

UiO : **Det juridiske fakultet**

Innebærer kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 en krenkelse av eiendomsvernet i EMK P1-1?

En analyse med fokus på praksis fra EMD

Kandidatnummer: 632

Leveringsfrist: 25. november 2015

Antall ord: 17 982



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Kort om EMKs stilling i norsk rett	3
1.4	Begrepsavklaring	3
1.5	Avgrensninger.....	4
1.6	Den videre fremstillingen.....	5
2	METODE OG RETTSKILDER.....	6
3	KREDITOREKSTINKSJON ETTER TINGLYSINGSLOVEN § 23.....	8
3.1	Bestemmelsen	8
3.2	Rettslig kontekst.....	8
3.3	Ordlyden: For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må den være innført i dagboken senest dagen før konkursåpningen	9
3.4	Regelens formål	10
3.5	Åpner Høyesteretts praksis for ulovfestede unntak?.....	12
3.6	Hvilke virkninger får tinglysningsloven § 23 for kjøperen? Betydningen av om erververen er beskyttet av en sikringsobligasjon	14
3.7	Ulike grunner til manglende tinglysning – ulike praktiske situasjoner der tinglysningsloven § 23 kan komme til anvendelse	15
3.7.1	Innledning	15
3.7.2	Tilfeller der erververen har kunnet tinglyse, men ikke har gjort det.....	15
3.7.3	Tilfeller der manglende tinglysning skyldes forhold utenfor erververens kontroll.....	16
3.8	Finnes alternativer til en absolutt tolkning av tinglysningsloven § 23? Diskusjonen i juridisk litteratur.....	17
4	OVERSIKT OVER EMK P1-1.....	20
4.1	Ordlyden og bestemmelsens struktur.....	20
4.2	Fremgangsmåten for vurderingen av om det foreligger brudd på EMK P1-1	21
5	KOMMER EMK P1-1 TIL ANVENDELSE?.....	22
5.1	Innledning	22
5.2	Foreligger en beskyttet eiendomsinteresse? Eiendomsbegrepet <i>possessions</i> i EMK P1-1.....	22

5.2.1	Innledning	22
5.2.2	Når inntreier eiendomsbeskyttelsen for kjøperen av en fast eiendom?	23
5.2.3	Innebærer krav om konsesjon at det ikke foreligger en beskyttet eiendomsinteresse?	24
5.2.4	Innebærer kreditorekstinksjon at erververen ikke lenger har en beskyttet eiendomsinteresse?	24
5.3	Foreligger inngrep, <i>interference</i> , i eiendomsinteressen?	25
6	HVA ER INNGREPETS ART? REGELVALGET	27
6.1	Innledning	27
6.2	Avståelsesregelen: Innebærer inngrepet avståelse, <i>deprivation</i> ?	27
6.3	Kontrollregelen eller prinsippregelen: Innebærer inngrepet kontroll med bruken, <i>control of use</i> ? Eller foreligger et inngrep i den generelle retten til å nyte sin eiendom i fred, <i>peaceful enjoyment of his possessions</i> ?	28
7	ER VILKÅRENE FOR AT INNGREPET KAN RETTFERDIGGJØRES OPPFYLT?	31
7.1	Innledning	31
7.2	Statens skjønnsmargin	31
7.3	Foreligger tilstrekkelig hjemmel i <i>law</i> ?	32
7.4	Har inngrepet et legitimt formål?	32
7.4.1	Innledning: Et formål er legitimt når det er i samfunnets interesse	32
7.4.2	Er formålet om å hindre kreditorsvik legitimt?	33
7.5	Er inngrepet proporsjonalt?	34
7.5.1	Innledning	34
7.5.2	Er kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 «egnet» til å oppnå formålet?	35
7.5.3	Er kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 «nødvendig» for å oppnå formålet?	36
7.5.4	Er kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 forholdsmessig i streng forstand?	42
7.5.5	Betydningen av nasjonal vurdering av proporsjonaliteten	50
8	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	53
8.1	Oppsummering og konklusjon	53
8.2	Hva vil Høyesterett gjøre neste gang en sak om tinglysingsloven § 23 kommer opp til behandling?	54
9	LITTERATURLISTE	55

9.1	Juridisk litteratur	55
9.1.1	Bøker	55
9.1.2	Artikler og utredninger	57
9.2	Norske lover	57
9.3	Traktater	58
9.4	Forarbeider	58
9.5	Rettspraksis	59
9.5.1	Norske dommer og kjennelser	59
9.5.2	Dommer og avvisningsavgjørelser fra EMD (The European Court of Human Rights, Strasbourg)	60
9.6	Nettsider	61

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Denne oppgaven drøfter følgende problemstilling: Innebærer kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum en krenkelse av eiendomsvernet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen protokoll 1 artikkel 1 (EMK P1-1)?

Tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum (heretter «tinglysingsloven § 23») innebærer at en erverver av en fast eiendom som ikke har tinglyst sitt erverv, ved det tilfellet at selgeren går konkurs, må gi fra seg eiendommen til selgerens konkursbo. Bestemmelsen hjemler en form for kreditorekstinksjon, ved at erververnes rett faller bort til fordel for konkursboet og slik også for selgerens kreditorer. Virkningen av tinglysingsloven § 23 kan illustreres med et eksempel: S kjøper en fast eiendom av A i 2005. S betaler kjøpesummen, overtar eiendommen og tar den i bruk, men overdragelsen tinglyses ikke. Dersom A i 2015 går konkurs, kan As konkursbo B ta beslag i eiendommen. Dette selv om det er klart at S er blitt den reelle eieren og selv om kreditorene vet dette.¹ Resultatet blir at erververen mister retten til eiendommen, uten å få tilbake kjøpesummen, men at han bare får rett til dividende i boet av verdien av retten han ervervet.² Høyesterett har gitt uttrykk for at regelen om kreditorekstinksjon i tinglysingsloven § 23 kan gi urimelige resultater, men har lagt avgjørende vekt på hensynene bak bestemmelsen, deriblant hensynet til å unngå kreditorsvik.³

Det sentrale poenget bak oppgavens problemstilling er at tinglysingsloven § 23 innebærer at hensynet til selgerens kreditorfelleskap går foran erververens eiendomsrett. Den private eiendomsretten er beskyttet under EMK P1-1 (heretter «P1-1»)⁴.

Utgangspunktet er etter P1-1 at enhver har rett til å nyte sin eiendom i fred. Konvensjonen skal beskytte individet mot majoriteten.⁵ Det er klart at visse inngrep i eiendomsretten er nødvendige av hensyn til statens styringsbehov. Det går imidlertid en grense.⁶ Inngrep i retten etter P1-1 kan bare rettferdiggjøres dersom visse vilkår er oppfylt. Innholdet av bestemmelsen

¹ Falkanger (1990) s. 485

² Lilleholt (1999) s. 177

³ F.eks. Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) på s. 1054: «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».

