttet. Før kjøper rakk å tinglyse sitt erverv, tinglyste kemneren utlegg i eiendommene. Kjøper måtte avvente en konsesjon før han kunne tinglyse sitt erverv, og det var i denne perioden at kemneren var først med å tinglyse utleggspant. Kjøper kunne på denne bakgrunn ikke klandres for den manglende tinglysingen.

Høyesterett viste til at kreditors adgang til å begjære utlegg stanser ved konkursåpning, men det blir igjen adgang til å begjære utlegg når bobehandlingen er avsluttet. Sistnevnte var tilfellet i denne saken. Det ble lagt avgjørende vekt på at selv om kreditor var fult ut klar over at overdragelsen var reell, må rettsvernsreglene gjelde absolutt, slik at ingen andre omstendigheter kunne få vekt. I saken var det sentralt at kreditor var representert ved kreditorutvalget, og var direkte involvert i prosessen. Kreditorene var således klar over at konkursbehandlingen skulle avsluttes for at kjøper av eiendommene kunne bidra til å hjelpe selger ut av konkursen. Kemneren vant rett på bakgrunn av at han var først ute i å tinglyse – selv om de var klar at overdragelsen var fult ut reel, og at kjøper måtte avvente konsesjon før tinglysingen kunne gjennomføres.

Høyesterett praktiserer rettsvernsreglene svært strengt, og fortrolig til den gjeldende praksis om at reglene er preseptoriske. Marthinussen har tatt til orde for at resultatet er så sterkt inngripende at dommen neppe ville tålt behandling i EMD.²⁰⁶ Jeg vil på denne bakgrunn analysere denne hypotesen, nemlig om et slikt typetilfelle ville stått seg etter behandling i EMD. Et slikt type-tilfelle er praktisk. Det er ikke sjeldent at individer kjøper eiendommer på konkurssalg. Kreditorne kan da ha en berettiget interesse i å ta beslag i boligen for å dekke sin gjeld dersom kjøper ikke har vært tidsnok med tinglysingen.

På bakgrunn av dommen, vil jeg i punkt 5.2 vurdere hvorvidt EMK P1-1 setter begrensninger for tilfellene hvor kreditorene er fullt klar over de reelle eierforholdene, og er klar over at eien-
domsovergangen er reell, og likevel ekstingverer. Sentralt for dette typetilfellet er videre at suksessor ikke er å klandre for den manglende tinglysingen. Dommen vil imidlertid ikke aktivt brukes i drøftelsen. Dommen illustrerer kun det faktum at det er tale om et reelt, praktisk type-tilfelle som har oppstått, og kan oppstå igjen i norske domstoler.

4.2 Tilfellene hvor norsk rett oppstiller en ulovfestet rettsvernsregel

Rettsvernsreglene er for de fleste tilfellene lovfestet. Imidlertid er formueretten et rettsområde som ikke er underlagt et strengt legalitetsprinsipp, hvilket åpner muligheten for Høyesterett til å etablere ulovfestede rettsvernsregler.²⁰⁷ Fremgangsmåten i dette typetilfellet blir annerledes enn typetilfelle 1. Forskjellen ligger i at typetilfelle 1 er en konkret drøftelse av et reelt faktum som har blitt, og kan bli behandlet i norske domstoler helt konkret. I dette typetilfellet vil jeg imidlertid analysere EMDs praksis for å finne frem til sentrale momenter som norske domstoler må ta stilling til ved etableringen av ulovfestede rettsvernsregler. I lys av avhandlingens problemstilling, blir derfor særlig spørsmålet i dette punktet hvorvidt, og eventuelt hvordan EMK P1-1 begrenser etableringen av ulovfestede rettsvernsregler.

Samfunnet er stadig i endring, og «nye» formuesgoder blir introdusert for samfunnet. Dette medfører at retten, som er bundet av tvisteloven § 1-3 til å ta stilling til de rettskrav som oppfyller vilkårene for at saken skal behandles av norske domstoler, kan risikere å måtte ta stilling til en tvist som ikke er løst av lovgiver.²⁰⁸ Et eksempel på et formuesgode som ikke er

²⁰⁶ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 174.

²⁰⁷ Salvesen, *Kreditorvern*, s. 164 jf. avhandlingens punkt 3.6.1.

²⁰⁸ Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, s. 42.

lovregulert er rettigheter i design og varemerker. Skoghøy har anført at slike rettigheter må registreres etter analogislutninger fra skrevne rettsvernsregler, mens Salvesen har tatt til orde for at norske domstoler må være mer tilbakeholdne, og at en slik endring må være en lovgiveroppgave.²⁰⁹

Et annet formuesgode som er nytt i samfunnet er kryptovaluta. Kryptovaluta er ansett som et skattepliktig formuesgode av skatteetaten, og tilsynelatende likestilt med verdipapir og aksjer av skatteetaten. På den andre siden synes ikke kryptovaluta å falle innunder en av lovens rettsvernsregler, slik at det foreligger ikke en lovfestet rettsvernsregel for kryptovaluta. Dersom spørsmålet om kreditorbeslag i slik valuta blir tvist i norske domstoler, er spørsmålet om norske domstoler kan og bør opprette en ulovfestet rettsvernsregel. Jeg vil ikke begi meg ut på en lengere drøftelse av formuesgodene ovenfor. Disse brukes kun i den hensikt å illustrere at samfunnet endrer seg i større grad enn hva lovgiver til enhver tid kan ta hensyn til.

Jeg vil ikke foreta en videre drøftelse av hvorvidt norske domstoler må være tilbakeholdne eller ikke med å oppstille ulovfestede rettsvernsregler. Min drøftelse vil utelukkende knytte seg til hvilke krav EMK P1-1 stiller til etableringen av ulovfestede rettsvernsregler. På denne bakgrunn vil jeg derfor i punkt 5.3 analysere og redegjøre for hvilke krav EMK P1-1 stiller til etableringen av ulovfestede rettsvernsregler.

4.3 Tilfellene hvor lovfestede rettsvernsregler blir fortolket analogisk eller utvidende

Det tredje og siste typetilfellet jeg vil drøfte i lys av EMK P1-1, er de tilfellene hvor norsk rett oppstiller en rettsvernsregel på bakgrunn av analogislutninger fra, eller en utvidende tolking av en allerede eksisterende rettsvernsregel. En analogislutning innebærer at en regel blir anvendt tilsvarende på et saksforhold som ikke omfattes av regelen.²¹⁰ Et illustrerende eksempel vil være at ekteskapslovens regler anvendes på samboerforhold, eller at gjeldsbrevlovens regler anvendes på andre pengekrav som ikke er gjeldsbrev.²¹¹ En utvidende tolkning av en lovtekst innebærer at ordlyden gis en videre betydning enn hva som følger av en naturlig språklig

²⁰⁹ Se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 249 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utg. Oslo 2018 s. 78 (petit)

²¹⁰ Se Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 23 med videre henvisning til Rt 1957 s. 778 (Sirkustelt)

²¹¹ Sistnevnte var saksforholdet i Rt 1957 s. 778 (Sirkustelt)

forståelse.²¹² Spørsmålet i dette punkt er hvorvidt EMK P1-1 begrenser slike tolkningsresultat av rettsvernsregler.

Et illustrerende tilfelle som har oppstått i rettspraksis er HR-2017-33-A (Forusstranda) Saken gjaldt særlig spørsmål om det forelå noen rettsvernsakt ved selskapsrettslig fisjon. Dersom det forelå et krav om rettsvern, var spørsmålet om norsk rett tillot en regel om hevd av rettsvern utelukkende basert på bruk av eiendommen, såkalt selvstendig rettsvernshevd. Jeg vil imidlertid, for dette punkt, fokusere redegjørelsen av typetilfellet til Høyesteretts vurdering av rettsvernsakten for selskapsrettslig fisjon.

Spørsmålet for Høyesterett var særlig hvorvidt en selskapsrettslig fisjon var å anse som en «rett stiftet ved avtale» etter tinglysningsloven § 23.²¹³ Høyesterett kom til at en selskapsrettslig fisjon var omfattet av ordlyden i tinglysningsloven § 23. Fortolkningen ble begrunnet med analogislutninger fra sjøloven § 25, og luftfartsloven § 3-31 og borettslagsloven § 6-11 hvor bestemmelsene krever rettsvern for en «frivillig stiftet rett».²¹⁴ Høyesterett sluttet seg til ordlyden i nevnte bestemmelser, og kom til at tinglysningsloven § 23 måtte forstås slik at det kreves rettsvern for rettigheter som er stiftet frivillig.

Slik jeg ser det, foretar Høyesterett analogislutninger fra andre lovtekster, for deretter å tolke ordlyden i tinglysningsloven § 23 utvidende. Marthinussen har støttet en slik forståelse av dommen, og uttalt at ordlyden «avtale» ble tolket utvidende til å omfatte alle frivillig stiftede rettigheter.²¹⁵ Marthinussen fremmer også videre en del kritikk mot denne tolkningen.²¹⁶ Jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn på en slik kritikk. Formålet med punktet er kun å illustrere at Høyesterett har tolket rettsvernsregler utvidende i praksis.

Jeg går ikke inn i en nærmere kritikk av Høyesterett her, all den tid avhandlingens problemtilling dreier seg om hvorvidt EMK P1-1 setter begrensninger for en slik fortolkning. Det er

²¹² Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 23.

²¹³ HR-2017-33-A avsnitt 33.

²¹⁴ HR-2017-33-A avsnitt 38.

²¹⁵ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 189.

²¹⁶ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 190-192. Marthinussen er imidlertid blitt kritisert. Enkelte forfattere er ikke enige i at det ble foretatt en utvidende tolkning av tinglysningsloven § 23. Se Stig Berge og Hans Ingvald Stenholt, «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A (Forusstranda) og hans metodespørsmål», *Jussens Venner* vol. 53 utg. 2 2018 side 137-163 på side 143-144.

imidlertid i teorien tatt til orde for at det bør utvises forsiktighet med å foreta utvidende eller analogiske fortolkninger av rettsvernsregler.²¹⁷ Uttalelsen i teorien støttes dessuten opp av Høyesterett selv, som har uttalt at rettsvernsreglene er utpreget positivrettslige.²¹⁸ Når Høyesterett er svært tilbakeholden med å innfortolke unntak i rettsvernsreglene, til gunst for borgeren, bør Høyesterett også følge den samme strenge linjen ved fortolkning av rettsvernsreglene til ugunst for borgeren.

Det Høyesterett tilsynelatende gjør er å kreve en rettsvernsakt for en disposisjon som kan tenkes å ikke omfattes av ordlyden i tinglysningsloven § 23. Selskapsrettslig fisjon innebærer at det, etter en selskapsbeslutning, blir foretatt en oppdeling av et selskap.²¹⁹ En avtale kan sees på som en frivillig, gjensidig, og bindende disposisjon foretatt mellom to parter. Jeg har vanskelig for å se at en fisjon direkte omfattes av ordlyden, men heller fremstår som et utvidende tolkningsresultat basert på analogislutninger.²²⁰ ²²¹ Spørsmålet i punkt 5.4 blir derfor hvorvidt EMK P1-1 begrenser at norsk rett kan oppstille rettsvernsregler basert på en analogi eller utvidende tolkning av andre, lovfestede rettsvernsregler.

²¹⁷ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 189.

²¹⁸ HR-2021-2248-A avsnitt 49-50.

²¹⁹ <https://www.brreg.no/aksjeselskap/fusjon-og-fisjon/fisjon/>

²²⁰ Om kritikk av tolkningsresultatet i HR-2017-33-A, se Hans Fredrik Marthinussen, «Forusstranda: Kreditorvern med fisjon og fusjon rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner* vol. 52 utg. 2 2017 67-97 særlig på s. 72.

²²¹ For et annet eksempel på analogislutninger fra Høyesterett, se HR-2021-2248-A, hvor Høyesterett foretok analogier fra håndpantereregelen i panteloven § 3-2 ved vurderingen av om det kreves overlevering av ikke realregistrerbar løsøre for at overdragelsen skal ha rettsvern. For nærmere redegjørelse, se punkt 2.1.3.

5 Setter EMK P1-1 begrensninger for praktiseringen av norske kreditorekstinksjonsregler?

5.1 Inngrepsvurderingen

5.1.1 Utgjør reglene om kreditorekstinksjon et inngrep i EMK P1-1?

I det følgende vil jeg drøfte hvorvidt reglene om kreditorekstinksjon utgjør et inngrep i EMK P1-1. Deretter vil jeg drøfte hvilke av bestemmelsens tre regler det eventuelle inngrepet må plasseres innunder.²²² Jeg vil i dette punktet foreta en samlet vurdering som vil gjelde for samtlige av avhandlingens utvalgte typetilfeller. Årsaken til at jeg foretar en samlet drøftelse er at selve inngrepsvurderingen neppe skiller seg fra lovfestet eller ulovfestet ekstinksjon. Rettsvirkningen av kreditorekstinksjon er uansett den samme. Det er derfor tilstrekkelig med en samlet vurdering av om reglene om kreditorekstinksjon utgjør et inngrep i EMK P1-1. Jeg vil også foreta en samlet drøftelse av regel plasseringen som vil gjelde for samtlige typetilfeller. Drøftelsen må nødvendigvis bli inngående. Drøftelsen av henholdsvis om kreditorekstinksjon er å anse som et inngrep i konvensjonen og hvilken «regel» kreditorekstinksjon skal plasseres innunder, er av stor betydning for avhandlingens problemstilling. Bare det faktum at kreditorekstinksjon er å anse som et inngrep i konvensjonen vil utløse en rekke rettigheter for individet.

Det er på det rene at rettigheter knyttet til fast eiendom, løsøre, og rene økonomiske rettigheter nyter vern etter konvensjonen.²²³ Det avgjørende er derfor om kreditorenes adgang til å beslaglegge kjøpers formuesgoder til dekning for debitors gjeld utgjør et inngrep i konvensjonen. EMD har omtalt denne drøftelsen som en vurdering av EMK P1-1s «applicability». Problemtillingen har vært om tvisten mellom partene har medført en «interference with the applicants possessions».²²⁴ Videre er det uttalt i teorien at vurderingen av om det foreligger et inngrep må bestå i en vurdering av om klageren er negativt påvirket av det påståtte inngrepet, hvor spørsmålet særlig er om klageren er fratatt rettigheter.²²⁵ Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i EMDs storkammeravgjørelse i Pye-saken med det formål å drøfte hvorvidt reglene om kreditorekstinksjon utgjør et inngrep i EMK P1-1.

²²² Se punkt 3.4.1.

²²³ Se punkt 3.4.2.

²²⁴ Pye (storkammer) avsnitt 58 flg. Fra nyere praksis, se sak. 41299/09 Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD v. Bulgaria avsnitt 40.

²²⁵ Jorem, «Eiendomsvernet i EMK», s. 87.

Saken gjaldt overprøving av det nå opphevede engelske regelsettet om «adverse possession» som kort oppsummert er regler som kan minne om norske hevdsregler, men uten et krav om god tro fra «hevderen» med en hevdstid på 12 år.

Ekteparet Graham hadde leid eiendom hos selskapet J.A. Pye (Oxford) Ltd, som var registrert som eier av eiendommen i det engelske eiendomsregisteret. Leieavtalen mellom partene utløp den 31.12.1983, hvorpå ekteparet forsøkte å forlenge leieavtalen, uten at Pye gikk med på dette. Imidlertid fortsatte ekteparet å benytte seg av eiendommen fra 1984 og frem til 1999. De var fullt klar over at de ikke var berettiget til dette, men Pye protesterte heller ikke på den fortsatte rettstridige bruken.

I 1997 la ekteparet an søksmål for domstolene med krav om at de hadde ervervet eiendomsrett til eiendommen. Ekteparet fikk medhold i Englands øverste domstol, og saken ble derfor brakt inn for EMD av selskapet J.A Pye.

Det første EMD måtte ta stilling til var om EMK P1-1 var «applicable» herunder om det forelå et inngrep i konvensjonen. EMD reiser tilsynelatende problemstillingen om «adverse possession» medførte at individet ikke kunne nyte sin eiendom i fred. EMD uttaler:

«Article 1 of Protocol No. 1 protects “possessions”, (...) Where there is a dispute as to whether an applicant has a property interest which is eligible for protection under Article 1 of Protocol No. 1, the Court is required to determine the legal position of the applicant(...)».²²⁶

Med den begrunnelse at reglene om «adverse possession» medførte at klageren tapte eiendomsrett til en betydelig del av sin eiendom, fant EMD at det var «inescapable» at «adverse possession» utgjorde et inngrep i EMK P1-1.²²⁷ Jeg forstår EMD dit at det ikke var tvilsomt at EMK P1-1 kom til anvendelse, herunder at det forelå et inngrep i konvensjonen jf. uttalelsen «inescapable». EMD tiller betydelig vekt at klagerens eiendom ble «limited» herunder begrenset av de aktuelle reglene i England. Når det foreligger et regelsett som gjør innsnevring eller begrensninger i rette til å bruke eiendommen, synes EMD å finne det utvilsomt at det foreligger et inngrep.²²⁸ I det følgende vil jeg se på likheter mellom kreditorekstinksjonsreglene og det

²²⁶ Pye (storkammer) avsnitt 61.

²²⁷ Pye (storkammer) avsnitt 63.

²²⁸ Pye (storkammer) avsnitt 62.

regelsett som *Pye* gjaldt i den hensikt å vurdere hvilken rettskildemessig vekt *Pye* må få for reglene om kreditorekstinksjon.

Den første likheten mellom «adverse possession» og kreditorekstinksjon, er at begge regelsett kan medføre tap av eiendomsrett. «Adverse possession» minner om hevd, og minner således om et ekstinktivt ervervsgrunnlag av eiendomsrett.²²⁹ På lik linje med kreditorekstinksjon blir rette eier fratatt sin eiendom. «Adverse possession» medfører at erververen overtar eiendomsrett til hele eller deler av eiendommen, mens kreditorekstinksjon innebærer at rette eier taper eiendomsrett til fordel for en kreditor som ønsker å selge eiendommen med tvang. Det er ingen tvil om at både «adverse possession» og kreditorekstinksjon påvirker rette eier i negativ retning, og at han blir fratatt rettigheter for begge regelsettene. I begge tilfellene mister rette eier en ubestridt eiendomsrett. Det kan ikke være tvilsomt at det å tape eiendomsrett vil påvirke suksessor i en ekstinksjonskonflikt i negativ retning.

Den andre likheten mellom regelsettene er at det er tale om privatrettslige regler mellom privatpersoner. Som gjennomgått i punkt 3.3 har EMD utviklet EMK P1-1 dithen at også regler som gjelder rettsforholdet mellom privatpersoner, omfattes av konvensjonen.

For det tredje, om enn ikke så fremtredende, så er vilkårene for erverv på bakgrunn av ekstinksjon og «adverse possession» basert på at rette eier ikke har foretatt nødvendige handlinger for å hindre rettsfølgen tap av eiendomsrett. Ved kreditorekstinksjon så har typisk ikke kjøper tinglyst sitt erverv, mens ved «adverse possession» så har ikke rette eier markert utad at erververen ikke kan benytte eiendommen.

Når det foreligger så betydelige likheter mellom «adverse possession» og kreditorekstinksjon, synes det slik at dommen må tillegges betydelig vekt. EMD er som nevnt i punkt 1.4.2 det øverste dømmende organet ved anvendelsen av konvensjonen, og dens avgjørelser må tillegges stor vekt. Denne metodiske tilnærmingen er også fulgt opp nasjonalt i Høyesterett.²³⁰ Dommen er i tillegg avsagt i storkammer, og ansett som en «key case» av EMD. Dette må tillegges stor vekt. Ovenfor nevnte taler i retning av at kreditorekstinksjon utgjør et inngrep i EMK P1-1.