⁴ Solheim (2010) s. 15

⁵ Gauksdóttir (2004) s. 260

⁶ Solheim (2010) s. 37–38

er presisert gjennom EMDs praksis. Denne oppgaven drøfter om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 innebærer en krenkelse av P1-1, med fokus på denne praksisen.

1.2 Aktualitet

Bakgrunnen for valg av problemstilling er at det har funnet sted en utvikling i beskyttelsen av eiendomsretten under P1-1 de senere år, i retning av et sterkere vern. I *Lindheim og andre mot Norge* fra 2012 kom Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) for første gang til at Norge hadde brutt P1-1. I sine konkluderende linjer uttalte Domstolen:

«In its reasoning above, the Court (...) has had regard (...) 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.»⁷

I en historisk kontekst har synet på eiendomsvernet variert betydelig, fra å ha stått sterkt i opplysningstidens ideologi og under den industrielle revolusjon, til å bli mer moderat på 1900-tallet, da staten så behov for mer aktiv reguleringspolitikk.⁸ Uttalelsen fra EMD i *Lindheim*-dommen om et sterkere eiendomsvern, viser til tiden etter EMDs plenumsdom *James og andre mot Storbritannia* fra 1986.⁹ Denne utviklingen vil kunne ha betydning for norsk rett, noe *Lindheim*-dommen tydelig viste, også på områder der norske domstoler ikke tidligere har konstatert at retten til beskyttelse av eiendom er krenket.

Utviklingen er interessant fordi eiendomsretten, både etter Grunnloven og EMK, lenge har hatt et svakere vern enn mange andre rettigheter. I Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) (særlig på s. 5–6) la Høyesterett grunnlag for et relativisert grunnlovsværn,¹⁰ der inngrep i eiendomsretten etter Grunnloven § 105 i mange tilfeller har vært forutsatt ikke å skulle være gjenstand for inngående prøving.¹¹ Et lignende skille har det også vært i EMK: For det første har statens skjønnsmargin tradisjonelt vært vid i saker som gjelder P1-1.¹² For det andre har proporsjonalitetsprøvingen under P1-1 vært mindre inngående enn for en del andre rettigheter. Også når det gjelder dette, har det funnet sted en utvikling, jf. punkt 7.2 og 7.5.3.1.¹³

⁷ Avsnitt 135

⁸ Smith (2015) s. 446–447, Solheim (2010) s. 34–36

⁹ Bjørge (2013) s. 108

¹⁰ Smith (2015) s. 360–361, Solheim (2014) s. 7

¹¹ Aall (2015) s. 113

¹² Van Dijk (2006) s. 876

¹³ Bjørge (2013) s. 109–111, 115–116

Det har videre vært hevdet at det foregår en «europeisering av tingsretten».¹⁴ Tinglysingsloven § 23 regulerer en tingsrettsslig tredjepersonkonflikt mellom private parter. I 2005 kom EMD i *J.A. Pye (Oxford) Ltd. og J.A. Pye (Oxford) Land Ltd.* (heretter «Pye») mot *Storbritannia* i kammer med 4–3 stemmer, til at det engelske hevdslignende instituttet *adverse possession*, var i strid med P1-1. Det fulgte av reglene om *adverse possession*, at den som var berettiget til en eiendom, mistet sin vindikasjonsrett dersom eiendommen urettmessig var i en annens besittelse i tolv år.¹⁵ I motsetning til ved norsk hevd, men i likhet med kreditorekstinksjon, kunne «den nye eieren» vinne rett selv om han var i ond tro.¹⁶ Saken gikk videre til EMD i storkammer, som i 2007 under sterk dissens 10–7, kom til at naboene hadde vunnet rett på bekostning av de tinglyste eierne. Selv om det er hevdet at saken gjaldt forhold «på kanten af, hvad EMKR kan bruges til»,¹⁷ viser dommen at P1-1 kan få betydning på tingsrettens område.

1.3 Kort om EMKs stilling i norsk rett

EMK med protokoller er gjort til del av norsk rett gjennom menneskerettsloven av 1999, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 1.¹⁸ Det følger av lovens § 3 at bestemmelser i konvensjoner og protokoller som er inkorporert ved § 2, ved motstrid skal gå foran annen lovgivning. Dette innebærer at P1-1 går foran tinglysingsloven § 23 dersom det foreligger motstrid.

1.4 Begrepsavklaring

Hva er «kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23»? Ekstinksjon innebærer at innsigelser fra den som egentlig har retten (S) utslettes, i den utstrekning de kommer i konflikt med en senere parts (Bs) erverv. Det finnes to hovedtyper av ekstinktive erverv: avtaleekstinksjon og kreditorekstinksjon. Ved avtaleekstinksjon bygger Bs erverv på avtale med A, og B må være i aktsom god tro. Ved kreditorekstinksjon skjer ekstinksjonen til fordel for enten As kreditor B som har tatt utlegg i verdier han antar tilhører A, eller til kreditorfellesskapet B i As insolvente bo, som tar beslag i As verdier.¹⁹ Tinglysingsloven § 23 gir hjemmel for denne siste typen kreditorekstinksjon, kreditorekstinksjon fra konkursboets side. As konkursbo B

¹⁴ Marthinussen (2008) s. 179

¹⁵ Avsnitt 15, Marthinussen (2008) s. 180, 185

¹⁶ Hevdslova § 4, Marthinussen (2008) s. 180

¹⁷ Werlauff (2010) s. 160

¹⁸ EMK og P1 ble vedtatt i henholdsvis 1950 og 1952, og trådte i kraft i henholdsvis 1953 og 1954, jf. UD's traktatregister.

¹⁹ Brækhus (1998) s. 26–27

vinner rett, mens Ss rett, som allerede er ervervet fra A, men ikke tinglyst, blir utslettet. Det er dette tilfellet denne oppgaven handler om.

Jeg omtaler i denne oppgaven A som selgeren og S som erververen eller kjøperen. Jeg veksler mellom begrepene «beskyttelsen av eiendomsretten» og «eiendomsvernet» i P1-1, uten at dette innebærer noen realitetsforskjell.

1.5 Avgrensninger

Problemstillingen gir opphav til en rekke underspørsmål og tilgrensende spørsmål. Det er ikke rom for å behandle alle, og det må derfor gjøres en rekke presiseringer og avgrensninger.

For det første presiserer jeg at oppgaven bare gjelder kreditorekstinksjon fra konkursboets side av rettigheter i fast eiendom. Jeg går ikke i særlig grad inn på utleggstilfeller og godtroerverv, jf. tinglysingsloven § 20 jf. § 21, eller tilsvarende regler som tinglysingsloven § 23 om andre formuesgoder, som sjøloven § 25, luftfartsloven § 3-31 og burettslagslova § 6-11.²⁰

For det andre presiserer jeg at oppgaven fokuserer på eiendomsrett i fast eiendom, og i mindre grad går inn på begrensede rettigheter. Avgrensningen gjøres fordi konsekvensene av bestemmelsen, og dermed vurderingen under P1-1, vil kunne variere avhengig av hvor hardt rettighetshaveren rammes.

For det tredje avgrenses oppgaven til bare å gjelde tinglysingsloven § 23 første ledd, ikke hele bestemmelsen, og mot unntakene i første ledd, det vil si «de tilfeller som er nevnt i § 21 tredje ledd og § 22», som ikke vil bli behandlet.

For det fjerde avgrenser jeg mot å gjøre rede for omstøtelsesreglene. Dette gjelder både de objektive omstøtelsesregler i dekningsloven §§ 5-2 til 5-8, jf. § 5-11, og den alminnelige subjektive omstøtelsesregel i § 5-9.²¹ Det er imidlertid en nær sammenheng mellom rettsverns- og omstøtelsesreglene.²² I relasjon til omstøtelsesreglene regnes en disposisjon ikke for foretatt før den er tinglyst, jf. dekningsloven § 5-10.²³ Konsekvensene av en annen regel enn tinglysingsloven § 23 for omstøtelsesreglene, går jeg av plasshensyn ikke inn på.

²⁰ Lilleholt (2012) s. 264

²¹ Se Andenæs (2009) s. 285–291, Aasebø/Madsen/Sandvik (2015) s. 176–179

²² Falkanger (1990) s. 486

²³ Brækhus (1998) s. 47

For det femte avgrensner jeg mot et mulig spørsmål om tinglysingsloven § 23 kan være i strid med eiendomsvernet i Grunnloven. P1-1 antas å ville kunne gi et mer omfattende individvern enn Grunnloven § 105 ved andre tilfeller enn ekspropriasjon.²⁴

For det sjette avgrensner jeg mot hvordan tinglysingsloven § 23-tilfeller er regulert i andre europeiske stater. Dette kunne vært av interesse i relasjon til spørsmålet om inngrepet kan rettferdiggjøres under P1-1.

1.6 Den videre fremstillingen

Oppgaven består av to hoveddeler. I første del er problemstillingen hva som er innholdet av rettsregelen som følger av tinglysingsloven § 23. Dette behandles i kapittel 3. Jeg går inn på bestemmelsens rettslige kontekst, ordlyden, formål, Høyesteretts praksis, noen praktiske spørsmål og hva juridisk litteratur sier om alternativer til den absolutte regelen.

I andre del er problemstillingen for det første hvilke krav som følger av P1-1, sett i lys av den overordnede problemstillingen, og for det andre om regelen i tinglysingsloven § 23 er i overensstemmelse med disse kravene. Dette behandles i kapittel 4–7, og utgjør hovedvekten av oppgaven. I kapittel 4 gis en oversikt over P1-1, både dens struktur og fremgangsmåten for vurderingen av om det foreligger brudd på bestemmelsen. I kapittel 5 drøfter jeg om de to inngangsvilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er oppfylt: om det foreligger en beskyttet eiendomsinteresse og et inngrep i denne. I kapittel 6 drøfter jeg hva som er inngrepets art. I kapittel 7 drøftes om vilkårene for at inngrepet kan rettferdiggjøres er oppfylt: om det foreligger tilstrekkelig hjemmel i *law*, et legitimt formål og proporsjonalitet. I kapittel 8 samler jeg trådene og gjør noen avsluttende bemerkninger.

²⁴ Høgberg (2010) s. 77

2 Metode og rettskilder

I første del av oppgaven, om hva som er innholdet av rettsregelen som følger av tinglygingsloven § 23, benytter jeg alminnelig juridisk metode. Utgangspunktet tas i ordlyden. Forarbeidene kaster lys over både innholdet av bestemmelsen og hva som er regelens formål. Det gjør også utredningen fra Tinglygingslovutvalget, jf. NOU 1982:17. Forarbeidene er av eldre dato, noe som bidrar til at rettspraksis blir en sentral rettskilde. Rettspraksis utdyper innholdet av og formålet med bestemmelsen, og viser at formålet er en viktig rettskilde. Jeg fokuserer på sentrale avgjørelser fra Høyesterett, men trekker også frem enkelte avgjørelser fra lagmannsretten som illustrasjon. I tillegg til avgjørelser om tinglygingsloven § 23, presenterer jeg noen sentrale avgjørelser om bestemmelser på andre områder enn fast eiendom, som har regler tilsvarende tinglygingsloven § 23. Det vises endelig til juridisk teori. Dette er en rettskilde som har begrenset vekt, men som gir oversikt, og viktige bidrag til diskusjonen om rettstilstanden de lege ferenda.

Andre del av oppgaven, kapittel 4–7, handler i stor grad om P1-1. EMK med protokoller må tolkes med utgangspunkt i folkerettslige kilder.²⁵ Statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ) artikkel 38 (1) anerkjenner internasjonale konvensjoner og rettsavgjørelser som relevante rettskilder.²⁶ Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 til 33 nedfeller retningslinjer for traktatolkning. Norge er ikke tilsluttet denne konvensjonen, men tolkningsprinsippene utgjør folkerettslig sedvanerett, og er derfor bindende for alle stater.²⁷

Det følger av artikkel 31 (1) at utgangspunktet for konvensjonstolkningen er *ordlyden* ut fra den objektive tolkningsteori, det vil si den alminnelige språklige forståelsen ut fra konteksten konvensjonen utgjør.²⁸ EMK finnes i to offisielle språkversjoner, engelsk og fransk, og det er disse det tas utgangspunkt i ved tolkningen, ikke nasjonale oversettelser.²⁹ Rettslige uttrykk i EMK skal tolkes autonomt, det vil si uavhengig av nasjonal klassifisering.³⁰ Ordlyden i P1-1 er imidlertid vag, og må derfor presiseres gjennom andre rettskilder.³¹

Etter artikkel 31 (1) skal ordlyden tolkes teleologisk i lys av traktatens *formål*. EMKs formål har blitt presisert som «the protection of international human rights» og å opprettholde og

²⁵ Harris (2014) s. 7

²⁶ Ruud/Ulfstein (2011) s. 66

²⁷ Ruud/Ulfstein (2011) s. 70, 75, 88

²⁸ Harris (2014) s. 7, Ruud/Ulfstein (2011) s. 90

²⁹ Kjølbro (2010) s. 21

³⁰ F.eks. *Beyeler mot Italia*, avsnitt 100

³¹ Solheim (2008) s. 111

fremme «the ideas and values of a democratic society».³² Formålet med P1-1 fremgår av bestemmelsen: Å beskytte eiendomsretten, men samtidig ivareta statens styringsbehov. EMD legger vekt på at rettighetene skal tolkes slik at de bli praktiske og effektive, ikke illusoriske.³³ Videre skal EMK tolkes *dynamisk*; konvensjonen er «a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions».³⁴ Subjektiv fortolkning i lys av forarbeidene spiller en begrenset rolle ved tolkningen av EMK.³⁵ Jeg går derfor ikke inn på disse.