²²⁹ Med ekstintive erverv sikter jeg til erverv av eiendomsrett som innebærer at en person erverver eiendomsrett og samtidig utsletter en annens rett til samme formuesgode, se Falkanger/Falkanger, *Tingsrett* s. 60.

²³⁰ Rt 2005 s. 833 avsnitt 45.

Et motargument mot at kreditorekstinksjon er å anse som et inngrep i EMK P1-1 følger av EMDs videre uttalelser i *Pye*-saken som jeg vil komme tilbake til under drøftelsen av typetilfelle 1. EMD uttalte at domstolen ikke er «required to settle disputes of a private nature» hvilket isolert taler for at privatrettslige regler faller utenfor hva EMD skal ta stilling til.²³¹ Reglene om kreditorekstinksjon er lik i karakter som reglene om «adverse possession» ved at begge er utpregede privatrettslige regler som regulerer rettsforholdet *inter partes* mellom kreditor og kjøper. I forlengelsen av dette kan det argumenteres for at reglene om kreditorekstinksjon ikke utgjør et direkte statlig inngrep. Som redegjort for i punkt 3.3 var EMK P1-1 ment å verne mot vilkårlige statlige inngrep.

Jeg kan derimot ikke se at motargumentene er særlig tungtveiende argumenter som taler mot at kreditorekstinksjon er å anse som inngrep i EMK P1-1. Rettsvirkningen av regelsettet er utvilsomt tap av eiendomsrett som er i kjernen av hva EMK P1-1 verner om. Selv om reglene regulerer forholdet mellom privatpersoner, er det likevel slik at det er staten som har laget regelsettene, og som ville vært motpart i en eventuell sak for EMD. EMDs uttalelse om at domstolen ikke er tvungen til å løse privatrettslige tvister forstås ikke som en uttalelse som er ment å hindre at privatrettslige regler er å anse som et inngrep i EMK P1-1, men som gjelder EMDs prøvingsintensitet av proporsjonalitetsvurderingen.²³² Domstolen har over en 30 års periode overprøvd nasjonale privatrettslige regler.²³³ Videre har domstolen i *Pye* også anerkjent at EMK P1-1 omfatter privatrettslige regler som innebærer at en rettighet blir utslettet til fordel for en annen som hevder å ha rett i formuesgodet. Både et flertall, og et mindretall i EMDs storkammer var enige om denne konklusjonen. Det er også i ny rettspraksis fra EMD bred enighet mellom partene i saken at regler som gir et konkursbo adgang til å beslaglegge formuesgoder utgjør et inngrep i EMK P1-1.²³⁴

At norske ekstinksjonsregler kan være et inngrep i konvensjonen er dessuten fulgt opp i juridisk teori. Det er i teorien uttalt at det neppe kan være særlig tvilsomt at EMD kan prøve hvorvidt

²³¹ *Pye* (storkammer) avsnitt 75.

²³² Uttalelsen fremgår av EMDs drøftelse av proporsjonalitetskravet i *Pye*, se dommens avsnitt 82.

²³³ Se eksempelvis *Scollo v. Italy* og *Immobiliare Saffi v. Italy* fra tidlig 90-tallet.

²³⁴ Sak. 41299/09 *Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD v. Bulgaria* avsnitt 40. Bakgrunnen for at jeg ikke analyserte denne saken i dette punkt er fordi det var enighet mellom partene at det aktuelle regelsettet utgjorde et inngrep.

norske kreditorekstinksjonsregler er i samsvar med konvensjonen.²³⁵ Jeg tolker teorien dithen at når det ikke kan være tvilsomt at EMD kan «prøve» kreditorekstinksjonsreglene, så gjelder uttalelsen inngrepsvurderingen. At det foreligger et inngrep i konvensjonen er jo nettopp en forutsetning for at EMD kan foreta en full prøvelse av saken. Det er videre på det rene at individet blir negativt påvirket gjennom reglene om kreditorekstinksjon som lagt til grunn i juridisk teori nevnt ovenfor. Juridisk teori er ingen normerende rettskilde i seg selv, men i dette tilfellet samsvarer teorien med både mindretallet og flertallets konklusjoner i Pye-saken som er avsagt i EMDs storkammer, slik at teorien bør få vekt.

Reglene om kreditorekstinksjon utgjør etter dette et inngrep i EMK P1-1.

5.1.2 Regelklassifiseringen – hvilken «regel» i EMK P1-1 må reglene om kreditorekstinksjon plasseres innunder?

EMK P1-1 består som nevnt i punkt 3.4.1 av tre regler. Prinsippregelen, avståelsesregelen, og kontrollregelen kan gjenfinnes i bestemmelsens ordlyd, men ordlyden gir ingen veiledning om at bestemmelsen består av «three distinct rules» som gjerne er begrepet som brukes i EMD.²³⁶ Bestemmelsen gir heller ingen veiledning på hvorfor det skilles mellom de ulike reglene. Det foreligger derfor ingen klar grense mellom reglene. Det er i teorien også problematisert hvilken konkret rettslig betydning det har å plassere et inngrep under en av disse reglene.²³⁷ Jeg har gjennomgått innholdet i reglene ovenfor i punkt 3.4.1. Av hensyn til fremstillingen vil jeg ikke gjennomgå disse på nytt. Jeg vil først drøfte hvilken konkret rettslig betydning det har å plassere reglene innunder en av bestemmelsens tre regler. Deretter vil jeg drøfte hvilken regel som er mest passende for kreditorekstinksjonsreglene.

På den ene siden må inngrepet, uavhengig av regelklassifiseringen, bestå de alminnelige inngrepsvilkårene som redegjort for i punkt 3.6. EMD har uttrykkelig uttalt at uavhengig av hvilken regel et inngrep blir plassert under, må dette vurderes i lys av de øvrige reglene i bestemmelsen, og likevel bestå inngrepsvilkårene.²³⁸ EMD har uttalt seg om grensedragningen i *S.A Dangeville v. France*, hvor EMD uttalte:

²³⁵ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 133 og Salvesen, *Kreditorvern*, s. 153.

²³⁶ Fra ny rettspraksis fra EMD, se sak. 28470/12 NIT S.R.L v. The republic of Moldova avsnitt 245.

²³⁷ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, punkt 3.3.3.

²³⁸ *Scollo v. Italia* avsnitt 26.

«The Court considers it unnecessary to decide this issue, since the two rules are not “distinct” in the sense of being unconnected, are only concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and must, accordingly, be construed in the light of the principle enunciated in the first sentence of the first paragraph. The Court will therefore examine the interference in the light of the first sentence of the first paragraph of Article 1». ²³⁹

EMD tillegger her valget av regelen liten vekt. EMD uttaler at reglene er «unconnected» hvilket taler mot at regelklassifiseringen har noen konkret betydning. Når EMD er i tvil om hvorvidt et inngrep er et kontrollinngrep eller et avståelsesinngrep, synes EMD å falle tilbake på prinsippregelen, som er vidt formulert og omfatter en rekke inngrep i konvensjonen. ²⁴⁰ At EMD uttaler at reglene henger nært sammen, og at domstolen likevel har uttalt at de alminnelige inngrepvilkårene uavhengig av regel plasseringen, taler mot at regel plasseringen har noen særlig rettslig betydning.

På den andre siden har EMD fortsatt i nyere rettspraksis å drøfte nettopp regel plasseringen. I en av EMDs nyeste avgjørelser om EMK P1-1 har EMD uttalt at: «(...) Such interference constitutes a measure of control of the use of property which falls to be examined under the second paragraph of that Article». ²⁴¹ EMD drøfter, eller tar stilling til regel plasseringen i tilnærmet alle avgjørelser som blir avsagt, hvilket taler for at plasseringen må ha en viss rettslig betydning.

EMD har tillagt regel plasseringen vekt for hvilke momenter som er relevante i en konkret proporsjonalitetsvurdering. Som redegjort for ovenfor i punkt 3.6.3.3 har EMD i *Pye* vektlagt at kompensasjon vil være av stor betydning for avståelsesinngrep. Manglende kompensasjon vil imidlertid ha en noe tilbaketrukket rolle for kontrollinngrep. For avståelsesinngrep kan manglende kompensasjon i seg selv medføre at inngrepet ikke er proporsjonalt. ²⁴² EMD uttaler selv at fratakelse av eiendomsrett uten kompensasjon «normally will constitute a disproportionate interference». ²⁴³ Fratakelse av eiendom kan normalt ikke godtas uten kompensasjon til den som

²³⁹ Sak. 36677/97 *S.A Dangeville v. France* avsnitt 51, likeledes se *NIT S.R.L v. The republic of Moldova* avsnitt 245.

²⁴⁰ Se *Bäck v. Finland* avsnitt 58 og *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 60.

²⁴¹ Sak 48145/10, 8387/25 *Cilei and Rosip v. The republic of Moldova and Russia* avsnitt 88.

²⁴² Se *Chinnici v. Italy* avsnitt 33.

²⁴³ I norsk er problemstillingen om kompensasjon løst med «full» erstatning jf. Grunnloven § 105.

taper sin rett.²⁴⁴ Betydningen av EMDs uttalelse her må være at inngrep som minner om ekspropriasjon bør utløse en form for kompensasjon til den som taper sin rett. Årsaken til at kompensasjon kreves for avståelsesinngrep, er at rette eier taper den fulle eiendomsrett. Dersom individet taper sin eiendomsrett til fordel for staten uten kompensasjon, vil dette fremstå som svært inngripende.²⁴⁵ I *Pye* var det imidlertid tale om tap av eiendomsrett til et avgrenset område av eiendommen til et annet individ, og ikke til staten. Kravet om kompensasjon slo derfor ikke til med full styrke. For kontrollinngrep utgjør manglende kompensasjon bare et av flere moment i en vurdering av inngrepets konkrete virkning.²⁴⁶

På bakgrunn av ovenfor nevnte synes derfor betydningen av regel plasseringen å knytte seg til hvilke momenter som har vekt i en proporsjonalitetsvurdering. Utover dette kan jeg ikke se at regel plasseringen har nevneverdig betydning.²⁴⁷ Jeg vil videre drøfte hvilken «regel» kreditor-ekstinksjon skal plasseres innunder.

EMDs storkammer fant i *Pye*, til forskjell fra kammeret, at saken skulle behandles under kontrollregelen i andre ledd, ettersom regelen om «adverse possession» var en del av nasjonal «land law» og var ment å kontrollere eiendomsbruken mellom partene.²⁴⁸ Ettersom EMD utvilsomt fant at «adverse possession» falt innunder kontrollregelen, tilsier dette at også kreditor-ekstinksjonsreglen bør plasseres innunder samme regel.²⁴⁹ Som nevnt ovenfor i punkt 5.1.1 foreligger det flere betydelige likheter mellom «adverse possession» og kreditor-ekstinksjon. Dommen synes derfor å få betydning for avhandlingen på dette punkt.

EMD fant senere i en sak avsagt ti år etter *Pye* at et konkursbeslag var å anse som et kontrollinngrep.²⁵⁰ EMD fant at ettersom klageren måtte bøte med sin eiendom til fordel for konkursbeslaget isolert kunne trekke i retning av at det var tale om et avståelsesinngrep. Imidlertid var

²⁴⁴ *Pye* (storkammer) avsnitt 54

²⁴⁵ Se *Pye* (storkammer) avsnitt 54.

²⁴⁶ Se punkt 3.6.3.

²⁴⁷ Likeledes, Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, punkt 3.3.3.

²⁴⁸ *Pye* (storkammer) avsnitt 66. EMDs kammer fant at saken måtte behandles under avståelsesregelen, se dommens avsnitt 38.

²⁴⁹ Likeledes, se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 173, Roger Støllander Magnussen, *Ekstinktive ulovfestede godtroerverv*, Tromsø 2015, s. 701-702.

²⁵⁰ Se *Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD v. Bulgaria* avsnitt 41.

regler som har til formål å regulere rettigheter og plikter under konkurs å anse som et inngrep som faller innunder kontrollregelen.²⁵¹ EMD begrunnet ikke sin konklusjon nærmere enn dette. Isolert tilsier dette at det fremsto som klart for domstolen at det var tale om et inngrep i konvensjonen som falt innunder kontrollregelen. Overført til denne avhandlingen, som også gjelder kreditorenes beslagsrett, fremstår det som lite tvilsomt at reglene om kreditorekstinksjon må plasseres innunder kontrollregelen.²⁵²

Allerede her innebærer EMK P1-1 en viss begrensning på reglene om kreditorekstinksjon. Som en følge av at kreditorekstinksjon utgjør et inngrep i konvensjonen, må reglene om kreditorekstinksjon vurderes etter de alminnelige inngrepsvilkårene i konvensjonen. Det må derfor spørres om kreditorekstinksjon, i de aktuelle typetilfellene, oppfyller EMDs krav til legalitet, legitimt formål, og proporsjonalitet. I det følgende vil de ulike typetilfellene behandles hver for seg.

5.2 Typetilfelle 1 – Tilfellene hvor suksessor ikke kan klandres for manglende tinglysning av fast eiendom, og hvor kreditorene er fult ut klare over de reelle eierforhold.

5.2.1 Lovkravet

Kreditorenes ekstinksjonshjemmel for dette typetilfellet følger av tinglysingsloven § 20 jf. § 23. Bestemmelsene er gjennomgått i punkt 2.1.2, og jeg vil således ikke foreta en ny tolkning av disse under dette punkt. Oppsummert er tinglysingsloven § 20 blant annet ekstinksjonshjemmelen for utleggstagende kreditor, mens tinglysingsloven § 23 er blant annet ekstinksjonshjemmelen for et konkursbo. Rettsvernsakten etter begge bestemmelsene er om suksessor har tinglyst sitt erverv før utleggstagende kreditor, eller dagen før konkursåpning.²⁵³ Noen ytterligere vilkår for kreditorekstinksjon finnes ikke. Kreditorene kan derfor ekstingvere i ethvert tilfelle hvor suksessor ikke har registrert ervervet.

Jeg ser ingen hensikt å problematisere lovkravet videre. Det er på det rene at kreditorekstinksjon av fast eiendom følger direkte av en tilgjengelig formell norsk lov. Hjemmelen er videre klar

²⁵¹ Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD v. Bulgaria avsnitt 41.

²⁵² Mot denne regel plasseringen, se Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom», Jussens venner vol. 38 utg. 5 side 312-339 på side 318. Jeg anser imidlertid denne kilden av liten rettskildemessig vekt, ettersom den er avsagt før *Pye* og *Boyadzhieva*.

²⁵³ Se punkt 2.1.1.

på at manglende rettsvern for den foretatte disposisjon vil medføre at kreditorene kan beslaglegge formuesgodet til dekning for deres gjeld mot selger.

Vilkåret om legalitet er således oppfylt for dette typetilfellet. I det følgende skal jeg drøfte hvorvidt kravet til at inngrepet må ha et legitimt formål er oppfylt for dette typetilfellet.

5.2.2 Legitimt formål

Spørsmålet i dette punktet er hvorvidt begrunnelsen for at kreditorene kan ekstingvere rette eiers rett selv hvor det ikke er tvil om de reelle eierforhold, er legitim etter EMK P1-1. Som vist til i punkt 3.6.2, har EMD anerkjent en svært vid skjønnsmargin for statene ved vurderingen av formålet med at det foretas inngrep i EMK P1-1. EMD har gjennom sin praksis etablert en doktrine om at formålet må være «manifestly without reasonable foundation» for at EMD skal overprøve nasjonalstatens vurdering på dette punkt. Doktrinen kan sees på som et utslag av statenes vide skjønnsmargin. EMD overprøver bare statens vurdering bak reglene i de tilfeller hvor nasjonalstatens vurdering er åpenbart grunnløs.²⁵⁴

Reglene om kreditorrekstinksjon i norsk rett er som nevnt i punkt 2.1.1 absolutte. Begrunnelsen for praktiseringen av rettsvernsreglene er til dels begrunnet i at grunnboka skal være troverdig. Det er ønskelig at den enkelte kan stole på den informasjon som fremgår av grunnboka, både i positiv og negativ retning.²⁵⁵ Hovedsakelig er imidlertid begrunnelsen for absolutte rettsvernsregler at det ikke er ønskelig å innfortolke rimelighetsunntak i lovfestede rettsvernsregler fordi det ikke ønskes usikkerheter og tvister rundt skrevne rettsvernsregler.²⁵⁶ Selve begrunnelsen bak rettsvernsreglene som sådan er hensynet til å motvirke kreditorsvik. Begrunnelsen for hvorfor de er unntaksfrie er imidlertid et ønske om mindre usikkerhet og tvist om formuerettslige regler. Det er disse hensyn som må vurderes mot EMK P1-1 i dette punkt.²⁵⁷

²⁵⁴ NOU 2013:11 s. 27.

²⁵⁵ Se Sverre Magnus Bergslid Salvesen, «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A», Jussens Venner vol. 53 utgave 4. side 205-226 på side 219 hvor forfatteren presiserer at hensynet til grunnbokas troverdighet er et viktig hensyn. Se også Hans Fredrik Marthinussen, «Forusstranda» Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», Jussens Venner vol. 52 utg. 2 2017 side 67-97 på side 90.

²⁵⁶ Rt 1997 s. 1050 på side 1055.

²⁵⁷ Se punkt 2.1.1

Til illustrasjon vises det til dommen nevnt i punkt 4.1 inntatt i Rt 2002 s. 1484. I saken forelå det ingen fare for kreditorsvik, noe kreditor var klar over. De tilfeller hvor vilkåret om legitimt formål er tillagt betydning av EMD er typisk tilfeller hvor statene ikke har noen begrunnelse for inngrepet i det heletatt.²⁵⁸ Terskelen for at EMD skal gripe inn i statenes vurdering på dette punkt synes derfor å være høy.

På den ene siden må det presiseres at det i dette typetilfellet ikke foreligger noen fare for kreditorsvik. Den overordnede begrunnelsen bak rettsvernsreglene som sådan slår derfor ikke til med styrke i dette typetilfellet. Imidlertid innehar norsk rett en begrunnelse bak hvorfor kreditorene kan ekstingvere også i de tilfeller hvor det ikke foreligger noen fare for kreditorsvik. At kreditorene kan ekstingvere også i disse tilfellene begrunnes gjerne i hensynet til å unngå tvister som nevnt i punkt 2.1.1. Eksempelvis finnes denne begrunnelsen i Rt 1997 s. 1050, hvor Høyesterett uttaler følgende:

«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».²⁵⁹

Høyesterett viser her til den fremtredende begrunnelsen bak praktiseringen av rettsvernsreglene, nemlig at det ikke er ønskelig med en konkret rimelighetsvurdering som skaper tvil om rettsvernsreglene. Enkelte forfattere tatt til orde for at hensynet til grunnbokas troverdighet også er en del av begrunnelsen bak praktiseringen av rettsvernsreglene.²⁶⁰ I HR-2021-2248-A avsnitt 50 uttalte Høyesterett at reglene er preseptoriske av «rettstekniske hensyn». Når avgjørelsen i Rt 1997 s. 1050 og HR-2021-2248-A leses i sammenheng, synes det slik at de rettstekniske hensyn som det vises til, er et ønske om å unngå tvister og usikkerheter. Hensynet til grunnbokas troverdighet nevnes i en setning i Rt 1997 s. 1050 på side 1054, uten at dette drøftes nærmere i dommen. Isteden legger Høyesterett i Rt 1997 s. 1050 til grunn at det bærende hensyn bak praktiseringen er hensynet til å unngå usikkerhet og tvist. Når hensynet til grunnbokas

²⁵⁸ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 80 med videre henvisninger.