EMDs praksis er en sentral rettskilde ved tolkningen av P1-1.³⁶ Det foreligger svært mange dommer og avvisningsavgjørelser om bestemmelsen; P1-1 er den av EMKs bestemmelser som er påberopt nest flest ganger (2898 saker 1959–2014).³⁷ En dom fra EMD er som hovedregel ikke formelt bindende for andre enn partene.³⁸ Selv om heller ikke EMD formelt er bundet av sine tidligere avgjørelser, anser Domstolen seg i praksis ofte bundet. Slik kan en dom få betydning utover den enkelte saken. EMD har imidlertid understreket at den kan fravike en tidligere avgjørelse, dersom det er påkrevet.³⁹ Jeg har gjort et skjønnsmessig utvalg av dommer og avgjørelser, ut ifra hvilke jeg anser som mest sentrale eller gode eksempler.

Høyesterett har i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) (på s. 1006–1007) og senere i blant annet Rt. 2002 s. 557 (Dobbeltstraff I) (på s. 565) uttalt at den ved tolkning av EMK skal benytte samme metode som EMD, med den forskjell at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen.

Jeg skal tolke P1-1 med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd, ut fra formålet og i stor grad ut fra tidligere praksis fra EMD. Jeg viser også til juridisk teori, som gir oversikt over materialet og synspunkter der spørsmål ikke er behandlet i de autoritative rettskildene.

³² Harris (2014) s. 7

³³ F.eks. Christine Goodwin mot Storbritannia, avsnitt 74, Kjølbros (2010) s. 23

³⁴ Tyrer mot Storbritannia, avsnitt 31

³⁵ Kjølbros (2010) s. 22–23

³⁶ Kjølbros (2010) s. 17

³⁷ EMD (2015)

³⁸ EMK artikkel 46-1

³⁹ F.eks. Christine Goodwin mot Storbritannia, avsnitt 74, Kjølbros (2010) s. 17–18

3 Kreditorstingsjon etter tinglysningsloven § 23

3.1 Bestemmelsen

Tinglysningsloven § 23 første ledd første punktum 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 innført i dagboken senest dagen før konkursåpningen».

I dette kapittelet skal jeg tolke tinglysningsloven § 23 for å komme frem til regelen som følger av bestemmelsen. Først vil jeg plassere bestemmelsen i dens rettslige kontekst.

3.2 Rettslig kontekst

Tinglysningsloven § 23 regulerer en situasjon der erververen og selgerens konkursbo har uforlikelige rettigheter i en fast eiendom. Dette utgjør det som i den dynamiske tingsretten kalles et tredjepersonproblem, nærmere bestemt en dobbelsuksjonskonflikt.⁴⁰ Tinglysningsloven § 23s løsning på tredjepersonkonflikten er å gi lovhjælp for kreditorstingsjon fra konkursboets side, der erververen ikke har tinglyst sitt erverv.⁴¹ Slik ekstingsjon innebærer et unntak fra to utgangspunkter i norsk rett.⁴²

For det første er kreditorstingsjon et unntak fra utgangspunktet om at den som erverver en rett, går foran den som senere erverver en rett i det samme formuesgodet. Dette er kjent som prinsippet om «først i tid, best i rett».⁴³ Tinglysing er imidlertid nødvendig for at en erverver eller utleggstaker skal få rettsvern for erverv i fast eiendom, og dermed være beskyttet mot tredjepersoner.⁴⁴

For det andre innebærer tinglysningsloven § 23 et unntak fra hovedregelen om kreditorenes beslagsrett i dekningsloven § 2-2. Av denne fremgår at kreditorene kan ta beslag i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden».⁴⁵ Dersom en eiendom er solgt, men

⁴⁰ Falkanger/Falkanger (2007) s. 467, 600, 618

⁴¹ Røsæg (2010) s. 253

⁴² Brækhus (1998) s. 26, Falkanger (1990) s. 485

⁴³ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 234–235, Brækhus (1998) s. 26

⁴⁴ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 290, Falkanger/Falkanger (2007) s. 474

⁴⁵ Falkanger (1990) s. 485

ervert ikke tinglyst, vil erververen være reell eier, men selgeren fortsatt stå som hjemmelshaver.⁴⁶

Disse to unntakene er begrunnet i en rekke hensyn, som jeg skal komme tilbake til under punkt 3.4. Før jeg kommer til dette, skal jeg gjøre nærmere rede for ordlyden i tinglysingsloven § 23.

3.3 Ordlyden: For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må den være innført i dagboken senest dagen før konkursåpningen

Tinglysingsloven § 23 slår fast at avtalebestemte rettigheter, med noen lovbestemte unntak som fremgår av samme punktum, må tinglyses senest dagen før åpning av konkurs for å kunne gjøres gjeldende ved konkursen.⁴⁷ Bestemmelsen viser til retter «stiftet ved avtale», men er forutsatt å gjelde alle frivillig stiftede retter.⁴⁸ Virkeområdet er mindre omfattende enn virkeområdet til tinglysingsloven § 20 som gjelder «rettserverv».⁴⁹ Tinglysingsloven § 23 gjelder enhver «rett» som har fast eiendom til gjenstand, jf. tinglysingsloven § 12, noe som omfatter både eiendomsrett og begrensede rettigheter.⁵⁰ Retten anses «innført i dagboken» den dagen dokumentet kommer inn til tinglysingen, jf. tinglysingsloven § 7 første ledd.

At en rett ikke «står seg» overfor boet, betyr for det første at konkursboet ikke trenger å respektere retten under konkursbehandlingen, og for det andre at boet kan realisere eiendommen uten retten.⁵¹ Retten i eiendommen anses umiddelbart å tilhøre konkursdebitor når konkurs åpnes.⁵² Boet kan velge ikke å ta beslag i eiendommen,⁵³ men dette er lite praktisk. Jeg kommer tilbake til virkningene for erververen i punkt 3.6.

Retten må være tinglyst «senest dagen før konkursåpningen». Konkursåpningen er altså det avgjørende tidspunktet. Konkurs anses åpnet den dagen retten avsier kjennelse om konkursåpning, jf. dekningsloven § 1-4 tredje ledd.⁵⁴ Det er ikke noe krav om at konkursboet må tinglyse beslaget for å gjøre det gjeldende. Dette skiller konkurssituasjonen fra andre

⁴⁶ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 293

⁴⁷ Rt. 2008 s. 586, avsnitt 32

⁴⁸ NOU 1982:17 s. 152, Rt. 2008 s. 586, avsnitt 34

⁴⁹ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 291–292 for mer om dette.