²⁵⁹ Se Rt 1997 s. 1050 på side 1055.

²⁶⁰ Se Sverre Magnus Bergslid Salvesen, «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A», *Jussens Venner* vol. 53 utgave 4. side 205-226 på side 219 hvor forfatteren presiserer at hensynet til grunnbokas troverdighet er et viktig hensyn. Se også Hans Fredrik Marthinussen, «Forusstranda» Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens Venner* vol. 52 utg. 2

troverdighet ikke blir vurdert, synes det bærende hensyn bak praktiseringen å være retts tekniske hensyn, herunder at det ikke skal skapes tvil om skrevne rettsvernsregler.

Jeg anser begrunnelsen å ha gode grunner for seg. Det er fornuftig å holde antallet tvister til et minimum. For det første er det prosessøkonomisk gunstig å motvirke en rekke tvister om skrevne rettsvernsregler. Prosessøkonomiske hensyn er et overordnet hensyn i sivile saker etter tvisteloven § 1-1. For det andre skaper unntaksfrie regler forutberegnelighet ved at de praktiseres strengt etter sin ordlyd.

Det kan imidlertid argumenteres for at en praktisering av et regelsett som gjør inngrep i EMK P1-1 bør begrunnes bedre. Begrunnelsens styrke kan sies å bli svekket når norsk rett lar en hypotetisk fare for kreditorsvik, samt et ønske om mindre tvister gå på bekostning av en grunnleggende menneskerett. Når Norge har inkorporert EMK P1-1 som norsk rett, bør det kreves at lovgiver iallfall søker å begrunne inngrep i rettigheten godt. Som jeg skal komme tilbake til under punkt 5.2.3 bør det iallfall kreves at det foretas en konkret og tilstrekkelig avveining av norske kreditorekstinksjonsregler på den ene siden, og EMK P1-1 på den andre siden. Om norske domstoler overser EMK P1-1, eller om de ikke har tilstrekkelig kunnskap om rettigheten fremstår som usikkert. EMK P1-1 krever uttrykkelig at formålet med inngrepet skal være legitimt, og det synes noe tvilsomt om det er legitimt å la en menneskerettighet gå på bekostning av et ønske om å holde antall tvister til et minimum i alle tilfeller.

På denne bakgrunn synes det slik at det foreligger – ikke uttrykkelig – en avveining mellom eiendomsretten på den ene siden, og retts tekniske hensyn på den andre siden, hvor norsk rett har latt de retts tekniske hensyn veie tyngst uten at dette er begrunnet i autoritative rettskilder. At det foretas en slik avveining kan begrunnes i at selv om norske domstoler ikke uttrykkelig foretar en slik avveining, synes det slik at ønsket om mindre usikkerheter og tvister går på bekostning av eiendomsvernet i EMK P1-1.²⁶¹

Begrunnelsen bak rettsvernsreglene fremstår umiddelbart som fornuftig. Imidlertid gjelder EMK P1-1 med forrang for norsk intern rett, slik at det iallfall bør problematiseres hvorvidt en

²⁶¹ Et ønske om mindre usikkerhet og tvist er lagt til grunn i Rt 1997 s. 1050 på side 1055, og er forutsatt som et avgjørende hensyn for preseptoriske regler i HR-2021-2248-A.

hypotetisk fare for kreditorsvik og et ønske om mindre usikkerhet og tvist kan gå på bekostning av en overnasjonal rettighet, uten nærmere begrunnelse fra lovgiver eller norske domstoler.²⁶²

På den annen side foreligger det likevel en begrunnelse, både bak rettsvernsreglene som sådan, samt hvorfor de praktiseres unntaksfritt. Når det gjelder den konkrete holdbarheten bak denne begrunnelsen har EMD vært svært tilbaketrukket med å overprøve denne vurderingen. EMD synes i de tilfellene det foreligger en begrunnelse å nærmest konstatere at vilkåret er oppfylt.²⁶³ Bakgrunnen for at EMD ikke overprøver vurderingene er statens svært vide skjønnsmargin for denne vurderingen. EMD vil neppe anse seg som særlig egnet til å foreta en inngående vurdering av norske retts tekniske hensyn. Dersom EMD går for langt i å foreta en materiell vurdering av internettslige hensyn, ville sannsynligvis EMD gått utover sin sekundære prøvingsrolle etter subsidieringsprinsippet.

Ovennevnte trekker i avgjørende retning av at ekstinksjonsreglene, for dette typetilfelle, ivaretar et legitimt formål. Den norske begrunnelsen bak rettsvernsreglen i dette typetilfellet er derfor ikke «manifestly without reasonable foundation».

5.2.3 Proporsjonalitet

Innholdet i proporsjonalitetsvurderingen er gjennomgått i punkt 3.6.3. Oppsummert baserer vurderingen seg på en totalvurdering av balansen mellom de offentlige hensyn som begrunner inngrepet på den ene siden, og individets behov for vern på den andre siden. Det avgjørende i denne balanseøvelsen er hvorvidt det rammede individet må bære en individuell og urimelig byrde.²⁶⁴

Dommen inntatt i Rt 2002 s. 1484 gjaldt en sak som best kan fungere som illustrasjon for angjeldende tilfelle, og sakens faktum er gjennomgått i punkt 4.1. Et annet eksempel på et noe lignende typetilfelle finnes i HR-2021-2248-A, som riktignok ikke gjaldt fast eiendom, men løsøre. I sistnevnte sak forelå det heller ingen fare for kreditorsvik, og overdragelsen hadde gode grunner for seg.²⁶⁵ Videre kan det også tenkes at ikke forelå klander fra suksessors side,

²⁶² Manglende vurdering av inngrepets proporsjonalitet ble vektlagt i statens disfavør i Lindheimsaken, se dommens avsnitt 128.

²⁶³ Se *Immobiliare Saffi v. Italy* avsnitt 47-48, Sak 50705/11 *Todorov and Others v. Bulgaria*, og *Solheim, Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 80.

²⁶⁴ Se punkt 3.6.3.

²⁶⁵ Se punkt 2.1.3.

ettersom selskapet hadde rådført seg med et advokatfirma som ga mangelfull rådgivning om rettsvernsreglene.

Høyesterett gir i begge avgjørelsene ovenfor uttrykk for en svært streng tilnærming til rettsvernsreglene, og det synes slik at muligheten for å gjøre unntak fra rettsvernsreglene er tilnærmet uaktuel.²⁶⁶ På bakgrunn av drøftelsen i punkt 5.1.1 og 5.1.2, må drøftelsen av inngrepets proporsjonalitet vies størst plass, all den tid kravene til legalitet og legitimt formål synes oppfylt og ikke særlig tvilsom.

For å kort oppsummere de krav EMD stiller til inngrepets proporsjonalitet, herunder inngrepets virkning, viser jeg til *Hutten Czapska* hvor EMD uttalte:

«Nevertheless, the legitimate interests of the community in such situations call for a fair distribution of the social and financial burden involved in the transformation and reform of the country's housing supply. This burden cannot, as in the present case, be placed on one particular social group, however important the interests of the other group or the community as a whole.(...) the Polish State has failed to strike the requisite fair balance between the general interests of the community and the protection of the right of property».²⁶⁷

Selv om begrunnelsen til staten var legitim, herunder en rettferdig fordeling av sosiale og finansielle byrder, kunne ikke de negative følgene av denne byrden plasseres alene på klagerne. EMD kom etter en konkret helhetsvurdering til at EMK P1-1 var krenket.²⁶⁸

Jeg har redegjort for hensynene bak norske rettsvernsregler før i punkt 2.1.1. Jeg vil derfor ikke redegjøre for disse på nytt i dette punktet. Disse hensyn må imidlertid brukes aktivt i den konkrete drøftelsen under. I det følgende går jeg over til å foreta den konkrete proporsjonalitetsvurderingen for typetilfellet. Spørsmålet blir derfor om reglene om kreditorstinksjon, i det aktuelle typetilfellet, ivaretar en rettferdig balanse mellom de motstridende hensyn. Jeg vil, etter

²⁶⁶ Også til en viss grad fulgt opp i HR-2021-2248-A avsnitt 49-50. Høyesterett modererte seg imidlertid noe ved at den ikke stengte helt for unntak i enkelte kontraktstyper i sin helhet. Se punkt 2.1.3.

²⁶⁷ *Hutten Czapska v. Poland* avsnitt 225, se for øvrig også *Immobiliare Saffi v. Italy*, *Scollo v. Italy*, *Pye(kammer)* og storkammerets mindretall, hvor EMD vektla at inngrepet rammet den enkelte svært hardt. At hensynene bak inngrepene var fornuftig, var således ikke avgjørende.

²⁶⁸ EMD la vekt på at det ikke forelå en rettferdig fordeling av sosiale og finansielle byrder også i *Lindheim and Others v. Norway* avsnitt 134.

mønster fra EMD, særlig fokusere på om de hensyn som begrunner inngrepet kan forsvare hvor inngripende kreditorekstinksjon er i dette konkrete typetilfellet. I denne vurderingen er det, som nevnt i punkt 3.6.3 et viktig og antageligvis avgjørende moment om individet må bære en individuell og urimelig byrde.²⁶⁹ Jeg vil også i totalvurderingen vurdere om noen av de subjektive momenter som redegjort for i punkt 3.6.3 gjør seg gjeldende.

På den ene siden har EMD vektlagt at inngrepet bygger på fornuftige hensyn som er veletablert i nasjonalstaten. I *Immobiliare Saffi* tillia EMD vekt at det aktuelle inngrepet var begrunnet i grunnleggende sosiale hensyn om alle borgeres adgang til å kunne inneha en bolig.²⁷⁰ Norske kreditorekstinksjonsregler – for det aktuelle typetilfellet – innehar en i seg selv fornuftig begrunnelse i at det ikke er ønskelig med tvist og tvil om lovfestede rettsvernsregler. Reglene praktiseres likt for alle, hvilket taler mot at den som måtte tape sin reelle rett bærer en individuell og urimelig byrde. Proporsjonalitetsvurderingen består jo nettopp i en avveining av statens styringsbehov på den ene siden, og individets behov for beskyttelse på den andre siden. Når formålet tilsynelatende er legitimt, og har gode grunner for seg, taler dette for at det legitime formålet bør få stor vekt ved en proporsjonalitetsvurdering.²⁷¹

I *Pye* vektla EMD at også den andre part ble rammet hardt dersom han ikke vant frem med sin rett. Motparten hadde også innrettet seg etter de regler som gjaldt på det aktuelle tidspunktet. EMD vektla at balansen mellom de motstridende hensyn, herunder hensynet til Pye mot hensynet til Graham ikke var ubalansert.²⁷²

Det kan trekkes flere paralleller fra nevnte vurdering i *Pye* til dette typetilfellet. Dersom kreditorene ikke oppnår dekning for sitt krav, vil dette virke inngripende for kreditorene. En lengre linje som kan dras er at dersom det blir en slags etablert praksis at kreditorene ikke oppnår dekning når beslaget virker inngripende for suksessor, kan følgen av dette bli at kreditorenes dekningsrett blir vesentlig svekket. Det fremgår ikke tydelig av Rt 2002 s. 1484 hvor stor gjeld debitor hadde til kemneren, men det er nærliggende å anta at den kan ha vært betydelig. Dersom kreditor ikke oppnår dekning for sin gjeld, vil dette klart nok virke inngripende for kreditor.

²⁶⁹ Se *Chinnici v. Italy*, hvor EMD uttaler i avsnitt 32: «this balance will not be struck where the person concerned bears an individual and excessive burden». (min understreking).

²⁷⁰ *Immobiliare Saffi v. Italy* avsnitt 52 og 53.

²⁷¹ Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 81.

²⁷² *Pye* (storkammer) avsnitt 83.

Selv om det blir svært konkret for den aktuelle sak, må det likevel presiseres at gjeld til kernen vil være en gjeld til det offentlige. Samfunnsøkonomiske hensyn taler derfor for at kreditorenes beslagsadgang ikke skal påvirkes av innfortolkede unntak i rettsvernsreglene. Dette er neppe ønskelig sett i lys av overordnede hensyn i beslagsretten som redegjort for i punkt 2.1.1. Dersom kreditorekstinksjonsregler som rammer den enkelte hardt, og hvor suksessor tilsynelatende ikke kan klandres for manglende tinglysing, skal overprøves av EMD, kan dette røkke ved grunnforutsetninger i beslagsretten. Det er nærliggende å anta at EMD ville tillagt disse samfunnsøkonomiske hensyn vekt.

Kreditorenes beslagsrett har også en side til at det er ønskelig å motvirke kreditorsvik gjennom absolutte rettsvernsregler. Denne begrunnelsen ville stått seg som legitim etter EMK jf. drøftelsen i punkt 5.2.2. Kreditorsvik er en gjennomgående fare ved enhver frivillig disposisjon fra debtors side.²⁷³ Ved å tillate unntak fra rettsvernsreglene i dette typetilfellet, foreligger det en reell risiko for at kreditorenes beslagsadgang blir svekket vesentlig. Norsk rett kan risikere å havne i en situasjon hvor enhver som mister sitt formuesgode til et kreditorbeslag vil prøve å bestride dette for domstolen. Dette kan neppe være ønskelig i lys av retts tekniske og prosessøkonomiske hensyn.

Et annet viktig poeng er at spørsmålet om hvorvidt suksessor er å klandre eller ikke, kan være et vanskelig bevissspørsmål. Dette kan stride mot flere grunnleggende hensyn i formueretten. For det første er hensynet til forutberegnelighet et viktig hensyn på formuerettens område.²⁷⁴ Hensynet til forutberegnelige og klare regler er ikke noe særnorsk fenomen, og er en begrunnelse som er gjennomgående i alle land med en viss grad av rettsikkerhet. For det andre er det et gjennomgående hensyn i sivilprosessen at både antall tvister og sakens omfang skal holdes til et minimum der det er mulig jf. tvisteloven § 1-1 første ledd første punktum. Denne siden av begrunnelsen kan sies å være prosessøkonomisk begrunnet. Dersom norsk rett tillot unntak fra lovfestede rettsvernsregler, ville dette kunne skapt en uønsket økning i antall tvister.

Videre fremstår konflikten mellom kjøper og debitor å være utpreget grad privatrettslig. Slike konflikter er EMD, som uttalt i Pye, tilsynelatende tilbakeholdne med å gripe inn i. EMD uttalte at den ikke er «required to settle disputes of private nature» hvilket isolert taler for at EMD ikke

²⁷³ Se punkt 2.1.1.

²⁷⁴ Amund Bjøranger Tørum, «Konsekvens i formueretten», Jussens venner vol. 37 utg. 4-05 side 314-339 på side 333.

er forpliktet til å løse privatrettslige tvister.²⁷⁵ Vekten av argumentet fremgår ikke av EMDs premisser, men kan sees i lys av min argumentasjon i punkt 3.3, hvor formålet med innføringen av EMK P1-1 var å verne individet mot vilkårlige statlige inngrep. Dersom EMD griper langt inn i den private rettsfære, kan dette sies å stride mot hele formålet med konvensjonen som sådan. Uttalelsen ovenfor må iallfall sees på som et utslag av at EMD bør være tilbakeholden med å gripe inn i regler som bygger på utelukkende nasjonale avveininger. Staten er anerkjent en viss grad av skjønnsmargin også for proporsjonalitetsvurderingen, noe som må tillegges vekt.²⁷⁶

Samlet taler ovenfor nevnte i retning av at kreditorekstinksjon i det aktuelle typetilfellet er å anse som proporsjonalt etter EMK P1-1.

På den andre siden kan jeg ikke se at *Pye* nødvendigvis kan tas til inntekt for at domstolen er blitt mer tilbakeholden med å overprøve privatrettslige regler. Tvert om har EMD også etter *Pye* overprøvd også slike regler ved flere anledninger. Jeg vil i det følgende kun nevne noen avgjørelser, samt hva avgjørelsene gjaldt for å illustrere at EMD neppe har forholdt seg strengt til uttalelsen i *Pye*.

I *Lindheim* konkluderte EMD med konvensjonsstrid i en sak som tillot festeren å leie i ubegrenset tid til samme festesum. Saken fremstår som privatrettslig i den forstand at den særlig gjaldt hvor inngripende det måtte oppleves for bortfester at festeren kunne leie til samme sum uten hensyn til inflasjon og lignende. EMD konkluderte med krenkelse.²⁷⁷

I *Boyadzhieva* kom EMD til at EMK P1-1 var krenket når debitor måtte tilbakebetale penger til konkursboet uten å få varene tilbake. Saken gjaldt direkte kreditorens beslagsrett i Bulgaria. I denne saken utviste EMD liten grad av tilbakeholdenhet når de konkluderte med krenkelse på bakgrunn av en proporsjonalitetsvurdering.²⁷⁸

²⁷⁵ *Pye* (storkammer) avsnitt 82.

²⁷⁶ Se punkt 3.6.3.

²⁷⁷ Se *Lindheim v. Norway* avsnitt 135-136.

²⁷⁸ Sak. 41299/09 *Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD v. Bulgaria*

I EMDs avgjørelse i *Vaskrsic* kom EMD til krenkelse hvor en eiendom hadde blitt beslaglagt av et firma etter nasjonale regler, og deretter solgt videre på tvangssalg. EMD kom også i denne saken til at EMK P1-1 var krenket som følge av manglende proporsjonalitet.²⁷⁹

Jeg går ikke inn i flere dommer i denne forbindelse. Poenget er at EMD tilsynelatende ikke har forholdt seg særlig strengt til dens uttalelser i *Pye*. Samlet svekker dette argumentene for at kreditorekstinksjonsregle neppe ville blitt overprøvd av EMD som nevnt ovenfor.

I forarbeidene til tomtefesteloven er det videre uttalt at EMDs rettspraksis går i retning av at EMD prøver EMK P1-1 i samme utstrekning som EMK art 8-11.²⁸⁰ En slik uttalelse er ikke til å ta feil av, og særlig EMK art 8 har en svært kraftig påvirkning på norsk rett. Som forarbeidene til tomtefesteloven illustrerer, tolkes EMK P1-1 dithen at den gis et sterkere vern sammenlignet med tidligere. Selv om EMD utviste en viss tilbakeholdenhet i *Pye* som vist til ovenfor, viser EMDs praksis at domstolen ikke sjeldent konkluderer med krenkelse også i privatrettslige forhold. EMD har selv uttalt at konvensjonen har utviklet seg til å gi et bredere vern enn tidligere praksis tilsa. Om dette uttalte EMD i *Lindheim* som er avsagt etter *Pye*:

«Secondly, the Supreme Court's analysis seems to have been based essentially on the Court's judgment in *James and Others* (cited above). However, that judgment dealt with a situation which in many respects was different from that at issue in the instant case. In its reasoning above, the Court has relied on it only in so far as it has deemed it relevant to the concrete circumstances of the case and has had regard also to several more recent rulings referred to from its case-law, representing jurisprudential developments in the direction of a stronger protection under Article 1 of Protocol No. 1».²⁸¹ (min understreking.)

I *Lindheim* ble Høyesterett i uttalelsen ovenfor kritisert av EMD for å ha et ensidig fokus på gammel og utdatert praksis som gjaldt tolkningen konvensjonen, herunder avgjørelsen i *James and Others v. The United Kingdom*. EMD tillegger her nokså stor vekt at Høyesterett ikke forholder seg til EMK P1-1 slik den blir praktisert i dag, men heller vektlegger eldre EMD praksis. At EMD gjennom sin praksis har gitt EMK P1-1 styrket gjennomslagskraft må tillegges

²⁷⁹ Sak. 31371/12 *Varkrsic v. Slovenia* avsnitt 86-88.

²⁸⁰ Se NOU 2013:11 s. 122. Forarbeidene er skrevet etter avgjørelsen i *Pye*.

²⁸¹ *Lindheim and Others v. Norway* avsnitt 135.

betydelig vekt for dette typetilfellet. Jeg kan derfor ikke se at EMD ville vært nevneverdig tilbakeholden med å overprøve nasjonale vurderinger for dette typetilfellet.

Når det gjelder de konkrete momentene som vedrører om inngrepet ivaretar en «fair balance» må det presiseres at hensynet til å motvirke kreditorsvik, som nevnt, ikke gjør seg gjeldende for det foreliggende typetilfellet.

Det er i nylig avsagt rettspraksis nettopp lagt vekt på at faren for kreditorsvik lettere kan motbevises i dagens samfunn.²⁸² Avgjørelsen er imidlertid avsagt i mindretall, noe som svekker uttalelsens rettskildemessige vekt. Mindretallsuttalelser har samme vekt som juridisk teori, og dens rettskildemessige vekt avhenger av sammenstillingen og avveiningen av argumenter.²⁸³ Jeg vil derfor knytte noen merknader til vekten av mindretallets argumentasjon. Mindretallet argumenterer med at transaksjonene i dag foregår gjennom bank, hvor transaksjonen kan etterprøves fullt ut. Det er derfor enkelt å spore at kjøpesummen har blitt betalt, og eiendomsretten formelt er gått over fra A til S. Videre blir kontrakter skrevet og lagret elektronisk på datamaskin. Hverken bankoverføringer eller elektronisk lagrede kontrakter fantes da rettsvernsreglene i det aktuelle typetilfellet ble vedtatt. Det har derfor skjedd en betydelig utvikling i samfunnet. Mindretallets begrunnelse fremstår som fornuftig. Argumentasjonen stemmer overens med den faktiske samfunnsutviklingen som har skjedd siden vedtakelsen av rettsvernsreglene til nåtidens elektroniske samfunn. På bakgrunn av dette bør iallfall mindretallsuttalelsen tillegges noe rettskildemessig vekt.

Det avgjørende for EMD i *Lindheim* var videre at tomtefestelovgivningen rammet skjevt, og var for absolutt. Det forelå ingen muligheter for unntak, selv ikke i ekstraordinære tilfeller.²⁸⁴ At EMD vektla at lovgivningen rammet for absolutt, bør få stor vekt for det aktuelle typetilfellet. Dommen er relativt ny, og EMD uttalte seg konkret om de vurderingstema som må foretas etter EMK P1-1. Et spørsmål er om lignende momenter er vektlagt i senere EMD praksis som kan styrke vekten av rettssetningen i *Lindheim*.

²⁸² HR-2021-2248-A (mindretall) avsnitt 95.

²⁸³ Skoghøy, *Retts og rettsanvendelse*, s. 108.

²⁸⁴ *Lindheim and Others v. Norway* avsnitt 131-132 og Solheim, «EMDs avgjørelse i tomtefestesaken; revolusjonerende eller justerende», s. 305.

I EMDs avgjørelse i *Boyadzhieva and Gloria International Limited Eood v. Bulgaria* konkluderte EMD med krenkelse i en sak som omhandlet et konkursbos adgang til beslag.²⁸⁵ Saken gjaldt et selskap som hadde kjøpt varer fra to andre selskap mot kontant betaling. Kjøperselskapet gikk konkurs. Etter landets konkursregler måtte klagerne tilbakebetale kjøpesummen uten å få varene tilbakelevert. Selskapene måtte derfor forfølge kravet på å få varene tilbake som dividendekrav som usikrede kreditorer, likt systemet i Norge. Saken gjaldt derfor et faktum som har stor overføringsverdi til denne avhandlingen.

EMD konkluderte med krenkelse på bakgrunn av at inngrepet ikke ivaretok proporsjonalitetskravet. Om dette uttalte EMD:

«(...) in line with the effective domestic legislation at the time, the applicants were automatically, namely without the national courts having any discretion on the matter, ordered to return the money they had received from company K. As accepted by the domestic courts (see paragraph 17 above concerning the proceedings against the second applicant), the payments at issue had not reduced the insolvency estate or damaged the interests of the bankruptcy creditor».²⁸⁶(min understreking).

EMD vektla to avgjørende momenter. For det første tillå EMD vekt at nasjonale myndigheter hadde ingen rom for å anvende et skjønn i saken jf. uttalelsen om at nasjonale myndigheter ikke hadde «any discretion on the matter». For det andre vektla EMD at de aktuelle betalingene under ingen omstendighet hadde skadet konkurskreditors stilling jf. uttalelsen «damaged the interests of the bankruptcy creditor». Det andre momentet er særlig interessant og krever en nærmere analyse. Det interessante er hvorvidt hensynet til kreditorsvik også vektlegges i bulgarsk formuerett. Om EMD her tillegger vekt at kreditorene vinner rett også i de tilfellene hvor faren for kreditorsvik ikke er til stede, vil dette ha stor overføringsverdi til dette typetilfellet.

I dommens avsnitt 17 uttaler EMD at nasjonale domstoler la til grunn et resultat som fulgte av nasjonal lovgivning på tidspunktet for beslaget, herunder den bulgarske «Commerce act». De nasjonale domstoler la vekt på at lovgivningen i Bulgaria ikke tok hensyn til de tilfeller hvor kreditorenes interesser ikke blir negativt påvirket, herunder at den bulgarske «commerce act»

²⁸⁵ Sak. 41299/09 *Boyadzhieva and Gloria International Limited Eood v. Bulgaria*.

²⁸⁶ *Boyadzhieva and Gloria International Limited Eood v. Bulgaria* avsnitt 45.

«did not take account of such considerations».²⁸⁷ Derfor tiller EMD senere i dommen nokså stor vekt at nasjonale domstoler ikke hadde noen «discretion on the matter».²⁸⁸ Jeg kan derfor ikke forstå dommen på annen måte enn at EMD tillegger stor vekt at hensynene til kreditorene ikke ble negativt påvirket av disposisjonen som ble foretatt. Dette har stor overføringsverdi til dette typetilfellet, og funnene er svært interessante. EMD har her rent faktisk tillagt betydelig vekt at faren for kreditorsvik ikke var til stede når kreditorene likevel vant rett på bekostning av eiendomsretten.

Saken belyser hvor inngripende det fremstår å tape sin eiendomsrett uten at nasjonale domstoler har anledning til å anvende et skjønn. Uten å ha inngående kjennskap til de hensyn som er bærende i bulgarsk formuerett, så fremstår det slik at EMD ikke kunne godta en så inngripende rettsvirkning når kreditorenes stilling ikke ble svekket. Disse momentene bør tillegges vekt for det konkrete typetilfellet, ettersom det er tale om en inngripende rettsvirkning hvor hensynene bak reglene ikke gjør seg gjeldende med full styrke. Resultatet av praktiseringen av rettsvernsreglene i Norge er lik tilfellet i *Boyadzhieva*. Slik jeg ser det har heller ikke norske domstoler anledning til å anvende skjønn i en sak om kreditorrekstinksjon, slik at suksessors adgang til å overprøve et kreditorbeslag blir svært begrenset. Dommen må derfor tillegges stor vekt på denne siden.

Imidlertid konkluderte EMD i *Pye*-saken med at det ikke forelå krenkelse, og likhetene fra *Pye*-saken til det aktuelle typetilfellet er flere.²⁸⁹ At EMD ikke ville konkludere med krenkelse i *Pye*, taler for at EMD ville vært tilbakeholden for å konkludere med krenkelse for dette typetilfellet.

Det foreligger derimot også en forskjell mellom *Pye* og det foreliggende typetilfellet. *Pye* kan derfor neppe tillegges avgjørende vekt i en vurdering av om det foreligger krenkelse i dette typetilfellet. Jeg minner om at det skal foretas en individuell proporsjonalitetsvurdering av saken.²⁹⁰

For det første gjaldt *Pye* en sak om ekstinktivt erverv til deler av en eiendom, og ikke hele eiendommen. For det andre innebærer «adverse possession» en langvarig bruk av annen persons

²⁸⁷ *Boyadzhieva and Gloria International EOOD v. Bulgaria* avsnitt 17.

²⁸⁸ *Boyadzhieva* avsnitt 45.

²⁸⁹ Se punkt 5.1.1 og 5.1.2.

²⁹⁰ Se *James and Others v. The United Kingdom* avsnitt 35.

eiendom, mens kreditorekstinksjon er en ervervsform som skjer umiddelbart.²⁹¹ For det tredje la EMD betydelig vekt på at klager hadde anledning til å beskytte seg mot «adverse possession», noe som skiller seg fra dette typetilfellet hvor suksessor ikke kan klandres for å ikke ha tinglyst sitt erverv.²⁹²

Dessuten ble *Pye* avsagt under nokså skarp dissens, noe som kan svekke dens vekt for fremtidige tilfeller. Dissensen gjaldt særlig vurderingen av inngrepets proporsjonalitet.²⁹³ Et mindretall på totalt syv dommere mente inngrepet var så graverende at selv ikke legitime hensyn kunne begrunne inngrepet. Jeg kan ikke se at ekstinksjonsreglene er noe mindre inngripende. Jeg vil videre ta til orde for at *Boyadzhieva* må tillegges betydelig større vekt enn *Pye* for dette konkrete typetilfellet. Sistnevnte gjaldt direkte kreditorenes beslagsrett. EMD vektla, i statens disfavør, to hensyn som er svært lik de hensyn som bærer kreditorekstinksjonsreglene i norsk rett. På denne bakgrunn kan jeg ikke tillegge avgjørelsen i *Pye* nevneverdig stor vekt for denne vurderingen etter avgjørelsen i *Boyadzhieva*. Dette trekker i retning av at kreditorekstinksjon i dette typetilfellet ikke er i overenstemmelse med EMK P1-1.

Som det ble fremhevet i punkt 3.6.3 kan manglende kompensasjon utgjøre et moment i en helhetsvurdering av inngrepets virkning. I *Sporrong* kunne den byrden som individet måtte bære lett justeres ved å tilby en form for kompensasjon.²⁹⁴ Også for dette typetilfellet ville byrden lett blitt justert ved å tilby kompensasjon til den som blir utsatt for en ekstinksjon som vil medføre ikke bare tap av eiendomsretten, men tap av samtlige midler som han betalte eiendommen for.²⁹⁵ Ved å tilby kompensasjon ville individet hatt muligheter til å anskaffe ny eiendom, og således ikke stilt like svakt. Kreditorene ville likevel oppnådd dekning for sitt krav mot debitor.

At de samme formål kunne blitt nådd ved mildere inngrep, herunder ved å tilby kompensasjon, synes å tale i retning av at inngrepet rammer individet sterkere. Kompensasjon ville ikke skapt flere tvister, eller økt usikkerhetene rundt formuerettslige regler. Selv om kompensasjon ikke er avgjørende etter kontrollregelen, synes det ikke tvilsomt at manglende kompensasjon bør få

²⁹¹ Se punkt 5.1 for gjennomgang av faktum i *Pye*.

²⁹² *Pye* (storkammer) avsnitt 78 og 80.

²⁹³ *Pye* (mindretall) avsnitt 21.

²⁹⁴ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* avsnitt 73.

²⁹⁵ Dette fordi verdien av eiendommen blir gjenstand for utleggspant til fordel for kreditorene etter panteloven kapittel 5, eller går inn i konkursboet til dekning for kreditorenes gjeld etter dekningsloven 2-2.

vekt i en konkret helhetsvurdering.²⁹⁶ At det ikke foreligger noen kompensasjonsmuligheter i norsk rett trekker derfor i retning av at inngrepets virkning styrkes og blir mer inngripende overfor den enkelte. Dette må vektlegges i totalvurderingen av inngrepets proporsjonalitet.

EMD har videre vektlagt om det foreligger rettssikkerhetsgarantier som skal medvirke til at inngrepets styrke svekkes. I *Bäck v. Finland* uttalte EMD:

«Although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings in issue must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (see *Jokela*, cited above, § 45)»²⁹⁷

EMD forstås dit at ordlyden i EMK P1-1 ikke direkte krever at det foreligger noen prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, men hvor det likevel «må» foreligge en iallfall fornuftig adgang til å overprøve nasjonale vurderinger for de rette organer, herunder domstolene jf. uttalelsen «reasonable opportunity» i uttalelsen ovenfor. EMD krever på denne bakgrunn at det foreligger fornuftige muligheter for å overprøve saken sin for nasjonale domstoler.

Adgangen til å prøve saken for domstolen nasjonalt er symbolsk. Det er på det rene at suksessor ikke vil vinne frem med en påstand om at transaksjonen er reell og det foreligger ingen fare for kreditorsvik. Istedet vil han tape sin eiendomsrett til kreditorene. Verdien av eiendommen går til dekning av debitors gjeld. Individets eneste mulighet er å kjøpe tilbake eiendommen på tvangssalg, noe han sannsynligvis ikke har penger til siden kreditorene får verdien av eiendommen hans.

Jeg finner det tvilsomt at en begrunnelse som fremstår som utdatert, og dessuten ikke gjør seg gjeldende i typetilfellet kan begrunne så inngripende virkemidler for å forhindre en hypotetisk fare for kreditorsvik. Individet får videre ingen kompensasjon, som sannsynligvis kunne fungert som en rettssikkerhetsgaranti. Et krav om rettssikkerhetsgarantier er gjennomgående gjennom hele konvensjonen, og er ansett som et viktig prinsipp ikke bare i relasjon til EMK P1-1, men

²⁹⁶ Se punkt 3.6.3 om kompensasjon som moment i proporsjonalitetsvurderingen.

²⁹⁷ Sak 37598/97 *Bäck v. Finland* avsnitt 56.

som et overordnet hensyn etter EMK P1-1.²⁹⁸ Hensynet til enhet i konvensjonen taler i retning av at individet må gis rettssikkerhetsgarantier ved inngrep i hans grunnleggende rettigheter også etter EMK P1-1. Jeg kan rent faktisk ikke se hvilke rettssikkerhetsgarantier borgeren har i møte med kreditorene i et slikt typetilfelle.

Et annet moment som styrker inngrepets virkning overfor den enkelte, er at det i norsk rett ikke er foretatt noen reell vurdering av forholdet mellom kreditorekstinksjonsreglene og EMK P1-1 i de autorative rettskildene. Et eksempel på et tilfelle hvor det i norsk rett er tatt stilling til forholdet mellom norske regler og EMK P1-1 finnes i NOU 2013:11, hvor det er uttalt følgende:

«Spørsmålet om bortfesters adgang til å kreve nye vilkår og tilbakevirkning skal vurderes bredt, og forslagene til nye bestemmelser må ikke reise tvil om forholdet til EMK. Forslagene skal sikre de boligsosiale hensyn som ligger til grunn for tomtefesteloven, og ivareta bortfesternes eiendomsrett og behov for forutberegnelighet. Innenfor rammene av Norges folkerettslige forpliktelser skal utvalget legge vekt på å finne frem til praktikable regler som gir en rimelig avveining av partenes interesser og samtidig ivaretar de nødvendige retts tekniske hensyn».²⁹⁹

Utvalget redegjør for hva som er avgjørende når norske regler skal avveies mot EMK P1-1. En slik utredning er aldri foretatt i relasjon til reglene om kreditorekstinksjon. En viktig forutsetning følger imidlertid av uttalelsen ovenfor. Det er Norges folkerettslige forpliktelser som danner rammen for hvilke inngrep som kan tillates, hvilket er i overensstemmelse med forrangsbestemmelsen i menneskerettighetsloven § 3. Deretter sier utvalget noe om hvilke hensyn som må avveies mot hverandre ved etableringen av regler som griper inn i folkerettslige regler. Det må foretas en rimelig avveining av partenes interesser, og samtidig skal de nødvendige retts tekniske hensyn ivaretas.

Rent faktisk kan jeg ikke se at det i noen av de autorative rettskildene er i det heletatt vurdert hvorvidt et ønske om mindre usikkerhet og tvist vedrørende kreditorekstinksjonsreglene kan gå på bekostning av eiendomsretten i EMK P1-1.³⁰⁰ Jeg kan kun se at det er foretatt en internrettslig avveining av forholdet mellom et rimelighetsunntak i rettsvernsreglene på den ene siden,

²⁹⁸ Se *Bäck v. Finland* avsnitt 56 og *Pye (storkammer)* avsnittene 39 og 80.

²⁹⁹ NOU 2013:11 s. 7

³⁰⁰ Det finnes ingen reell avveining mellom forholdet til rettsvernsreglene og EMK P1-1 i forarbeidene til dekningsloven, tinglysingsloven, og en rekke avgjørelser fra Høyesterett.

og hensynet til klare og forutberegnelige regler på den andre siden.³⁰¹ Partenes interesser etter EMK P1-1 er utelatt fra disse vurderingene. I *Lindheim* la EMD betydelig vekt på at Norge ikke hadde foretatt noen vurdering av proporsjonaliteten mellom de motstridende interesser, og uttalte følgende:

«However, the 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».³⁰²

Solheim har tatt til orde for at det vil være for mye å kreve at nasjonalstaten foretar en slik spesifikk vurdering av balansen mellom individinteressene på den ene siden, og de offentlige hensyn på den andre side.³⁰³ Solheim tok til orde for at ettersom det sto i forarbeidene at forholdet til EMK P1-1 «var vurdert» måtte dette være tilstrekkelig som begrunnelse. Jeg kan imidlertid ikke være enig i dette. Kjernen i proporsjonalitetsvurderingen etter EMK P1-1 bygger på at nasjonalstaten har funnet en nødvendig balanse mellom de motstridende interesser. For å skape den nødvendige forutberegnelighet for borgeren må lovgivers intensjoner og vurderinger fremgå av en allmenn tilgjengelig rettskilde. Når EMD uttrykkelig uttaler at det må foreligge en «specific assesment» av balansen mellom hensynene, kan jeg ikke se annet enn at Norge må innrette seg dette. Enhver kunne i teorien skrevet at «forholdet til EMK er vurdert og balansen er funnet» uten at det likevel er foretatt en reell avveining av hensynene. En slik generell beskrivelse av forholdet til EMK gir liten til ingen grad av forutberegnelighet. Ved å kreve en slik spesifikk avveining vil norsk rett 1) bli tvungen til å foreta en reell vurdering og 2) den enkelte vil kunne se den konkrete vurderingen til domstolen eller lovgiver. Ettersom Norge har fått kritikk for nettopp manglende vurdering av proporsjonaliteten i *Lindheim*, må dette tillegges stor vekt i denne proporsjonalitetsvurderingen.

Selv om kreditorekstinksjon rammer likt for alle som får sine rettigheter ekstingvert som nevnt innledningsvis i punktet, har jeg imidlertid vanskelig for å se at byrden ikke er individuell og

³⁰¹ Se Rt 1995 s. 1181, Rt 1997 s. 1050 på side 1055, samt NOU 1972:20 s. 192,

³⁰² *Lindheim and Others v. Norway* avsnitt 128

³⁰³ Solheim, «EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: revolusjonerende eller justerende?» *Lov og Rett* vol 52. utg 4. 2013 s. 295-310 på side 302.

urimelig for den som rammes. Suksessor som taper sin eiendomsrett, og må alene bære debtors gjeld ved at suksessors eiendom blir gjort til gjenstand for dekning av debtors gjeld. Suksessor får ingen kompensasjon, og vil ikke bli hørt i norske domstoler med en anførsel om at eiendomsretten er fullt ut reell og ikke representerer noen fare for kreditorsvik.