⁵⁰ Andenæs (2009) s. 247

⁵¹ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 290–291

⁵² Rt. 2008 s. 586, avsnitt 37

⁵³ Falkanger (1990) s. 490–491

⁵⁴ Lilleholt (1999) s. 178

ekstinksjonstilfeller. En godtroende tredjemann eller en utleggstaker må ha tinglyst sitt rettserverv for å kunne gjøre det gjeldende, jf. tinglygingsloven § 20 første ledd.⁵⁵ Det følger av konkursloven § 79 annet ledd at føreren av Konkursregisteret skal sørge for at melding om konkursåpningen tinglyses i grunnboken. Dette er bare en formforskrift, og eventuell manglende tinglysing får derfor ingen konsekvenser for boets rett.⁵⁶ Det kan inntreffe at en avtaleerhverver får dagbokført sitt erverv etter konkursåpningen, men før tinglysingen av konkursåpning. Han må også da vike rett for konkursboet, selv om han er i god tro.⁵⁷

Tinglygingsloven § 23 gjelder «alle rettsstiftelser som kan tinglyses uavhengig av om debitor er hjemmelshaver», jf. Rt. 2008 s. 586 (avsnitt 34). Erververen må tinglyse sitt erverv for å få rettsvern overfor selgerens konkursbo, uten hensyn til om selgeren i sin tid tinglyste sitt erverv.⁵⁸

3.4 Regelens formål

Rettsverns- og kreditorekstinksjonsregelen i tinglygingsloven § 23 har til formål å ivareta en rekke hensyn.

Hovedformålet bak tinglygingsloven § 23 er å *hindre kreditorsvik*.⁵⁹ Kreditorsvik innebærer at formuesgoder blir unndratt fra kreditorenes dekningsrett ved at det uriktig påstås at en tredjeperson har en eldre rett i formuesgodet, eller ved at det blir stiftet en rett for tredjeperson som bare har til formål å hindre kreditorbeslag.⁶⁰ I forarbeidene fremheves at: «[E]n motsatt regel [enn den i § 23] lettere kan tenkes å føre til misligheter, f.eks. ved at konkursskyldneren selger eller pantsetter boets eiendom til en som i virkeligheten kjenner til konkursåpningen og som er i ledtog med skyldneren». ⁶¹ Skyldneren kan ha en avtale om å dele utbyttet med erververen, eller han kan ønske å tilgodese erververen heller enn kreditorene.⁶²

En side ved formålet om å hindre kreditorsvik er hensynet til *notoritet*.⁶³ At en disposisjon har notoritet, betyr at den kan etterprøves og kontrolleres.⁶⁴ Tinglysing gir høy grad av notoritet,

⁵⁵ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 39, Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 290–291

⁵⁶ Rt. 1995 s. 1992 på s. 1994, Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 291

⁵⁷ Lilleholt (1999) s. 178

⁵⁸ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 292. I Rt. 1999 s. 247 (Bygg og Trelast) på s. 250 kom Høyesterett til motsatt løsning når det gjelder utlegg. Dommen er kritisert, bl.a. Falkanger/Falkanger (2007) s. 657.

⁵⁹ Lilleholt (2012) s. 33

⁶⁰ Lilleholt (1999) s. 169

⁶¹ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 39

⁶² Lilleholt (2012) s. 33

⁶³ Bl.a. Rt. 2008 s. 586, avsnitt 34

og det er derfor antatt at et krav om tinglysning er effektivt som et middel for å hindre kreditorsvik.⁶⁵ Tinglysningen gir sikker informasjon om tidspunktet for rettsstiftelsen, slik at det ikke er mulig for en erverver å vinne rett ved å antedatere en disposisjon som egentlig er gjort etter konkursen. Tinglysningen gir imidlertid ikke fullstendig notoritet for innholdet av disposisjonen.⁶⁶

Det andre sentrale formålet bak tinglysningsloven § 23 er å ivareta en rekke delhensyn: hensynet til å *unngå vanskelige bevissituasjoner og -vurderinger* og hensynet til en *objektiv og retsteknisk enkel løsning* som gjør at en *unngår usikkerhet og tvister*.⁶⁷ I forarbeidene uttales: «Det vil kunne være meget vanskelig å skaffe bevis for at (...) [erververen] er i ond tro». Det legges også vekt på at en motsatt regel vil gjøre det vanskeligere for bostyret «straks å få på det rene hvilke faste eiendommer boet eier», og at dette innebærer at det vil «kunne gå adskillig tid før konkursåpningen blir tinglyst vedkommende disse eiendommer».⁶⁸

Det tredje sentrale formålet bak tinglysningskravet er ivaretagelse av hensynet til publisitet.⁶⁹ Tinglysning innebærer at opplysninger om juridiske disposisjon blir relativt lett tilgjengelige.⁷⁰ I motsetning til omsetningserververe kan kreditorene ikke bygge på skyldnerens legitimasjon, det vil si hvilke formuesgoder han har et ytre skinn av å være berettiget til. Kreditorene har likevel interesse i å få kjennskap til og følge med på rettsstiftelser i skyldneres formuesgoder, for å kunne ivareta sine krav, ved å kreve utlegg eller begjære konkurs.⁷¹ Bestemmelsen har også den fordel at den gir et incentiv til tinglysning snarest mulig, noe som bidrar til at grunnboka gir et riktigere bilde av den reelle rettstilstanden.⁷²

Å hindre kreditorsvik og sikre notoritet er fremhevet som det mest sentrale formålet.⁷³ Det neste spørsmålet er om Høyesteretts praksis i noen tilfeller åpner for ulovfestede unntak fra tinglysningsloven § 23, særlig i tilfeller der dette formålet er ivaretatt.

⁶⁴ Falkanger/Falkanger (2013) s. 559

⁶⁵ Brækhus (1998) s. 43

⁶⁶ Lilleholt (1999) s. 169, Røsæg (2010) s. 254

⁶⁷ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 39, Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) på s. 1054, Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey) på s. 275

⁶⁸ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 39

⁶⁹ Lilleholt (2012) s. 34

⁷⁰ Falkanger/Falkanger (2013) s. 560, 581

⁷¹ Falkanger/Falkanger (2013) s. 564–567, Lilleholt (2012) s. 34

⁷² Falkanger (1990) s. 490

⁷³ Bl.a. Rt. 2008 s. 586, avsnitt 34

3.5 Åpner Høyesteretts praksis for ulovfestede unntak?

Det korte svaret på spørsmålet er «nei». Det følger av langvarig praksis fra Høyesterett at rettsvernsreglene som den klare hovedregel er absolutte. Høyesterett har ikke åpnet for skjønnspregede unntak fra tinglysingsloven § 23, selv om regelen har ført til urimelige resultater i enkelttilfeller.⁷⁴ Dette gjelder også tilfeller der hensynet til notoritet er ivaretatt på annen måte enn ved tinglysing, og det ikke er fare for kreditorsvik.⁷⁵ I det følgende presenteres noen sentrale dommer som viser dette.