Etter dette kan drøftelsen ovenfor sammenfattes til følgende avgjørende momenter. For det første er det ikke foretatt noen konkret avveining av kreditorekstinksjonsreglene på den ene siden, og EMK P1-1 på den andre siden i autorative rettskilder. For det andre må kjøper av eiendommen alene bære den byrde som kreditorbeslaget medfører. Kjøper sitter igjen uten eiendom, og sannsynligvis uten pengene han har betalt eiendommen med. For det tredje finnes det få til ingen rettssikkerhetsgarantier nasjonalt for suksessor. For det fjerde rammer lovgivningen svært absolutt, og de grunnleggende hensyn bak reglene gjør seg ikke gjeldende med full styrke. Som Høyesterett i mindretall har presisert, bør ikke reglene gi større nedslagsfelt enn nødvendig.³⁰⁴ Denne konklusjonen har også støtte i juridisk teori, hvor Marthinussen uttaler følgende:

«Det er min oppfatning at dagens norske kreditorekstinksjonsregler går mye lengere enn nødvendig».³⁰⁵

Slik jeg ser det, stiller EMD nokså strenge krav til begrunnelse av inngrep i EMK P1-1 etter *Lindheim*. Når norsk rett i realiteten ikke har foretatt avveiningen mellom norske ekstinksjonsregler og EMK P1-1 som EMD krever, og i tillegg er begrunnelsen bak kreditorekstinksjon svært generell og til dels utdatert. Begrunnelsen bak rettsvernsreglene gjør seg heller ikke gjeldende for alle tilfeller av kreditorekstinksjon, og særlig ikke i dette typetilfellet. Dette har også blitt vektlagt i EMDs praksis i *Boyadzhieva*. Sett i lys av at EMK P1-1 også regulerer privatretslige regler, lovgivers manglende avveining av de motstridende interesser, og hvor inngripende det aktuelle inngrepet rammer, har jeg vanskelig for å se at EMD ville godta inngrepet. I realiteten er de eneste momenter som taler mot at EMD ville overprøvd kreditorekstinksjonsreglene her statenes skjønnsmargin, og i hvilken grad EMD vil vektlegge skjønnsmarginen i

³⁰⁴ HR-2021-2248-A avsnitt 109.

³⁰⁵ Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 178.

det foreliggende typetilfellet. Imidlertid har EMD i flere nevnte avgjørelser sett bort fra skjønnsmarginen for vurderingen av inngrepets konkrete virkning.³⁰⁶

Jeg vil derfor ta til orde for at det må reises betydelig tvil om hvorvidt et slikt typetilfelle kan godtas etter EMK P1-1. Etter en avveining av de ovenstående momenter foreligger det tungtveiende momenter som taler for at typetilfelle 1 ville vært i strid med EMK P1-1

5.3 Typetilfelle 2 – Tilfellene hvor norsk rett oppstiller en ulovfestet rettsvernsregel.

5.3.1 Lovkravet

I de følgende punktene skal jeg redegjøre for hvilke krav EMK P1-1 stiller til hjemmel for en ulovfestet rettsvernsregel. Jeg vil imidlertid ikke fokusere på hjemmelens formelle side, herunder om det stilles et krav til hjemmel i lov. EMD har åpnet for ulovfestede regler som grunnlag for inngrep i konvensjonen.³⁰⁷ Jeg vil derfor drøfte de krav EMD har oppstilt til hjemmelens kvalitet. Prøvingsintensiteten synes langt videre ved vurderingen av hjemmelens kvalitet enn ved hjemmelens formelle grunnlag.³⁰⁸ At kreditorekstinksjon er å anse som et inngrep i EMK P1-1 er gjennomgått i punkt 5.1. Det skal ikke i dette typetilfellet foretas en konkret drøftelse av et bestemt faktum. Jeg vil foreta en analyse i den hensikt å finne frem til de relevante begrensninger som EMK P1-1 eventuelt vil sette for etableringen av ulovfestede rettsvernsregler. For det konkrete typetilfellet vil jeg fokusere i størst grad på lovkravet og hvilke krav EMK P1-1 stiller til legalitet for inngrep i konvensjonen. Jeg vil likevel for helhetens skyld også skrive noe om kravet til legitimt formål og proporsjonalitet. Formålet med drøftelsen av dette typetilfellet blir derfor å analysere EMDs praksis i den hensikt å finne frem til de aktuelle begrensninger EMK P1-1 eventuelt setter for etableringen av ulovfestede rettsvernsregler.

Lovkravet har blitt behandlet i EMD i flere avgjørelser. Den første saken jeg skal analysere er *Carbonara and Ventura v. Italy*.³⁰⁹ Saken gjaldt blant annet spørsmål om italienske ekspropriasjonsregler ivaretok kravet til legalitet etter EMK P1-1. EMD kom til at inngrepet ikke var i

³⁰⁶ Slik *Zvolsky and Zvolcka v. The Czech Republic* avsnitt 69.

³⁰⁷ Se punkt 3.6.1. Fra juridisk teori se Salvesen, *Kreditorvern*, s. 181 med videre henvisning til Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, s. 318.

³⁰⁸ Se NOU 2013:11 s. 27.

³⁰⁹ Sak 24638/95 *Carbonara and Ventura v. Italy*.

overenstemmelse med lovkravet, og uttalte seg innledningsvis om de grunnleggende hensyn som lovkravet bygger på, hvor EMD uttalte:

«The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful. The rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention (see Iatridis cited above, § 58) and entails a duty on the part of the State or other public authority to comply with judicial orders or decisions against it».³¹⁰

Domstolen bygger først lovkravet på grunnleggende demokratiske hensyn. Hensynet til rettsikkerhet må være det bærende hensyn bak legalitetskravet. Ved å innta et lovkrav for inngrep i konvensjonen vil konvensjonen motvirke at inngrep i EMK P1-1 går på bekostning av grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Et inngrep uten hjemmel kan vanskelig sies å være forenelig med grunnleggende rettsstatshensyn, og alle moderne rettsstater må sies å inneholde et krav om legalitet ved inngrep overfor den enkelte.³¹¹ Lovkravet er derfor en helt grunnleggende rettsikkerhetsgaranti for borgeren.

Etter dette redegjør EMD for de krav som stilles til hjemmel for inngrep i EMK P1-1, og uttaler:

«However, it reiterates that the requirement of lawfulness means that rules of domestic law must be sufficiently accessible, precise and foreseeable(...)».³¹²

Uttalelsen kan umiddelbart fremstå slik at det stilles tre krav til lovhjemmel, herunder at hjemmelen må være tilgjengelig, presis, og forutberegnelig. Imidlertid har jeg vanskelig for å se at disse kan sees på som tre ulike vilkår som må være oppfylt for å gjøre inngrep i konvensjonen. Det vil fremstå som unaturlig å skulle drøfte klarhetskravet og tilgjengelighetskravet, og deretter reise problemstillingen om hjemmelen er forutberegnelig. Dette fordi en klar og tilgjengelig hjemmel vil være forutberegnelig, mens en uklar og lite tilgjengelig hjemmel vil ikke være forutberegnelig. Jeg har på denne bakgrunn vansker for å se at forutberegnelighetskravet kan

³¹⁰ Sak 24638/95 Carbonara and Ventura v. Italy avsnitt 63

³¹¹ Se dok.nr.16 (2011-2012) s. 246-247.

³¹² Carbonara and Ventura v. Italy avsnitt 64

skilles ut som en egen vurdering fra tilgjengelighets, og klarhetskravet, men heller at forutberegnelighet er den bærende begrunnelsen bak tilgjengelighet og klarhetskravet.

EMDs uttalelser kan imidlertid forstås dithen at forutberegnelighet er gjort til et eget vilkår jf. uttalelsen «and foreseeable». Likevel synes det noe kunstig å skulle skille ut forutberegnelighet til et eget vilkår. Det fremstår som mest naturlig å vurdere forutberegnelighet som et overordnet krav til hjemmelens kvalitet. I en vurdering av hjemmelens forutberegnelighet vil klarhetskravet og tilgjengelighetskravet være tungtveiende momenter. Når en hjemmel skal etableres, må derfor denne ivareta kravet til en tilgjengelig og klar hjemmel i en slik grad at den fremstår som forutberegnelig for borgeren.

For å redegjøre for innholdet kvalitetskravet vil jeg i det følgende gå i dybden på EMDs drøftelse i *Carbonara* og annen EMD praksis. For den konkrete vurderingen i *Carbonara* la EMD betydelig vekt på at italienske ekspropriasjonsregler ble praktisert ulikt fra sak til sak, og fremsto som svært lite konsekvente.³¹³ Da regelen ble etablert ble det fremholdt av italienske domstoler at det ikke fantes noen «limitation period» for slike inngrep. Etter noe utvikling av regelen, konkluderte italienske domstoler med at det forelå en 5 års «limitation period».³¹⁴ Skjæringstidspunktet for når denne perioden skulle løpe fra ble også endret av nasjonale domstoler ved flere anledninger.³¹⁵ At regelen ble praktisert så ulikt fra sak til sak ble tillagt stor betydning i EMD. Regelen fremsto således som lite forutberegnelig for borgeren.³¹⁶

Det fremgår ikke klart av dommen om EMD forholdt seg til klarhetskravet eller tilgjengelighetskravet for drøftelsen nevnt ovenfor. Det er imidlertid nærliggende å anta at drøftelsen bygde på at hjemmelen ikke var tilstrekkelig klar. En hjemmel som praktiseres forskjellig fra sak til sak kan neppe sies å være tilstrekkelig klar. Borgeren har liten anledning til å forutberegne sin rettsstilling i de tilfeller hvor innholdet i regelen endres fra sak til sak. En side av klarhetskravet er derfor at hjemmelen må praktiseres på en slik måte at den ikke rammer ulikt i like tilfeller.

Dette kan være av stor relevans for en ulovfestet rettsvernsregel. En lovforankret hjemmel er vanskelig å praktisere ulikt for like tilfeller, mens en ulovfestet regel har ikke den samme demokratiske forankring som en lovtekst. En ulovfestet regel kan i teorien fravikes eller endres

³¹³ *Carbonara and Ventura v. Italy* avsnitt 65.

³¹⁴ *Carbonara and Ventura v. Italy* avsnitt 26.

³¹⁵ *Carbonara and Ventura v. Italy* avsnitt 27-31.

³¹⁶ *Carbonara and Ventura v. Italy* avsnitt 65.

av Høyesterett, mens Høyesterett kan ikke fravike en skreven lovtekst på en slik måte at det strider med maktfordelingsprinsippet.³¹⁷ For å unngå konvensjonsstrid bør derfor norske domstoler, som en følge av *Carbonara*, praktisere ulovfestede rettsvernsregler likt for like tilfeller.

Dommen er derfor illustrerende for betydningen av at en ulovfestet regel bør praktiseres likt for samtlige sakstilfeller, slik at det ikke etterlates betydelig tvil om rekkevidden av regelen. Dersom en regel tilnærmet kan endres fra sak til sak, vil ikke regelen, etter *Carbonara*, oppfylle EMDs krav til forutberegnelighet, og derfor ikke bestå EMDs krav til legalitet.

En annen avgjørelse som gjelder forståelsen av kravet til hjemmelens kvalitet, er *Centro Europa 7.S.R.L and Di Stefano v. Italy*. Om kvalitetskravet uttalte EMD at det ikke konvensjonsstridig å ha hjemler som er «vague» og hvor hjemmelen må tolkes for å kunne forutberegne sin rettsstilling.³¹⁸ Deretter uttaler EMD seg spesifikt om innholdet i kvalitetskravet:

«Thus, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable citizens to regulate their conduct; they must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Such consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. (...) a rule is “foreseeable” when it affords a measure of protection against arbitrary interferences by the public authorities».³¹⁹

EMD kommer i uttalelsen med viktige føringer for nasjonalstaten vedrørende hjemmelens kvalitet for inngrep i konvensjonen. For det første stilles det ingen krav om absolutt forutberegnelighet. Jeg forstår uttalelsen slik at borgeren ikke nødvendigvis må kunne, helt sikkert, lese ut av hjemmelen hvilken løsning en domstol eventuelt vil falle på. EMD har uttalt at en slik grad av forutberegnelighet vil være vanskelig å kreve. Dette kan ha sammenheng med at en rekke hjemmelsgrunnlag utformes noe vagt for å kunne fange opp mulige samfunnsutviklinger som ikke var aktuelt da hjemmelen ble lagd.

³¹⁷ Om «vilkårene» for å fravike et prejudikat, se Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, s. 131-142.

³¹⁸ Sak 38433/09 *Centro Europa 7.S.R.L And Di Stefano v. Italy* avsnitt 141-143.

³¹⁹ Sak 38433/09 *Centro Europa 7.S.R.L And Di Stefano v. Italy* avsnitt 141-143.

For det andre uttaler EMD seg spesifikt om når forutberegnelighetskravet er oppfylt. EMD uttaler at hjemmelen må gi «a measure of protection against arbitrary interferences». Jeg tolker EMD dit at dersom hjemmelen gir en viss grad av presis anvisning på de vilkår og rettsvirkninger som gjelder, må hjemmelskravet være oppfylt. Dommen kan ikke tas til inntekt for et særlig strengt hjemmelskrav. Når EMD har latt det avgjørende være om hjemmelen gir en grad av beskyttelse mot vilkårlighet, kan ikke kravet settes for høyt.

Avgjørelsen er derfor veiledende for at kravet til hjemmelens kvalitet neppe kan settes så høyt at det kreves en absolutt grad av forutberegnelighet. Det må tillates både vage og til en viss grad uklare hjemler, men hvor det bærende må være om borgeren, om enn med kyndig hjelp, har en viss adgang til å kunne forutberegne sin rettsstilling ved hjelp av den aktuelle hjemmelen. Det avgjørende synes å være hvorvidt borgeren, gjennom hjemmelen, gis en beskyttelse mot vilkårlighet fra det offentlige.

Det stilles på bakgrunn av overstående enkelte konkrete, men også til en viss grad vage krav til nasjonale domstoler. Overført til norsk rett medfører EMDs praksis en rekke krav for å oppstille en ulovfestet rettsvernsregel.

På den ene siden fremstår det som klart at en nasjonal hjemmel om ekstinksjon må ivareta en rekke krav. For å sikre at hjemmelen er forutberegnelig for borgeren, kreves det at hjemmelen er klar og tilgjengelig.³²⁰ Tilgjengelighetsregelen tilsier for det første at borgeren må ha tilgang til hjemmelen, og for det andre kan det ikke kreves større undersøkelser for å finne frem til hjemmelen. Formålet med regelen er å motvirke at inngrep skal virke, og ramme vilkårlig.³²¹ En alminnelig borger har ikke de nødvendige juridiske ferdighetene for å finne frem i vanskelige og lite tilgjengelige hjemmelsrekker. Imidlertid må det forventes av en borger at kyndig hjelp for å forstå hjemmelen dersom han er i tvil om forståelsen av denne.³²² Tilgjengelighetskravet gir imidlertid liten grunn til tvil i norsk rett, all den tid norsk rettspraksis blir publisert åpent for alle i lovdata. EMDs prøvingsintensitet for tilgjengelighetskravet er også lav.³²³

³²⁰ Dette følger av de avgjørelsene som er redegjort for ovenfor, eksempelvis *East West Alliance Limited v. Ukraine* avsnitt 167.

³²¹ Sak. 34129/03 *Microintelect OOD v. Bulgaria* avsnitt 39.

³²² Se sak. 17488/90 *Goodwin v. The United Kingdom* avsnitt 31.

³²³ Se Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, s. 77.

For det andre kreves det at hjemmelen, etter klarhetsregelen, må gi borgeren til en viss grad føringer for hva vilkårene er for å oppnå rettsvern, og hva rettsfølgene av manglende rettsvern vil være. Borgeren må kunne lese hjemmelen for å gjøre de nødvendige handlinger som kreves for å unngå den potensielt skadelige rettsfølgen. Imidlertid stilles det ikke krav om at borgeren må kunne lese hjemmelen selv, uten juridisk bistand for å forstå denne. EMD har uttalt at dersom borgeren måtte anskaffe juridisk bistand for å klarlegge sin rettsstilling, betyr ikke dette automatisk at hjemmelen er i strid med EMK P1-1. Borgeren må tvert om forventes å søke rimelig hjelp om nødvendig.³²⁴

Nasjonalstaten er også ilagt et ansvar i å praktisere den aktuelle hjemmelen på en slik måte at det ikke fremstår som vilkårlig. Dersom det blir etablert en ulovfestet rettsvernsregel i norsk rett, bør denne praktiseres likt for samtlige like tilfeller. Om domstolen etablerer en ulovfestet regel som blir vilkårlig endret fra sak til sak, vil dette lett komme i konflikt med vernet i EMK P1-1. EMD har lagt betydelig vekt på at en hjemmel ga ulike resultater fra sak til sak, og at nasjonalstaten «selectively» anvendte hjemmelen forskjellig.³²⁵

På den andre siden oppstiller EMD ikke helt konkrete krav til klarhet eller tilgjengelighet. EMD anvender uttrykk som «forsee ability» og at hjemmelen er forutberegnelig når den «affords a measure of protection against arbitrary interferences» uten at slike uttalelser nødvendigvis fremstår helt klare. Jeg anser kravene til klar og tilgjengelig hjemmel som todelt. For det første må hjemmelen gi borgerne adgang til å forutberegne sin rettsstilling. For det andre må hjemmelen gi så klare føringer at staten ikke kan foreta vilkårlige inngrep i individets rett. Hjemmelen skal være så klar at borgeren kan lese den, og samtidig så klar at den gir individet beskyttelse mot vilkårlighet.

Avgjørende for norske domstoler ved etableringen av ulovfestede rettsvernsregler må etter dette være om hjemmelen gir en viss grad av forutberegnelighet, og at den ikke praktiseres på en slik måte at den fremstår vilkårlig. Dersom domstolene er konsekvente i praktiseringen av regelen, og etablerer en regel hvor vilkårene for å etablere rettsvern nokså klart kommer frem, har jeg

³²⁴ Se sak. 42461/13 Karascony v. Hungary (Storkammer) avsnitt 125.

³²⁵ Se Carbonara and Ventura v. Italy avsnitt 65 og Hentrich v. France 42.

vanskelig for å se at EMD ville overprøvd denne regelen. Jeg antar at Høyesterett sin rettsregel oppstilt i HR-2021-2248-A ville stått seg etter EMK P1-1.³²⁶ Høyesterett uttaler følgende:

«En oppsummering viser at den alminnelige oppfatningen i litteraturen i minst 60 år i hovedsak, men ikke unisont, har vært at det som hovedregel eller utgangspunkt gjelder krav om overlevering eller at selger på annen måte fratas rådigheten over gjenstanden».³²⁷

Regelen fremstår som klar, og mulig å innrette seg etter for den alminnelige borger. Jeg anser denne regelen å oppfylle legalitetskravet i EMK P1-1 som analysert ovenfor. Regelen er ikke vanskelig å lese, og gir tydelig uttrykk for at det kreves overlevering, eller fratakelse av rådighet for at kjøper skal ha rettsvern mot selgerens kreditorer for ikke realregistrerbart løsøre

Når det gjelder den konkrete terskelen for at EMD eventuelt skal sette en nasjonal hjemmel til side, er saken i *Iatridis v. Greece* retningsgivende.³²⁸ Klageren drev en virksomhet, nærmere bestemt en friluftskino, som han ble nektet å bruke som følge av at staten bestred leieavtalen han hadde. Imidlertid hadde klageren en rekke kinoutstyr på tomten som staten nektet han å gjeninnta besittelsen av. Spesielt for saken er at utkastelsesordren ble opphevet av en nasjonal domstol, men hvor Hellas fortsatte å opprettholde utkastelsen i strid med hva en nasjonal domstol hadde konkludert med 10 år tidligere. EMD måtte ta stilling til om inngrepet ivaretok legalitetskravet, hvor EMD uttalte:

«From that moment on, the applicant's eviction thus ceased to have any legal basis and Ilioupolis Town Council became an unlawful occupier and should have returned the cinema to the applicant, as was indeed recommended by all the bodies from whom the Minister of Finance sought an opinion, namely the Ministry of Finance, the State Legal Council and the State Lands Authority (see paragraphs 20, 21 and 25 above)».³²⁹

Det fremsto derfor som klart for EMD at det forelå et brudd på EMK P1-1. At Hellas nektet å utlevere kinoen til klageren, selv etter at en domstol hadde gitt klageren medhold, fremsto både virkårlig og svært lite forutberegnelig. Statens begrunnelse var kun at de bestred den leieavtalen som forelå for tomten.