Rt. 1884 s. 41 (Lillesand) er et tidlig eksempel på at rettsvernsreglene praktiseres strengt. En mor hadde solgt en eiendom til sønnen i 1871. Han betalte kjøpesummen i løpet av de etterfølgende årene, men ervervet ble ikke tinglyst. I 1880 ble det tatt utlegg i eiendommen til sikring av morens gjeld. Høyesterett kom til at det var anledning til dette, selv om sønnen hadde benyttet eiendommen i nesten ti år og det ikke var tvilsomt at han var blitt reell eier.⁷⁶

I Rt. 1994 s. 1447 (Huseby Flatås) hadde et utbyggingsselskap solgt en rekke tomter, før det gikk konkurs. På konkurstidspunktet hadde kjøperne betalt tomtene og fått skjøte, men ikke tinglyst. Resultatet ble at boet kunne inndra tomtene, og at kjøperne måtte betale markedspris på ny for å få grunnbokshjemmel.⁷⁷

I en rekke avgjørelser fra midten av 1990-årene viste Høyesterett eksplisitt til at absolutte rettsvernsregler kan føre til urimelige resultater.⁷⁸ I Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) skyldtes manglende rettsvern for et aksjekjøp overfor et konkursbo, en feil fra kontoførers side. Saken gjaldt dagjeldende verdipapirsentrallov § 5-3. Flertallet på tre dommere uttalte (på s. 1054–1055):

«Den ankende part synes å anføre at rettsvernsreglene i verdipapirsentralloven § 5-3 og tinglysingsloven § 23 generelt kan tolkes innskrenkende for tilfeller der hensynet til notoritet er varetatt, og det ikke foreligger noen kredittgivning. Som førstvoterende mener jeg at dette ikke kan føre frem. Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det

⁷⁴ Falkanger/Falkanger (2013) s. 719

⁷⁵ F.eks. Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) på s. 1054–1055

⁷⁶ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 293, Falkanger/Falkanger (2013) s. 718

⁷⁷ Saken gjaldt konkursloven § 99 annet ledd nr. 3. Bostyret besluttet å inndra tomtene, men skifteretten fant vedtaket åpenbart urimelig og omgjorde det. Høyesterett opphevd skifterettens vedtak.

⁷⁸ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 293. Se også Rt. 1995 s. 1181 (Norblast), særlig på s. 1187, og Rt. 1997 s. 15 (Ødegård Elektronikk).

konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene».

Mindretallet på to dommere mente (på s. 1053–1054) at saksforholdet var så spesielt at det burde være rom for et ulovfestet unntak. Flertallet kom imidlertid (på s. 1055) til at det ikke kunne innfortolkes et skjønnspreget unntak, slik at konkursboet fikk ta beslag i aksjene.

I Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey) var spørsmålet hvem som hadde rett til salgssummen av et båtvrak. Assurandøren hadde utbetalt forsikringssummen og slik fått eiendomsretten til vraket før konkursåpning, men dette var ikke registrert. Saken handlet om sjøloven § 25, som har en regel tilsvarende tinglysingsloven § 23. Konkursboet fikk medhold. Høyesterett uttalte (på s. 274–275):

«Spørsmålet blir så om det kan tenkes ulovfestede unntak fra kravet om registrering i sjøloven § 25 første ledd i tilfeller hvor det avtalebaserte erverv langt på vei ivaretar de sentrale hensyn bak registreringskravet, særlig notoritetshensynet og betydningen av å unngå kreditorsvik. Etter min mening er det sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere dette spørsmål i den enkelte sak, vil man nokså snart komme inn i meget problematiske grensdragninger. Hensynet til en objektiv og rettsteknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak.»

Gjennomgangen viser at Høyesterett ikke har åpnet for skjønnspregede unntak fra tinglysingsloven § 23, selv ikke der regelen har ført til et urimelig resultat. I både Momentum og Dorian Grey var notoriteten ivaretatt, og det var ingen grunn til å anta at det forelå forsøk på kreditorsvik.⁷⁹ Dette tyder på at hensynet til en objektiv og rettsteknisk enkel regel som hindrer tvister veier tungt. Domsresultatene har i tillegg sammenheng med et systemhensyn; å åpne opp for unntak fra tinglysingsloven § 23, kan få konsekvenser også for de tilsvarende reglene på andre områder enn fast eiendom.⁸⁰

⁷⁹ Falkanger/Falkanger (2013) s. 719

⁸⁰ Jf. NOU 1982:17 s. 67

3.6 Hvilke virkninger får tinglysningsloven § 23 for kjøperen? Betydningen av om erververen er beskyttet av en sikringsobligasjon

Virkningene tinglysningsloven § 23 får for en erverver, vil i praksis blant annet avhenge av om han er sikret ved en sikringsobligasjon. En sikringsobligasjon gir panterett i eiendommen for et beløp minst tilsvarende kjøpesummen. Ved direkte eiendomsoverdragelser mellom to private parter benyttes normalt ikke sikringsobligasjon, mens sikringsobligasjon normalt er tilfellet dersom eiendomsmegler eller advokat står for overdragelsen eller oppgjøret.⁸¹

Dersom kjøperen har betalt kjøpesummen, og selgeren går konkurs før skjøte er tinglyst, vil både kjøpesummen og eiendommen inngå i selgerens konkursbo. Etter dekningsloven § 7-3 velger konkursboet om det vil tre inn i avtalen. Trer boet inn, får kjøperen krav på dividende av eiendommens verdi, jf. § 6-4. Kjøperen må imidlertid betale kjøpesummen på ny for å få eiendommen. Trer boet ikke inn og kjøperen hever avtalen, blir hans restitusjonskrav på kjøpesummen til et krav i boet på dividende av kjøpesummen, jf. § 7-7 annet ledd. Han kan også kreve erstatning for det tap han lider ved at boet ikke trer inn, noe som blir dekket ved dividendebetaling, jf. § 7-8.⁸²

Står en megler eller advokat for det økonomiske oppgjøret, utsteder selgeren en sikringsobligasjon inkludert en urådighetserklæring, som blir tinglyst som heftelser på eiendommen. Sikringsobligasjonen har normalt megleren som panthaver, men skal beskytte kjøperen. Urådighetserklæringen hindrer selgeren i å disponere rettslig over eiendommen uten meglers samtykke. Dersom selgeren går konkurs, vil eiendommen inngå i boet, men kjøperens krav på å få kjøpesummen tilbake vil være beskyttet under obligasjonen.⁸³ Dette følger av rettspraksis; i Rt. 2008 s. 586 (avsnitt 37) ble uttalt at «[b]oet må (...) respektere alle tinglyste heftelser påheftet eiendommen inntil dagen før konkursåpning». Velger boet å tre inn i avtalen, forløper overdragelsen som forutsatt. Trer boet ikke inn i avtalen, kan kjøperen heve og få kjøpesummen tilbake.⁸⁴ Det er viktig å merke seg at sikringsobligasjonen bare sikrer *verdien* av kjøpesummen, i hovedsak på oppgjørstidspunktet. Eiendomsretten er derimot ikke sikret, den ekstingveres.⁸⁵