³²⁶ Se punkt 2.1.3 for gjennomgang av dommen.

³²⁷ HR-2021-2248-A avsnitt 61.

³²⁸ Sak 31107/96 *Iatridis v. Greece*.

³²⁹ *Iatridis v. Greece* avsnitt 61.

Dommen kan tolkes dit å gi støtte til en svært høy terskel for å konstatere brudd på lovkravet i EMK P1-1. EMD bygde sin drøftelse på et krav om at inngrepet «ceased to have any legal basis» eller være «unlawful». Uttalelsen «ceased to have any legal basis» kan på den ene siden forstås som et krav om at for å konstatere konvensjonsstrid på dette punkt må inngrepet være uten noe som helst grunnlag i nasjonal rett.

På den andre siden forstår jeg ikke EMD dithen at terskelen skal være så høy. Om uttalelsen som nevnt ovenfor leses i sammenheng, fremstår ikke uttalelsen som en beskrivelse av terskel for å gripe inn i en nasjonal hjemmel, men en beskrivelse av det aktuelle inngrepet i saken. EMD uttaler at «the applicants eviction ceased to have any legal basis» hvilket beskriver det inngrepet som er foretatt. Slik jeg ser det fremstår uttalelsen som konkret for den aktuelle saken, og ikke som en overordnet rettssetning som bør gis normerende virkning for senere saker om lovkravet. EMD gir ikke uttrykk for at terskelen for konvensjonsstrid ligger der at inngrepet må være helt uten hjemmel. Om terskelen skulle blitt satt så høyt, ville nasjonalstaten kunne hjemle inngrep i svært uklare hjemmelsgrunnlag. Hjemmelen ville da stått seg etter EMK P1-1 så lenge inngrepet bare har en formell hjemmel. Dette kan klart nok ikke være riktig jf. drøftelsen om kravet til forutberegnelighet ovenfor.

Selv om terskelen for å konstatere konvensjonsstrid på bakgrunn av manglende hjemmel ikke kan settes så høyt som et krav om at inngrepet må være «unlawful» eller «ceased to have any legal basis» synes terskelen likevel å være nokså høy. Jeg vil komme tilbake til dette under punkt 5.4.3. EMD synes å plassere eventuelle svakheter ved hjemmelsgrunnlaget under proporsjonalitetsvurderingen.

5.3.2 Legitimt formål

I det følgende vil jeg redegjøre for hvilke krav EMD stiller til de formål som en ulovfestet rettsvernsregel skal ivareta.

Som redegjort for i punkt 3.6.2, anerkjenner EMD nasjonalstatene en svært vid skjønnsmargin ved den konkrete vurdering av hvilke formål som er legitime etter EMK P1-1. EMD har i sin praksis anerkjent statens begrunnelser for inngrep dersom statens begrunnelse ikke er åpenbart feil eller grunnløs (manifestly without reasonable foundation).³³⁰

³³⁰ Se punkt 3.6.2. med videre henvisning til sak. 33202/96 *Beyeler v. Italy* (Storkammer) avsnitt 111, og *Hutten Czapska v. Poland* avsnitt 166.

Dersom det skulle blitt oppstilt en ulovfestet rettsvernsregel, måtte begrunnelsen bak denne ikke være åpenbart feil eller grunnløs. I norsk rett bygger, som nevnt, rettsvernsreglene på et ønske om å motvirke kreditorskadelige disposisjoner. Dersom Høyesterett i fremtiden skulle oppstilt en ulovfestet rettsvernsregel, bør denne regelen bygge på at den aktuelle disposisjonen representerer en fare for kreditorsvik, og rettsvernsakten er egnet til å forminske denne faren.³³¹ Høyesterett begrunnet tilsynelatende overleveringskravet for ikke realregistrerbart løsøre med å motvirke kreditorskadelige disposisjoner.³³²

Det fremstår som sjeldent at EMD setter til side et inngrep som i strid med kravet til et legitimt formål. Årsaken til dette forstås å være statens svært vide skjønnsmargin for denne vurderingen.³³³ I *Tkachevy v. Russia*, som gjaldt ekspropriasjon av et individs leiligheter, kom EMD imidlertid til at EMK P1-1 var krenket som følge av det ikke forelå et legitimt formål. EMD uttalte følgende som avgjørende for sin konklusjon:

«In view of the above considerations, the Court concludes that in the circumstances of the present case the public interest underlying the expropriation of the applicants' flat was not clearly and convincingly shown».³³⁴

EMD tiller avgjørende vekt at begrunnelsen bak inngrepet ikke var «convincingly shown» herunder at de offentlige interesser inngrepet skulle ivareta ikke var overbevisende fremvist. Slik jeg leser uttalelsen konkluderte EMD her med konvensjonsstrid som en følge av at det ikke forelå noen reell begrunnelse bak inngrepet. Overført til denne avhandlingen, synes derfor EMD å akseptere at det foreligger et legitimt formål, så lenge statene har begrunnet inngrepet i et noe fornuftig formål.³³⁵ EMD stiller ikke særlig strenge krav til valg av de legitime formål ved inngrep i EMK P1-1. Statene nyter en svært vid skjønnsmargin. Dersom Høyesterett begrunner en rettsvernsregel i et ønske om å motvirke faren for kreditorskadelige disposisjoner, synes ikke en slik begrunnelse å være åpenbart feil eller grunnløs. Jeg kommer derfor ikke til å problematisere dette ytterligere.

³³¹ Se Lilleholt, *bruken av reelle omsyn i formueretten*, s. 52.

³³² HR-2021-2248-A avsnitt 49.

³³³ Se punkt 3.6.2.

³³⁴ Sak 35430/05 *Tkachevy v. Russia* avsnitt 50.

³³⁵ Se også punkt 3.6.2.

Dersom Høyesterett ønsker å etablere en ulovfestet rettsvernsregel, bør denne iallfall begrunnes i de hensyn som er antatt å begrunne rettsvernsreglene.³³⁶ Om Høyesterett oppstiller en ulovfestet rettsvernsregel, og begrunner denne i et ønske om å hindre kreditorskadelige disposisjoner, kan jeg ikke se at EMD vil gripe inn i statens vurdering på dette punkt.

5.3.3 Proporsjonalitet

I dette punktet vil jeg redegjøre for hvilke krav EMD stiller til proporsjonalitet ved etableringen av ulovfestede rettsvernsregler. Jeg vil imidlertid ikke drøfte proporsjonalitetskravet inngående i dette punkt. Jeg har redegjort grundig for hvilke krav EMK P1-1 og EMD stiller til proporsjonalitet ved inngrep i konvensjonen ovenfor i punkt 3.6.3 og 5.2.3. Det vil likevel, av fremstillingshensyn, knyttes noen kommentarer til hvilke hensyn norske domstoler må ta ved etableringen av en ulovfestet rettsvernsregel i relasjon til proporsjonalitetskravet.

Avgjørende må være de avveininger som nasjonale domstoler er forpliktet å foreta etter konvensjonen. Som redegjort for i punkt 3.6.3 og i forrige typetilfelle, stiller EMD krav om at et inngrep ikke må ramme individet urimelig, slik at han må bære en stor byrde alene. For å unngå en slik virkning kreves det en fornuftig balanse mellom de individuelle og offentlige hensyn som gjør seg gjeldende ved inngrepet.³³⁷ Ved etableringen av en ulovfestet rettsvernsregel, må domstolene finne en fornuftig balanse mellom de motstridende hensyn. Jeg kan ikke se at EMD vil stille noen andre krav til norske domstoler enn til lovgiver når en rettsvernsregel skal etableres all den tid domstolsskapt rett i stor grad er likestilt med skrevne regler etter EMDs praksis.³³⁸

Som redegjort for i punkt 3.6.3 og 5.2.3 er det første kravet som stilles at det må foretas en reell avveining mellom de offentlige og individuelle hensyn. Domstolene kan ikke nøye seg med å vise til at vurderingen eksempelvis er «vurdert» slik som i forarbeidene til den gamle tomtefesteloven.³³⁹ EMD krever at det skal foretas en «specific assesment» av de motstridende hensyn.³⁴⁰ En slik uttalelse fra EMD stiller nokså strenge krav til domstolene dersom det skal etableres en ulovfestet rettsvernsregel.

³³⁶ Se punkt 2.1.1 og 4.2

³³⁷ Se Pye(storkammer) avsnitt 75.

³³⁸ Se punkt 3.6.1.

³³⁹ Ot.prp.nr.41 (2003-2004) s. 54-55 hvor lovgiver har uttalt at «balansen var vurdert».

³⁴⁰ Lindheim v. Norway avsnitt 128.

Ved etableringen av en rettsvernsregel må norske domstoler vise til begrunnelsen om å motvirke kreditorsvik og forhindre usikkerheter og tvister på den ene siden, og på den andre siden vurdere om disse hensyn kan begrunne at den aktuelle formuerettslige disposisjonen krever en rettsvernsakt for å ivareta disse hensyn. Videre må det foretas en konkret og reell vurdering av om faren for kreditorsvik og et ønske om mindre usikkerheter og tvister kan begrunne inngrep i eiendomsretten. Dersom norske domstoler foretar en slik reell vurdering, har jeg vanskelig for å se at EMD vil overprøve regelen, med mindre den rammer individet urimelig og individuelt i den konkrete saken.³⁴¹

For det andre må rettsvernsregelen formuleres tilstrekkelig klart. Som jeg vil drøfte nærmere under punkt 5.4.3, kan også svakheter ved hjemmelsgrunnlaget vektlegges i en proporsjonalitetsvurdering.

5.4 Typetilfelle 3 – Tilfellene hvor rettsvernsreglene blir fortolket analogisk eller utvidende

5.4.1 Lovkravet

I punktene 5.4.1-5.4.3 vil jeg drøfte om EMK P1-1 setter begrensninger for utvidende eller analogiske tolkningsresultat av en skreven rettsvernsregel. Formålet med redegjørelsen av typetilfellet er primært å analysere hvorvidt en analogisk eller utvidende tolkning er i strid med lovkravet i EMK P1-1, eller om det representerer en svakhet med hjemmelsgrunnlaget som må få utslag i en proporsjonalitetsvurdering. Kravet til legitimt formål representerer neppe noen begrensning for dette typetilfellet.

Lovkravets rettslige side er gjennomgått grundig i punktene 3.6.1 og 5.3.1. I dette punkt er det tilstrekkelig å påpeke at EMD har stilt krav om at hjemmelen må ivareta forutberegnelighets-hensynet gjennom å være tilstrekkelig klar og tilgjengelig for borgeren. Tvilen knytter seg derfor til om en rettsvernsregel, basert på analogi eller utvidende tolkning, oppfyller EMDs krav til hjemmelens kvalitet. Hjemmelens formelle side vil ikke drøftes all den tid prøvingsintensiteten for denne vurderingen er lav i EMD.³⁴²

³⁴¹ Se Lindheim v. Norway avsnitt 119 med videre henvisning til Hutten Czapska v. Poland avsnitt 167 flg.

³⁴² Punkt 5.3.1 med videre henvisning til NOU 2013:11 s. 27

I EMDs storkammeravgjørelse i *Lekic v. Slovenia*, har EMD uttalt seg treffende om de krav som stilles til hjemmel for inngrep i konvensjonen. Saken gjaldt en klager som hadde blitt holdt personlig ansvarlig for et selskaps gjeld. EMD uttalte seg først på generelt grunnlag om hva som er avgjørende ved vurderingen av lovkravet:

«In particular, a norm is “foreseeable” when it affords a measure of protection against arbitrary interferences by the public authorities.»³⁴³

EMD anvender begrepet «norm» i stedet for det tradisjonelle begrepet «law» som vanligvis blir brukt av domstolen. Jeg kan ikke se at begrepet «norm» medfører noen realitetsforskjell, annet enn at det tydeliggjør at en norm som utledes gjennom en rettsanvendelsesprosess godtas etter konvensjonen. Videre tillegger EMD forutberegnelighetshensynet avgjørende vekt. Denne forståelsen samsvarer med avhandlingens punkt 5.3.1, hvor jeg har redegjort for at hjemmelsspørsmålet i stor grad avgjøres på bakgrunn av hvilken grad av forutberegnelighet som hjemmelen gir. En hjemmel som gir liten grad av forutberegnelighet for borgeren, kan vanskelig oppfylle EMDs krav.

EMD tillia forutberegnelighetshensynet avgjørende vekt i klagerens disfavør og uttalte:

«Turning now to the applicant’s complaint about the failure to serve personally on him the decisions rendered in the strike-off proceedings (see paragraph 91 above), the Court has found in paragraphs 96-97 above that the applicant should have foreseen that his company ran the risk of being struck off from the court register and that he ran the risk of being held personally liable for its debts. Thus, either by himself or together with the other members of the company, he should have taken the necessary steps to collect any letters addressed to his company.»³⁴⁴

EMDs uttalelse knytter seg til borgerens adferd, hvor spørsmålet var om hjemmelen ga tilstrekkelig grunnlag for at borgeren kunne innrette seg etter de krav som følger av hjemmelsgrunnlaget. Jeg tolker uttalelsen dithen at dersom borgeren ikke har innrettet seg etter de krav som stilles fra hjemmelen, vil han neppe høres med at inngrepet er i strid med lovkravet i EMK P1-1.

³⁴³ Sak 36480/07 *Lekic v. Slovenia* avsnitt 95

³⁴⁴ *Lekic v. Slovenia* (Storkammer) avsnitt 102.

I *Karascony and Others v. Hungary*, formulerte EMD et svært presist vurderingstema vedrørende forutberegnelighetskravet. EMD uttalte at:

«(...)he or she must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. While certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and whose interpretation and application are questions of practice».³⁴⁵

Rettsregelen som må vurderes etter EMK P1-1 synes derfor å være hvorvidt hjemmelen gir borgeren grunnlag for å forutberegne sin rettsstilling. Hjemmelen behøver ikke, av hensyn til at en hjemmel kan tilpasse seg samfunnsutviklingen, ikke være helt klar. Etter nevnte avgjørelse ovenfor er absolutt forutberegnelighet et mål, men ikke en nødvendighet. I denne vurderingen vil naturligvis relevante momenter være hvorvidt hjemmelen er klar og tilgjengelig, men det avgjørende må være om hjemmelen gir borgeren en rimelig mulighet til å lese denne uten større undersøkelser, om enn med nødvendig juridisk bistand, og deretter forutberegne sin rettsstilling.

For å anvende et konkret kasus i drøftelsen, vil jeg ta utgangspunkt i et tilfelle hvor ordlyden «rett stiftet ved avtale» i tinglysingsloven § 23 blir fortolket som «frivillig stiftet rett.» etter analogislutninger fra tilgrensede regelsett.³⁴⁶ Et eksempel på et slikt tilfelle fra norsk rettspraksis er HR-2017-33-A som er gjennomgått ovenfor i punkt 4.3. Det konkrete spørsmålet i dette punkt blir derfor om borgeren har anledning til å forutberegne sin rettsstilling når rettsvernsregelen bygger på en analogisk, eller utvidende fortolkning av en annen rettsregel.

En analogisk eller utvidende tolkning fremstår nok umiddelbart som lite forutberegnelig for et enkeltindivid. Det er nærliggende å anta at en som ikke er jurist vil ha vanskeligheter for å forstå logikken i hvordan en skreven regel kan fortolkes videre enn sin ordlyd, eller omfatte noe annet enn det som står i lovteksten. Som det ble vektlagt i *Centro Europa 7.S.R.L And Di Stefano v. Italy* som redegjort for i punkt 5.3.1, er det av betydning om borgeren i det hele tatt,

³⁴⁵ *Karascony and Others v. Hungary* avsnitt 124.

³⁴⁶ Se luftfartsloven § 3-31 og sjøloven § 25.

eller til en viss grad kan lese hjemmelen for å forutse sin rettsstilling. For å ta utgangspunkt i et tilfelle hvor det kreves rettsvern en «rett stiftet ved avtale» for borgeren, kan den naturlige forståelsen av en slik ordlyd være at det må være inngått en gjensidig bindende avtale som jeg antar de fleste borgere vil forbinde med en slik ordlyd. Nå norsk rett da også krever en rettsvernsakt for en fisjon, som innebærer at et selskap blir omgjort til flere selskap, kan dette virke noe vilkårlig for borgeren, ettersom dette tilsynelatende ikke følger direkte av ordlyden.

I EMDs avgjørelse i *Carbonara*, uttalte EMD det er et tungtveiende moment i den konkrete vurderingen av lovkravet om regelen: «has evolved in a way that has led to the rule being applied inconsistently». Fornuftige grunner underbygger denne uttalelsen. Dersom en skreven regel gis et utslagsfelt som ikke følger direkte av dens ordlyd, vil en borger, selv med kyndig hjelp, ha problemer med å innrette seg etter regelen. For det konkrete typetilfellet kan det tenkes at borgeren, ved overdragelsen av formuesgodet, ikke tinglyste fordi han oppfattet en «rett stiftet ved avtale» som noe annet enn en «frivillig stiftet rett». Isolert taler dette i retning av at en utvidende eller analogisk tolkning ikke er i overensstemmelse med lovkravet i EMK P1-1.

Imidlertid kreves det ikke absolutt forutberegnelighet etter EMK P1-1. EMD godtar at individet må avfinne seg med å søke nødvendig juridisk bistand. Dette tilsier at EMD er noe lempelig på kravet til forutberegnelighet. Selv om hjemmelsgrunnlaget tilsynelatende er materielt sett svakt, har EMD i sin praksis vært tilbakeholden med å omtale inngrepet som lovstridig.³⁴⁷ At et inngrep bygger på en hjemmel som en vanlig borger neppe kunne lese uten bistand må tillegges noe vekt. Imidlertid er det nærliggende å anta at en alminnelig jurist vil både kunne lese og forklare hjemmelsgrunnlaget til en borger. På lik linje med EMD, fremstår det naturlig å la den materielle vurderingen av hjemmelen å falle innunder statens vide skjønnsmargin.³⁴⁸

Likevel, når borgeren uten hjelp vanskelig kan forstå seg på innholdet i hjemmelen, bør det sees på som en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget. En hjemmel uten svakhet vil gi borgeren rimelig mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Når rettsfølgen ikke kan utledes direkte av hjemmelen alene fremstår det derfor mest aktuelt å vurdere analogisk eller utvidende fortolkning av rettsvernsregler som en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget under proporsjonalitetstesten.

³⁴⁷ Se sak 31443/96 *Broniowski v Poland* avsnitt 154.

³⁴⁸ *Broniowski v. Poland* avsnitt 154.