Rt. 2012 s. 335 (Notar) gjaldt krav om erstatning mot en eiendomsmegler, blant annet på grunnlag av at han hadde slettet sikringsobligasjonen før selgeren gikk konkurs. Slettingen

⁸¹ Falkanger (2013) s. 195

⁸² Rt. 2008 s. 586, avsnitt 36–42, Falkanger/Falkanger (2007) s. 618–619

⁸³ Falkanger (2013) s. 195–199, 209

⁸⁴ Dekningsloven § 7-7

⁸⁵ Røsæg (2010) s. 265

medførte at erververne ble påført tap da boet ekstingverte eiendomsretten etter tinglysingsloven § 23. Kjøperne hadde fått utstedt skjøter in blanco, det vil si uten navn, og meningen var at disse skulle tinglyses direkte på neste kjøper. Formålet var å unngå dokumentavgift og slik gi økt fortjeneste. Megleren ble ansett erstatningsansvarlig for tapet, men erstatningen ble satt ned fordi kjøperne «bevisst [hadde] tatt en risiko ved arrangementet» (avsnitt 112).

Oppsummert blir virkningene for kjøperen mest vidtrekkende om han har betalt kjøpesummen og ikke er sikret ved en sikringsobligasjon, ved at han da bare får rett til dividende i boet. Også der en sikringsobligasjon sikrer at han får verdien av kjøpesummen tilbake, er det imidlertid en ulempe å miste eiendomsretten til eiendommen. Dette leder over til neste spørsmål, om hvorfor en erverver ikke alltid tinglyser sitt erverv, og slik skaffer seg vern mot kreditorekstinksjon.

3.7 Ulike grunner til manglende tinglysing – ulike praktiske situasjoner der tinglysingsloven § 23 kan komme til anvendelse

3.7.1 Innledning

Det kan være flere grunner til at en eiendomsoverdragelse ikke blir tinglyst. Jeg skal i det følgende gi noen eksempler på slike grunner. Fremstillingen er ikke uttømmende. Jeg velger å gruppere grunnene i to hovedgrupper av tilfeller.

Det kan tenkes en tredje gruppe av tilfeller, der erververen har tinglyst, men etter konkursåpning, og derfor taper rett. Av plasshensyn går jeg ikke nærmere inn på dette tilfellet.

3.7.2 Tilfeller der erververen har kunnet tinglyse, men ikke har gjort det

Den første gruppen av tilfeller, er tilfeller der erververen har kunnet tinglyse, men ikke har gjort det. Det kan være at erververen er ukjent med reglene, at han har faktiske problemer med å få de nødvendige underskrifter, at han tenker tinglysing er unødvendig ved overgang blant nærstående, håper å unngå en konsesjons- eller odelsløsningssak⁸⁶ eller ønsker å spare dokumentavgift og tinglysingsgebyr.⁸⁷ Det kan være at partene ikke ønsker publisitet om overdragelsen.⁸⁸ Noen av disse grunnene er ikke spesielt beskyttelsesverdige, fordi de

⁸⁶ Falkanger (1990) s. 485

⁸⁷ Brækhus (1998) s. 44

⁸⁸ Bråthen (2013) s. 348

fremstår som forsøk på regelomgåelse. Om dette også gjelder ønsket om å spare dokumentavgift, drøfter jeg i punkt 7.5.4.7.3.

3.7.3 Tilfeller der manglende tinglysning skyldes forhold utenfor erververens kontroll

Den andre gruppen av tilfeller, er tilfeller der manglende tinglysning skyldes forhold utenfor erververens kontroll. Her gis tre eksempler på at slike situasjoner kan oppstå.

Et første eksempel er at den overdratte eiendommen kan være omfattet av hovedregelen i konsesjonsloven § 2 første ledd, som sier at «fast eiendom ikke [kan] erverves uten (...) konsesjon». Erverv av eiendom som omfattes av konsesjonsloven, kan etter konsesjonsloven § 15 ikke tinglyses før konsesjon er gitt. Det gjelder mange unntak fra hovedregelen,⁸⁹ men i mange tilfeller må erververen vente på konsesjonsbehandlingen før han kan tinglyse. Rt. 2002 s. 1484 gjaldt utlegg, men kan tjene som illustrasjon. Etter at konsesjon ble gitt, fikk kjøperen tinglyst hjemmel til eiendommene, men det var da gått i underkant av to år siden overdragelsen. I mellomtiden hadde bobehandlingen blitt innstilt, og kemneren, som hadde vært en av kreditorene under bobehandlingen, hadde tatt utlegg i eiendommene. Retten kom til at kjøperen måtte respektere utlegget.⁹⁰

Et annet eksempel er at erververen kan være forhindret fra å tinglyse fordi han ennå ikke er registrert i Enhetsregisteret.⁹¹

Et tredje eksempel er at manglende tinglysing kan skyldes feil fra dagbokførers side. I Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) var årsaken til manglende rettsvern for aksjekjøpet rettstridig atferd fra kontoførers side. Høyesterett kom til at konkursboet ekstingverte aksjeerhvervet. Selv om det er mulig å kreve erstatning basert på erstatningsregelen i tinglysingsloven § 35 eller alminnelig culpa, vil kreditorekstinksjonen ofte medføre en ulempe for erververen.

Et fjerde eksempel, som kommer i en mellomstilling når det gjelder om erververen kunne ha tinglyst, er at selgeren kan ha gjort feil ved utstedelse av skjøte og tinglysingen. LB-1999-389 kan tjene som illustrasjon. Et eiendomsutbyggingselskap hadde solgt seksjoner i en firemannsbolig, som lå på to bruksnumre. Selskapet hadde bare ført opp det ene

⁸⁹ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 153–155

⁹⁰ Retten uttalte (på s. 1486–1487) at det ikke var nødvendig å gå inn på «i hvilken grad «kreditor (...) kjente til at en annen enn hjemmelsinnehaveren var eier av eiendommene», selv om han var «fullt orientert», og om kjøperen kunne «bebreides for ikke å ha sørget for å få sitt erverv tinglyst på et tidligere tidspunkt».