Spørsmålet særlig er hvorvidt hjemmelen fremstår så svak at den påvirker helhetsvurderingen av inngrepets virkning.³⁴⁹

5.4.2 Legitimt formål

For dette typetilfellet er det tilstrekkelig å peke tilbake på drøftelsen i punkt 5.2. Vurderingen av hvilke formål som begrunner rettsvernsreglene skiller seg ikke ut i dette punkt, og det vil være ren dobbeltbehandling å gjennomgå samme vurderingen på nytt. Det er tilstrekkelig å påpeke at rettsvernsreglene bygger på hensynet til å motvirke kreditorsvik gjennom notoriske, etterprøvbare, formuerettslige disposisjoner. Jeg kan ikke se at disse hensyn er «manifestly without reasonable foundation».³⁵⁰

Det kan derfor ikke være særlig tvilsomt at også en analogisk eller utvidende tolkning vil ivareta de grunnleggende hensyn bak rettsvernsreglene, og at hensynene ville stått seg etter EMK P1-1.

5.4.3 Proporsjonalitet

I dette punktet vil jeg drøfte hvorvidt en utvidende eller analogisk fortolkning kan stå seg etter EMDs krav til proporsjonalitet. Kravet til proporsjonalitet for inngrep i EMK P1-1 er drøftet inngående i punkt 3.6.3 og 5.3.2. Jeg vil derfor ikke begi meg ut på en helt lik drøftelse i dette punkt av rene fremstillingshensyn. En utvidende eller analogisk fortolkning av en rettsvernsregel utgjør derimot en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget som redegjort for i punkt 5.4.1. I dette punkt aktualiseres derfor momentet om hvor stor vekt EMD tillegger eventuelle svakheter med hjemmelsgrunnlaget. Formålet med analysen i dette punkt er derfor for det første å drøfte hvor stor vekt momentet har i en konkret proporsjonalitetsvurdering. Deretter vil jeg anvende mine funn i drøftelsen på det konkrete typetilfellet og drøfte om en utvidende eller analogisk fortolkning av en rettsvernsregel er proporsjonalt etter EMK P1-1. For ordens skyld presiseres det imidlertid at de øvrige momenter i proporsjonalitetstesten også må gjelde for dette typetilfellet.³⁵¹

³⁴⁹ Likeledes som EMD gjorde i *Broniowski v. Poland* avsnitt 184 og punkt 5.3.3.

³⁵⁰ Se punkt 3.6.2, 5.2.2 og 5.3.2.

³⁵¹ Se punkt 3.6.3 og 5.2.3.

Avgjørelsen jeg vil analysere Broniowski v. Poland.³⁵² Saken gjaldt polske regler som skulle kompensere rettighetsinnehavere som tapte sin eiendomsrett til ulike annekteringshandlinger som Tyskland gjennomførte under 2. verdenskrig. Klagerens mor hadde arvet en eiendom med festeavtale på statlig grunn. Hun skulle motta en erstatning som ble motregnet mot den leien hun betalte for tomte. Når hun døde, krevde klageren utbetalt resten av erstatningen. Kravet ble avvist av myndighetene med den begrunnelse at tomten hadde blitt overført til det lokale selvstyret og at erstatning ikke kunne utbetales.

EMD slår fast at inngrepets hjemmel neppe var kompatibel med «the rule of law». Videre viser EMD til polske domstoler som uttalte at inngrepet bar preg av å være «lawless» og «unacceptable to the rule of law».³⁵³ At EMD tilsynelatende overprøvde disse nasjonale vurderingene tilsier nokså umiddelbart at lovkravet ikke var oppfylt for den konkrete saken. At hjemmelen innehar en slik karakteristikk som EMD legger til grunn, strider mot de rettssetninger som er redegjort for ovenfor om de krav EMD stiller til forutberegnelighet.

Imidlertid konkluderte EMD med at lovkravet, nokså overraskende, var oppfylt. EMD uttalte:

«However, in the Court's opinion, those findings and the consequences they entail from the point of view of compliance with Article 1 of Protocol No. 1 are material considerations to be taken into account in determining whether the Polish authorities, in applying various impugned measures or in refraining from action, struck a fair balance between the interests involved».³⁵⁴

Jeg kan ikke forstå EMD annerledes enn at de er tilbakeholdne med å overprøve en nasjonal hjemmel, og heller henviser denne vurderingen til en proporsjonalitetstest. EMD viser her at de anser seg mer egnet til å ta stilling til inngrepets proporsjonalitet, enn de anser seg egnet til å overprøve en nasjonal hjemmel. I de tilfeller hvor det foreligger tvil om hvorvidt hjemmelen kan stå seg etter lovkravet, kan dommen tas til inntekt for at hjemmelens svakhet heller skal overføres til en vurdering av inngrepets proporsjonalitet.

³⁵² Broniowski v. Poland. Også tillagt vekt i *Beyeler v. Italy* avsnitt 110.

³⁵³ Broniowski v. Poland avsnitt 154.

³⁵⁴ Broniowski v. Poland avsnitt 154.

I den konkrete vurderingen av inngrepets proporsjonalitet vektla EMD at inngrepet bar preg av å være vilkårlig, eller «inherent with the rule of law».³⁵⁵ EMD tilla hjemmelens svakhet vekt i en helhetsvurdering av en rekke momenter, og konkluderte med at inngrepet rammet klageren individuelt og urimelig, og følgelig var i strid med EMK P1-1.³⁵⁶

Begrunnelsen bak hvorfor EMD er tilbakeholdne med å konkludere med krenkelse utelukkende på bakgrunn av lovkravet fremgår ikke tydelig av dommen. Imidlertid tolker jeg EMD dithen at en materiell vurdering av en hjemmel bør holdes på nasjonalt nivå, hvor skjønnsmarginen er stor. Det kan imidlertid rettes noe kritikk mot dette. For det første antar jeg at EMD har nokså stor kompetanse når det gjelder å vurdere en nasjonal hjemmel opp mot de krav EMK P1-1 stiller til legalitet. EMD trenger ikke foreta en særlig materiell vurdering av hjemmelen, men må ta stilling til hjemmelen som foreligger opp mot de krav som følger av EMK P1-1. For det andre, og for meg det viktigste, så vil det ha stor symbolverdi å konkludere med at inngrepet ikke er i overensstemmelse med legalitetskravet. Når EMD heller overfører denne vurderingen til en proporsjonalitetstest, kan det sies at hjemmelens svakhet blir noe skjult i en vurdering av en rekke andre momenter. Dersom hjemmelen, som i *Broniowski* er så uklar at den ikke er forenelig med alminnelige rettssikkerhetskrav, er det viktig å skape en presedens for at slike hjemler ikke kan godtas. Dersom denne vurderingen henvises til en proporsjonalitetsvurdering, vil hjemmelens svakhet stå i fare for å bli glemt bort og oversett.

For å avbøte følgene det har for individet at hjemmelen er svak, tar EMD heller stilling til svakheten i en helhetsvurdering av inngrepets proporsjonalitet. Som redegjort for i punkt 3.6.3 synes EMD å anse seg mer egnet til å foreta en proporsjonalitetsvurdering, herunder slik at de anerkjenner statene mindre skjønnsmargin på dette punkt.

Et spørsmål i denne forbindelse er hvor stor vekt det aktuelle momentet har i en helhetsvurdering av inngrepets proporsjonalitet. Dersom en hjemmel er svak, vil det virke mer inngripende å skulle tape eiendomsrett med grunnlag i en hjemmel som ikke er spesielt god. Dette har gode grunner for seg. Hjemmelskravet er helt elementært i enhver rettsstat, og gir borgerne grunnlag for å dra slutninger om deres rettsstilling, forutsatt at hjemmelen er tilstrekkelig klar. Om hjemmelen er svak, vil borgeren ha mindre grunnlag for å forutberegne sin posisjon i saken. EMD lot derfor hjemmelens svakhet gå på bekostning av en ellers fornuftig begrunnelse bakinngrepet

³⁵⁵ *Broniowski v. Poland* avsnitt 184.

³⁵⁶ *Broniowski v. Poland* avsnitt 187.

som ble foretatt av nasjonalstaten.³⁵⁷ Derfor viert EMD i *Broniowski* et godt avsnitt i proporsjonalitetsvurderingen til å kritisere den aktuelle hjemmelen. På denne bakgrunn synes derfor svakheter ved hjemmelsgrunnlaget å inneha en nokså stor vekt i en proporsjonalitetsvurdering.

Som redegjort for i punkt 5.4.1 medfører en analogisk eller utvidende fortolkning en materiell svakhet ved hjemmelsgrunnlaget. EMD har ikke vært tilbakeholden med å vektlegge den materielle svakheten i en konkret proporsjonalitetsvurdering, der svakheten ved hjemmelen inngår som et sterkt moment i en totalvurdering av om inngrepet rammer individet urimelig og individuelt.³⁵⁸ Spørsmålet i det følgende må derfor bli om en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget gjennom utvidende eller analogiske tolkninger medfører et konvensjonsstridig tolkningsresultat.

I realiteten vil en analogisk eller utvidende tolkning for dette typetilfellet innebære at det kreves en rettsvernsakt for et formuesgode som ikke følger av en naturlig forståelse av ordlyden i bestemmelsen. For borgeren vil det kunne virke uforståelig, og sannsynligvis mer inngripende at domstolen tolker seg frem til en ekstinksjonshjemmel som i utgangspunktet ikke forelå. Jeg er tilbøyelig til å kalle en analogisk eller utvidende tolkning for en generell svakhet som kan trekke en helhetsvurdering av inngrepets virkning i favør klageren. Dette fordi et slikt tolkningsresultat er prinsipielt noe en alminnelig person neppe har hørt om, og er noe en jurist lærer seg gjennom utdanningen. EMK skal nettopp, som nevnt i punkt 3.3 verne individet. Når individet innretter seg etter en skreven lovhjemmel, og domstolen kommer til etter en tolkningsprosess at ordlyden også omfatter andre tilfeller enn det som følger naturlig av ordlyden, vil det nok medføre en viss svakhet. Det vil kunne fremstå som mer inngripende for borgeren.

En vurdering av inngrepets proporsjonalitet bygger på en bred helhetsvurdering av statens balansering av de motstridende hensyn, samt hvor hardt inngrepet rammer.³⁵⁹ For det aktuelle typetilfellet har jeg en avgjørelse fra Høyesterett som typetilfellet bygger på, og for helhetens skyld vil jeg ta utgangspunkt i hvor inngripende ekstinksjonen i den konkrete saken var, og inkludere svakhete ved hjemmelsgrunnlaget i denne helhetsvurderingen.

Ekstinksjonens inngripende effekt i HR-2017-33-A knyttet seg i stor grad til økonomiske tap for Forusstranda Næringspark AS. Eiendommens verdi var på drøyt 73 millioner, en verdi som

³⁵⁷ *Broniowski v. Poland* avsnitt 184.

³⁵⁸ Se punkt 5.3.3 med videre henvisning til *Broniowski v. Poland* særlig avsnitt 184 og 187.

³⁵⁹ Se punkt 3.6.3.

bostyrer krevde skulle tilfalle boet mange år etter den aktuelle fisjonen fant sted. Isolert er det naturligvis svært tyngende å skulle tape en slik verdi så mange år etter transaksjonen fant sted.

Videre har norsk rett i lengere tid bygd på den klare hovedregelen om at rettsvernsreglene er absolutt og unntaksfrie.³⁶⁰ Denne hovedregelen har i norsk rettspraksis særlig kommet på spissen for de tilfeller hvor suksessor hevder at tap av rett fremstår urimelig tyngende.³⁶¹ Imidlertid kan dette komme på spissen for denne saken hvor kreditor hevder at «rett stiftet ved avtale» må tolkes utvidende til å omfatte «frivillig stiftet rett.» Høyesterett forholder seg ikke nødvendigvis strengt til ordlyden i tinglysningsloven § 23 når den konkluderer med at fisjon må omfattes av tinglysningsloven § 23. At Høyesterett går bort fra bestemmelsens ordlyd, i strid med det klare utgangspunktet som gjelder for praktiseringen av rettsvernsreglene kan virke ytterligere inngripende for suksessor, og derfor påvirke inngrepets virkning ytterligere.

De motstridende interesser er derfor suksessors ønske om å beholde sin reelle rett og unngå et stort økonomisk tap på den ene siden, mot konkursboets interesse i dekning og faren for kreditorsvik på den andre siden. For den konkrete saken var imidlertid ikke ovenfor nevnte direkte avgjørende for Høyesteretts konklusjon. Det avgjørende var at suksessor hadde økonomiske motiver for den manglende tinglysingen.³⁶² Dette vil medføre at inngrepet neppe kan anses så inngripende at ekstinksjonen ville stride med EMK P1-1 i dette konkrete tilfellet. Selv om inngrepet i HR-2017-33-A neppe ville vært i strid med EMK P1-1, gir dommen en god illustrasjon på et typetilfelle hvor rettsvernsregelen bygger på analogi eller utvidende tolkning av en skreven rettsvernsregel.

I norsk rett er en utvidende eller analogisk tolkning imidlertid ikke uvanlig rettsanvendelse på rettsområder utenfor legalitetsprinsippets område, og hvor domstolene vil dømme i tråd med samfunnsutvikling som lovgiver ikke har tatt hensyn til.³⁶³ Ved juridisk bistand ville en borger kunne forstått hjemmelsgrunnlaget bedre. EMD egner seg neppe til å ta stilling til materielt sett om en analogisk eller utvidende fortolkning har grunnlag i nasjonal rett. Rettstradisjonen og

³⁶⁰ Se punkt 2.1.1 med videre henvisning til Rt 1997 s. 1050 på side 1055, og HR-2017-33-A avsnitt 31.

³⁶¹ Se Rt 1995 s. 1181, Rt 1997 s. 1050, Rt 2002 s. 1484.

³⁶² HR-2017-33-A avsnitt 57.

³⁶³ Skoghøy har uttalt at analogisk fortolkning baserer seg på at de reelle hensyn er de samme, eller at bestemmelsene oppfattes uttømmende. For kreditorkestinksjon må derfor den analogiske eller utvidende fortolkningen basere seg på den fare for kreditorsvik som foreligger. Se *Skoghøy, Rett og Rettsanvendelse*, s. 64.

statenes materielle rettsanvendelse bør i stor grad holdes til et nasjonalt nivå. På bakgrunn av drøftelsen ovenfor, ville EMD etter all sannsynlighet ansett et slikt tolkningsresultat som en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget. Imidlertid avhenger momentets vekt av en rekke andre momenter i en totalvurdering av hvor inngripende virkning inngrepet fikk for borgeren. De konkrete momentene i totalvurderingen er gjennomgått inngående ovenfor i punkt 3.6.3.

Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at en analogisk eller utvidende fortolkning umiddelbart ville vært konvensjonsstridig. For lovkravet har jeg vanskelig for å se at EMD, i lys av statens vide skjønnsmargin, ville omtalt inngrepet som i strid med lovkravet. Når det gjelder proporsjonaliteten, ville momentet nokså stor vekt ved vurderingen av hvor hardt inngrepet rammer den enkelte. For det tilfellet at EMK P1-1 skulle begrense slike tolkningsresultat, ville det blitt i en totalvurdering av inngrepets proporsjonalitet i den konkrete saken, hvor svakheten ved hjemmelsgrunnlaget ville blitt tillagt vekt. Norske rettsanvendere må ha klart for seg at en analogisk eller utvidende fortolkning av rettsvernsregler vil kunne bidra til konvensjonsstrid i de tilfeller hvor inngrepet allerede rammer den enkelte sterkt, eller hvor det foreligger tvil om balansen mellom de motstridende interesser. Alene kan jeg imidlertid ikke se at svakheten vil få avgjørende vekt.

Det største problemet for det foreliggende typetilfellet er, på bakgrunn av vurderingen ovenfor, hensynet til forutberegnelighet, og hvordan denne svakheten ville påvirket en proporsjonalitetsvurdering. En ikke-jurist kan neppe, ved transaksjonen, tenke seg at en annen lov enn eksempelvis tinglysningsloven ved fast eiendom skal ramme den aktuelle disposisjonen. Imidlertid vil borgeren ved juridisk bistand kunne avhjelpe den manglende forutberegneligheten. På denne bakgrunn ville jeg vurdert analogisk eller utvidende tolkning som en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget i en helhetsvurdering av inngrepets virkning, og ikke som et lovstridig tolkningsresultat etter lovkravet i EMK P1-1. Hvorvidt et slikt tolkningsresultat ville vært konvensjonsstridig eller ikke må nok etter dette basere seg på en avveining av de motstridende interesser, og om inngrepet rammer den enkelte individuelt og urimelig i den konkrete sak. I denne vurderingen ville svakhetene ved hjemmelsgrunnlaget inngå som et viktig moment i den konkrete vurderingen dersom EMD finner slike tolkningsresultat som en svakhet ved hjemmelsgrunnlaget.

5.5 Sammenfatning

Formålet med dette punkt vil være å oppsummere de konkrete funnene i kapittel 5. Ettersom drøftelsene er grundige, vil jeg nøye meg med en kort oppsummering. De funn jeg har gjort gjennom analysene kan oppsummeres til særlig tre hovedfunn av betydning.

For det første, og vel så viktig som drøftelsene i punkt 5.2 til 5.4, så utgjør reglene om kreditorkestinksjon et inngrep i eiendomsvernet i EMK P1-1. Denne konklusjonen alene innebærer at individet får en rekke rettigheter etter konvensjonen.

For det andre så vil jeg argumentere for at kreditorkestinksjonsreglene har blitt praktisert på en slik måte at praktiseringen kan ha vært konvensjonsstridig. Drøftelsen i typetilfelle 1 illustrerer dette. Høyesterett avsa dom i en sak hvor resultatet fremsto som så inngripende at jeg har vanskelig for å se at EMD ville godtatt et slikt resultat om samme problemstilling skulle oppstå i fremtiden. At samme problemstilling kan oppstå igjen, er under ingen omstendighet fjernt. Reglene om kreditorkestinksjon praktiseres tilnærmet på lik linje i 2022 som de ble praktisert på tidlig 2000-tallet. En viktig begrensning ligger i at kreditorkestinksjonsreglene ikke kan ramme individuelt og urimelig byrdefullt. Som jeg skal komme tilbake til under kapittel 6, foreligger det enkelte retts tekniske grep norsk rett kan gjøre for å imøtegå den inngripende virkningen av kreditorkestinksjon.

For det tredje vil EMK P1-1 sette en rekke begrensninger for etableringen av ulovfestede kreditorkestinksjonsregler. Slik jeg ser det står ikke domstolene fritt til å etablere ulovfestede regler om kreditorkestinksjon uten å ta høyde for rettigheten i EMK P1-1. Imidlertid skal det ikke særlig mye til for å imøtegå konvensjonens krav til norsk rett. Så lenge norske domstoler praktiseres den ulovfestede regelen på en slik måte at den ikke rammer vilkårlig, har jeg vanskelig for å se at EMD vil sette denne til side som konvensjonsstridig. EMD stiller imidlertid krav om at inngrep i konvensjonen må være tilstrekkelig begrunnet. For å ikke komme i konflikt med proporsjonalitetskravet, bør norske domstoler videre søke å foreta en konkret og synlig avveining av de motstridende interesser. Dersom norske domstoler, etter en konkret vurdering, kommer til at den ulovfestede kreditorkestinksjonsreglen ikke rammer uproporsjonalt, ville EMD etter all sannsynlighet godtatt regelen.

Når eiendomsretten er ansett så viktig at den fortjener en plass i en katalog av grunnleggende rettigheter, må norske rettsanvendere strekke seg etter å ivareta de krav EMK P1-1 stiller. Gjennom avhandlingen er det redegjort for at EMK P1-1 er gitt et videre vern enn rettigheten var

tiltenkt ved vedtakelsen i 1952.³⁶⁴ Utvalget som skulle forberede ny tomtfestelov har gått så langt i sine uttalelser å gi EMK P1-1 samme gjennomslagskraft som EMK art 8-11.³⁶⁵ EMDs egen praksis tilsier også, uten at jeg skal gjennomgå disse på nytt, at både prøvingsintensiteten etter konvensjonen er høy, og at konvensjonen også verner rettsområder som regulerer rent privatrettslige forhold.

³⁶⁴ Se punkt 3.3 og 5.2.3.

³⁶⁵ NOU 2013:11 s. 122.

6 Veien videre for kreditorekstinksjonsreglene

Formålet med denne avhandlingen har vært å analysere om, og eventuelt i hvilken grad EMK P1-1 begrenser praktiseringen av norske kreditorekstinksjonsregler. Etter tidligere teori og rettspraksis har EMK P1-1 blitt ansett å ha innvirkning på reglene om blant annet tomtefeste, ekspropriasjon og urfolksrett.³⁶⁶ Etter denne avhandlingen har jeg imidlertid funnet at EMK P1-1 også bør få betydning for reglene om kreditorekstinksjon. Kreditorekstinksjonsreglene stammer fra en tid lenge før EMK P1-1 ble gjort til norsk rett. Som en følge av mine funn i denne avhandlingen kan det spørres om kreditorekstinksjonsreglene bør modifiseres. Hensikten min i det følgende er derfor å fremme noen konkrete forslag som vil minske muligheten for at EMD vil gripe inn i kreditorekstinksjonsreglene i fremtiden.

Spørsmålet i dette punkt er egentlig, hvilke konkrete tiltak bør gjøres i norsk rett for at kreditorekstinksjonsreglene ikke skal risikere å bli underkjent av EMD i fremtidige tilfeller. I dette punktet vil jeg derfor se på særlig to problemer med reglene om kreditorekstinksjon som jeg har funnet gjennom avhandlingen. Det første problemet er at det i de autorative rettskildene ikke er foretatt noen konkret eller reell avveining av kreditorekstinksjonsreglene i lys av EMK P1-1. Det andre problemet er hvor inngripende reglene rammer. Spørsmålet er hvilke tiltak som kan gjøres for å gjøre reglene mindre inngripende.

Når det gjelder det første problemet, så vil jeg ta til orde for at norske domstoler og lovgiver har en lang vei å gå når det gjelder implementeringen av EMK P1-1.³⁶⁷ Ved ethvert regelsett som medfører at enkeltindividet ikke kan bruke sin eiendom fritt, må lovgiver og domstolene stille spørsmålene 1) er den aktuelle reguleringen et inngrep i EMK P1-1? Dersom spørsmål 1 blir besvart bekreftende, må norske domstoler stille seg spørsmålet 2) hvordan kan vi i norsk rett sørge for at individets rett etter EMK P1-1 blir ivaretatt?

³⁶⁶ For tomtefeste, se *Lindheim v. Norway*, som medførte at tomtefesteloven måtte endres, se NOU 2013:11. For blant annet ekspropriasjon, se Solheims, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, og for urfolksrett, se blant annet Øyvind Ravna, «I hvilken utstrekning er same-nes rett til reindrift vernet av EMK P1-1», *Retfærd Årgang 32 2009 nr. 2/125 s. 24-45*.

³⁶⁷ Som nevnt i punkt 2.1.3 er Høyesterett blitt oppmerksom på problematikken, for første gang slik jeg kan se det i HR-2021-2248-A avsnitt 109.

Så langt kan jeg ikke se at norske domstoler eller lovgiver har utført denne øvelsen, med unntak av da EMD grep inn i *Lindheim*, og Norge ble forpliktet til å innrette seg etter EMDs fellende dom. EMD rettet i *Lindheim* nokså klar kritikk mot norske rett. Kritikken baserte seg i stor grad på at det ikke var foretatt noen konkret eller reell avveining av tomtefestereglene opp mot de krav som stilles etter EMK P1-1. Norge ble forpliktet til å foreta en konkret og reell avveining av forholdet til EMK P1-1, noe som også ble gjort i forarbeidene til den nye tomtefesteloven. Forarbeidene omhandler i sin helhet forholdet mellom tomtefesteloven og EMK P1-1, se NOU 2013:11.

For å ivareta de krav EMK P1-1 stiller, fremstår det viktig å foreta en reell avveining av de offentlige interesser på den ene siden, og individinteressene på den andre siden. En slik avveining vil i stor grad sikre at EMD godtar de nasjonale reglene som konvensjonsmessig. En reell avveining mellom de ulike hensyn vil skape en reell forutberegnelighet for individet. Det vil være lettere for individet å forstå hvorfor han har blitt rammet av det konkrete inngrepet. Dersom forholdet mellom kreditorekstinksjonsreglene og EMK P1-1 blir holdt åpent og uten nærmere vurdering i autorative rettskilder, vil neppe EMD være særlig tilbakeholdne med å overprøve kreditorekstinksjonsreglene slik den gjorde med tomtefestereglene.

Dersom nasjonalstatens avveining ikke er tilstrekkelig, har EMD lavere terskel for å gripe inn. Jeg har ingen intensjon om å være en slags spåmann om hva EMD vil gjøre for fremtidige tilfeller. Mine analyser i avhandlingen tilsier imidlertid at EMD ikke er særlig tilbakeholdne med 1) å i det heletatt foreta en prøving, og 2) konkludere med konvensjonsstrid.³⁶⁸ Hvorvidt EMD ville konkludert med konvensjonsstrid eller ikke dersom et lignende sakstilfelle som typetilfelle 1 skulle komme til behandling i EMD, er naturligvis vanskelig å si med sikkerhet. Jeg har gjennom analysene i kapittel 5 redegjort for og analysert avgjørende momenter som EMD med stor sikkerhet ville tatt stilling til dersom tilfellet skulle bli behandlet i domstolen. EMD har tillagt nokså stor vekt om nasjonalstaten har foretatt en konkret og reell avveining av inngrepets virkning. Dersom ikke dette blir gjort i norsk rett, kan kreditorekstinksjonsreglene stå i fare for å bli underkjent av EMD i fremtidige tilfeller.

For det andre problemet knytter tvilen seg til hvilke konkrete endringer som kan gjøres ved kreditorekstinksjonsreglenes karakter som gjør reglene mindre inngripende. Imidlertid må også

³⁶⁸ Se særlig punkt 3.6.3 og 5.2.3.

de grunnleggende hensyn bak kreditorekstinksjonsreglene ivaretas, ettersom de er veletablert i norsk formuerett.³⁶⁹

På den ene siden er det i langvarig rettspraksis tatt til orde for at en løsning som åpner for konkrete rimelighetsunntak ikke er ønskelig.³⁷⁰ Dette er tvisteskapende og sår tvil om skrevne rettsvernsregler. Videre kan slike unntak svekke kreditorenes beslagsrett, noe som kan være direkte skadelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Dette har jeg redegjort for grundig tidligere i avhandlingen.³⁷¹ Derfor kan en løsning som åpner for at suksessor kan føre sannsynlighetsbevis for de reelle eierforhold for å unnsnippe kreditorene, neppe være ønskelig sett i lys av de hensyn som er veletablert i formueretten gjennom lang tid.

På den andre siden vil en mindre inngripende løsning på disse tilfellene være å gi suksessor mulighet til å imøtegå kreditorbeslaget ved å bevise de reelle eierforhold, men hvor beviskravet settes høyt. Marthinussen har foreslått en slik løsning.³⁷² Ved å sette beviskravet høyt, eksempelvis ved at det kreves «overveiende sannsynlighet» vil det medføre at det skal vektige bevis til for å bevise de reelle eierforhold. Det kan da tenkes at det ikke blir nevneverdig tvisteskapende å innta unntak fra rettsvernsreglene. Problemet med løsningen er imidlertid at den ikke fanger opp de tilfellene hvor suksessor bevisst har unnlatt å tinglyse av årsaker som ikke er beskyttelsesverdige i norsk rett. Dersom suksessor fører sterke bevis for de reelle eierforhold vil han klart nok motbevise faren for kreditorsvik. Suksessor kan imidlertid ha valgt å ikke tinglyse av rene økonomiske årsaker.³⁷³ Suksessor kan jo være både reell eier av formuesgodet, men samtidig bevist ha unnlatt tinglysing, slik at en ren bevisregel neppe vil være tilstrekkelig.

I tillegg til Marthinussens forslag vil jeg, i tillegg til en ren bevisregel, anse det nødvendig med et vilkår om at suksessor ikke er å klandre for den manglende tinglysing. Dersom suksessor ikke tinglyser, så bryter han en klar lovbestemt oppfatning til å registrere sitt erverv. Det kan være flere motiv for å ikke tinglyse, herunder økonomiske motiv. Tinglysing koster penger. Det må betales en dokumentavgift til staten på 2,5 prosent av kjøpesummen. Dersom suksessor ikke

³⁶⁹ Se punkt 2.1.1.

³⁷⁰ Se til illustrasjon Rt 1997 s. 1050 på side 1055 Rt 2002 s. 1484 HR-2017-33-A avsnitt 32 og HR-2021-2248-A avsnitt 49-52.

³⁷¹ Se punkt 2.1.1 og 5.2.3.

³⁷² Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, s. 178.

³⁷³ Se saken i HR-2017-33-A hvor det neppe var tvil om de reelle eierforhold, men hvor suksessor ikke hadde til intensjon å betale dokumentavgiften.

tinglyser utelukkende av økonomiske motiv, vil han ikke være beskyttelsesverdig. Dette er noe Høyesterett har vektlagt i suksessors disfavør i rettspraksis.³⁷⁴ Høyesterettspraksis taler derfor for at det ville vært nødvendig med et slikt vilkår dersom en unntaksregel kunne vært aktuelt.

Et mulig problem med en slik løsning er at det kan svekke kreditorenes adgang til dekning. Kreditorerne vil fremdeles ha en adgang til å søke dekning hos skyldneren, men vil ikke lengere ha adgang til å ekstingvere suksessors rett for de tilfeller vilkårene i en mulig unntaksregel er oppfylt. Imidlertid kan ikke kreditorenes beslagsrett gå lengere enn nødvendig etter de krav EMK P1-1 stiller. En løsning hvor suksessor er tilnærmet rettsløs går muligens lengere enn nødvendig. En unntaksregel som åpner for at suksessor kan føre bevis for de reelle eierforhold, og samtidig stiller som vilkår at han ikke er å klandre for manglende tinglysing vil virke langt mindre inngripende for suksessor.

Formålet med denne avhandlingen har vært å analysere hvorvidt EMK P1-1 setter begrensninger for praktiseringen av kreditorekstinksjonsreglene. Ettersom mine funn trekker nokså klart i retning av at EMK P1-1 setter flere begrensninger for, håper jeg derfor at denne avhandlingen har bidratt til en økt forståelse av EMK P1-1 og dens påvirkning på norsk rett.

³⁷⁴ Se HR-2017-33-A avsnitt 58-66.

Kildeliste

Norske Lover

- Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- Lov 7. Juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysingsloven)
- Lov 17. Februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova)
- Lov 23. Oktober 1959 nr. 3 om overføring av fast eiendom (overføringslova)
- Lov 9. Desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova)
- Lov 29. November 1968 om særlege råderettar over framand eigedom (servitutlova)
- Lov 2. Juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre (godtroervervsloven)
- Lov 8. Februar 1980 nr. 2 om pant (pantloven)
- Lov 11. Juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven)
- Lov 24. Juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven)
- Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 6. Juni 2003 nr. 39 om burettslag (burettslagslova)
- Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Lov 27. Juni nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan og bygningsloven)

Lovforarbejder og offentlige utredninger

NOU 1972:20

NOU 1982:17

Ot.prp.nr.41 (2003-2004)

Dok.nr.16. (2011-2012)

NOU 2013:11 s. 27

Høyesterettsavgjørelser

Rt 1910 s. 231

Rt 1912 s. 263

Rt 1935 s. 981

Rt 1957 s. 778

Rt 1994 s. 610

Rt 1997 s. 1050

Rt 2002 s. 557

Rt 2002 s. 1484

Rt 2003 s. 359

Rt 2005 s. 833

Rt 2007 s. 1281

Rt 2008 s. 1747

HR-2008-1861-S

Rt 2014 s. 238

HR-2017-33-A

HR-2018-1265-A

HR-2021-1773-A

HR-2021-2248-A

Internasjonale konvensjoner

FNs erklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (Menneskerettserklæringen)

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK)

Vienna convention on the law of treaties av 23. Mai 1969 (Wienkonvensjonen)

Avgjørelser fra EMD

Case «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium»
v. Belgium no. 1474/62; 1677/62; 1769/63; 1995/63; 2126/64 9. Februar 1967.

Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, 7. Desember 1976.

Tyrer v. The United Kingdom no. 5856/72 25. April 1978.

The Sunday Times v. The United Kingdom nr. 1, no. 6538/74, 26. April 1979.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden no. 7175/75; 7152/75 23. September 1982.

Malone v. The United Kingdom no. 8691/79 26. April 1985.

James and Others v. The United Kingdom no. 8793/79 21. Februar 1986.

Kruslin v. France no. 11801/85 24. April 1990.

Hentrich v. France no. 13616/88 22. September 1994.

Gasus Dosier Und Fördertechnik gmbH v. The Netherlands no. 15375/89 23. Februar 1995.

Scollo v. Italy no. 19133/91 28. September 1995.

Goodwin v. The United Kingdom no. 17488/90 27. Mars 1996.

Iatridis v. Greece no. 31107/96 25. Mars 1999.

Immobiliare Saffi v. Italy no. 22774/93 28. Juli 1999.

Beyeler v. Italy no. 33202/96 5. Januar 2000.

Carbonara and Ventura v. Italy no. 24638/94 30 Mai 2000.

S.A Dangeville v. France no. 36677/97 16. April 2002.

Zvolsky and Zvolska v. The Czech Republic no. 46129/99 12. November 2002.

Bäck v. Finland no. 37598/97 20. Juli 2004.

Broniowski v. Poland no. 31443/96 28. September 2005.

Hutten-Czapska v. Poland no. 35014/97 19. Juni 2006.

J.A Pye (Oxford) Ltd and J.A Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom no. 44302/02
30. August 2007.

Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy no. 38433/09 7. Juni 2012.

Lindheim and Others v. Norway no. 13221/08 and 2139/10 12. Juni 2012.

Tkachevy v. Russian no. 35430/05 4. April 2013.

East West Alliance Limited v. Ukraine no. 19336/04 23. Januar 2014.

Statlieo v. Croatia 12027/10 10. Juli 2014.

Chinnici v. Italy (no. 2) no. 22432/03 14. April 2015.

Gogitidze and Others v. Georgia no. 36862/05 12. Mai 2015.

Karacsony and Others v. Hungary no. 42461/13; 44357/13 17. Mai 2016.

Boyadzhieva and Gloria International Limited Food v. Bulgaria no. 41299/09; 11132/10 5. Juli 2018.

Lekic v. Slovenia no. 36480/07 11. Desember 2018.

Strezovski and Others v. North Macedonia no. 14460/16 27. Februar 2020.

Todorov and Others v. Bulgaria no. 50705/11 13. Juli 2021.

Cilei and Rosip v. The republic of Moldova and Russian no. 48145/10 og 8387/15 13. Juli 2021.

Lysak v. Poland no. 1631/16 7. Oktober 2021.

Juridisk litteratur

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 2. utgave Oslo 2009.

Berg, Borgar Høgetveit «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering?» *Jussens venner* vol. 34 utg. 1 1999 side 1-30.

Berg, Borgar Høgetveit og Harborg, Henning «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» *Jussens venner* vol. 38 utg. 5 2004 side 312-339.

Berg, Borgar Høgetveit, *Beslagsretten*, Oslo 2021.

Berge, Stig, og Stensholdt, Hans Ingvald, «Professor Marthinussens kritikk av HR-2017-33-A (Forusstranda) og hans metodespørsmål», *Jussens Venner* vol. 53 utg. 2 2018 side 137-163.

Bjørkholt, Anne Sofie, Ellingsgård, Anne Fløystad, og Løvdal, Elin Mack, «Godtroerverv av fast eiendom og aksjer i eiendomsselskaper», *Tidsskrift for eiendomsrett* vol. 14 utg. 1 2018 side 70-81.

Brækhus Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964.

Elgesem, Frode, «Tolkning av EMK – menneskerettsdomstolens metode» *Lov og Rett* vol. 42 utg. 4-05 2003 side 203-230.

Falkanger Thor, «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler», *Festskrift til Anders Brattholm*, Oslo 1990.

Falkanger Thor og Falkanger Aage Thor, *Tingsrett*, 8. utgave Oslo 1990.

Gauksdottir, Gudrun, *The right to property and The european convention on human rights*, Lund 2004.

Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 02/2008 volum 121 side 149-178.

Hov Jo og Høgberg Alf Petter, *Obligasjonsrett*, 2. utgave Oslo 2017.

Johannessen, Martin Helland, «Reguleringsplaner og EMK P1-1», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2020 side 57-984.

Jorem, Henrik, «eiendomsvernet i EMK» *Jussens venner* vol. 56. s. 79-112.

Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft*, München 2012.

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave Oslo 1999.

Lilleholt, Kåre, «Bruken av reelle omsyn i formueretten», *Jussens venner* vol 35. utg 2. 2000 side 49-60.

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

Magnussen, Roger Stelander, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, Tromsø 2015 (upublisert doktorgrad).

Marthinussen, Hans Fredrik, «Forusstranda: Kreditorvern med fisjon og fusjon, rettsvernshend og formuerettslige metodespørsmål», *Jussens venner* vol. 52 utg. 2 2017 på side 67-97.

Marthinussen, Hans Fredrik, «Om europeiseringen av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i Pye-saken», *Tidsskrift for rettsvitenskap* vol. 121 utg. 2 2008 side 179-207

Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave Oslo 2018.

Nylund, Anna, Koch, Søren, Sunde, Jørn Øyrehagen, *Comparing legal cultures*, Bergen 2020

Ravna, Øyvind, «I hvilken utstrekning er samenes rett til reindrift vernet av EMK P1-1», *Rættferd* Årgang 32 2009 nr. 2/125 s. 24-25.

Rognlien, Knut, «Prinsipper for tolkning av EMK», publisert i *advokatredet.no* 2005 punkt 1.

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, «Selvstendig rettsvernshend i lys av HR-2017-33-A», *Jussens venner* Vol 53. utg. 4. side 205-226.

Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, *Kreditorvern*, Oslo 2021.

Settem, Ola Johan, «Subisidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen i EMK-retten», *Jussens venner* vol. 51 utg. 3 2016 s. 119-141.

Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018.

Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, «Nasjonal EMK-prøving – svar til Bjørnar Borvik», *Lov og Rett* vol 51 utg. 3 2012 s. 170-181.

Solheim, Stig, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Oslo 2010.

Solheim, Stig, «EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: Revolusjonerende eller justerende?» *Lov og rett* vol. 52 utg. 4 2013 side 295-310.

Tørum, Amund Bjøranger, «Konsekvens i formueretten», *Jussens venner* vol.37 utg. 4-05 side 314-339.

Ulfbeck/Vibe, *Kontraktens relativitet, Det direkte ansvar i formueretten*, København 2000.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave Bergen 2018

Nettsider

<https://www.brreg.no/produkter-og-tjenester/statistikk/statistikk-fra-konkursregisteret/> Inn-
hentet 21.10.2021.

<https://www.nhoreiseliv.no/tall-og-fakta/> Innhentet 21.10.2021.

<https://www.brreg.no/aksjeselskap/fusjon-og-fisjon/fisjon/> Innhentet 20.02.2022.

<https://www.domstol.no/enkelt-domstol/hoyesterett/avgjorelser/> Innhentet 25.02.2022