⁹¹ Røsæg (2010) s. 255

bruksnummeret på begjæringen om registrering av seksjoneringen, og skjøtene var feil, slik at seksjonene bare ble tinglyst på det ene bruksnummeret. Da utbyggingselskapet senere gikk konkurs, kunne boet ta beslag i den delen av ervervet som ikke hadde rettsvern.⁹²

3.8 Finnes alternativer til en absolutt tolkning av tinglysningsloven § 23? Diskusjonen i juridisk litteratur

Edvin Alten uttalte i 1950 i relasjon til utlegg, at den absolutte rettsvernsregelen, selv om den «hører til de juridiske trosartikler hos oss», ikke kan «skjønnes å være rimelig».⁹³ Spesielt der erververen kjøper, betaler og benytter eiendommen i lang tid, kan det fremstå som urimelig at selgerens konkursbo skal kunne ta beslag i eiendommen. Spørsmålet er om det finnes alternativer til den absolutte regelen i tinglysningsloven § 23. Juridiske forfattere deler seg i spørsmålet om hvordan reglene bør være.

På den ene side har blant andre Sjur Brækhus og Mads Henry Andenæs argumentert for at rettsvernsreglene må være absolutte, for at formålene bak reglene skal oppnås. Brækhus uttaler at urimelige resultater er noe man må «ta med på kjøpet».⁹⁴ Han foreslår likevel at de mest støtende virkninger av absolutte rettsvernsregler, når erververen av en fast eiendom i lengre tid har utøvet en rettmessig og ubestridt rådighet over eiendommen, kunne blitt avhjulpet av en særskilt rettsvernshevsregel, med en betydelig kortere hevdstid enn vanlig hevd.⁹⁵ Andenæs går lenger i sin kritikk. Han viser til at erververen ved å kreve eiendommen, gjør krav på separatistrett i boet i forhold til de øvrige fordringshavere. Andenæs mener det er «vanskelig å se det urimelige i at den som gjør krav på et slikt privilegium, må sørge for å skaffe seg rettsvern for ervervet».⁹⁶

På den annen side har blant andre Thor Falkanger og Erik Røsæg argumentert for at rettsvernsreglene ikke må tolkes absolutt, men at det bør åpnes for unntak.⁹⁷ De er begge mer resultatorienterte, men har noe ulike tilnærminger til virkemidlene.

Falkanger var med på å vurdere rettsvernsreglene i NOU 1982:17, om forslag til ny tinglysningslov. Utvalget mente de bevismessige hensyn ikke alene er tilstrekkelig til å begrunne et absolutt krav om tinglysning for å få rettsvern, men det ble lagt vekt på at flere

⁹² Saken gjaldt tinglysningsloven § 18. Det ble ikke ansett å foreligge en tinglysningsfeil som kunne rettes.

⁹³ Alten (1950) s. 103

⁹⁴ Brækhus (1998) s. 44

⁹⁵ Brækhus (1998) s. 46

⁹⁶ Andenæs (2009) s. 246

⁹⁷ Falkanger (1990) s. 485–491, Røsæg (2010) s. 253–265

tilleggsmomenter trakk i denne retning. Blant annet ble vektlagt at «de gjeldende regler for øvrig synes å være akseptert og ikke har avstedkommet nevneverdig kritikk».⁹⁸ Falkanger uttalte i 1990 at han ikke tar avstand fra dette, men at «reglene nok fortjener å bli noe mer kritisk vurdert».⁹⁹ Han viser til at «[f]or de fleste vil det umiddelbart føles riktig at det reelle eierforhold tillegges avgjørende vekt».¹⁰⁰ Falkanger mener at der det har gått lang tid, men betydelig kortere enn det kreves for rettsvernshevd, bør være «en viss mulighet til å komme (...) [erhververen] til hjelp».¹⁰¹ Han uttrykker at om det åpnes for bevisregler er det åpenbart at det må stilles strenge krav til bevisene for at et ikke tinglyst erverv skal stå seg overfor selgerens konkursbo, og at erververens bevisbyrde må være særlig tung der transaksjonen hevdes å ha funnet sted kort tid før konkursåpningen.¹⁰² Falkanger viser til at interesselæren hjemler et unntak fra overleveringskravet ved løsøre, der det ikke er grunn til å tro at det foreligger svik eller er ytt kreditt. Dette innebærer at reglene for løsøre og fast eiendom spriker på dette området.¹⁰³

Røsæg legger vekt på at tinglysningsloven § 23 rammer uskyldige parter, og har uttalt at når erververen har betalt vederlaget eller den manglende tinglysnings skyldes forhold utenfor hans kontroll, bør kreditorekstinksjon ikke skje. Røsæg mener det bør åpnes for skjønn, og mulighet for å bevise at ervervet skjedde før kreditorbeslaget. Det vises til at erververen må ha en tung bevisbyrde mot seg, tyngre jo nærmere konkursen retten er etablert. Eventuelt kan det i tillegg gjelde ekstinksjonsregler for erverv som er etablert nær konkursen. Røsæg mener man i stedet for tinglysningsloven § 23 bør ha omstøtelsesregler, gjerne slik at en transaksjon formodes å være omstøtelig dersom den er gjort kort tid før konkursen eller dersom vederlaget ikke kan spores. Han viser til at en slik omstøtelsesregel vil ramme også illojale disposisjoner som er tinglyst i god tid, og som ikke rammes av de objektive omstøtelsesreglene.¹⁰⁴ Også Kåre Lilleholt, Borgar Høgetveit Berg og Stein Bråthen-Otterbech synes å åpne for at bevisregler kunne vært et alternativ til dagens strenge tinglysningskrav.¹⁰⁵

Juridiske forfattere deler seg altså i spørsmålet om rettsvernsreglene bør være absolutte. Et alternativ til en absolutt tolkning av tinglysningsloven § 23 er, som påpekt av flere, likevel mer

⁹⁸ Falkanger (1990) s. 491

⁹⁹ Falkanger (1990) s. 491

¹⁰⁰ Falkanger (1990) s. 489

¹⁰¹ Falkanger (1990) s. 491

¹⁰² Falkanger (1990) s. 489

¹⁰³ Falkanger (1990) s. 491, jf. Ku- og Jernskrapdommene Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263

¹⁰⁴ Røsæg (2010) s. 255–256, 260

¹⁰⁵ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 292, Lilleholt (2012) s. 35–36

eller mindre strenge bevisregler som åpner for unntak i tilfeller der resultatet i det enkelte tilfellet kan bli urimelig. Dette har ofte sammenheng med at notoriteten er sikret på andre måter enn ved tinglysning, slik at det er klart at det ikke foreligger forsøk på kreditorsvik. Notoriteten kan tenkes ivaretatt for eksempel ved bankoverføringer,¹⁰⁶ registrering som strander av formelle grunner¹⁰⁷ eller faktisk bruk. Ved overdragelse av løsøre er nettopp å få besittelsen hovedregelen for hvordan erververen oppnår rettsvern.¹⁰⁸ Også omstøtelsesregler eller en særskilt rettsvernshevsregel er foreslått som alternativ.

Jeg går nå over til hoveddelen av oppgaven, til spørsmålet om regelen som følger av tinglysningsloven § 23 innebærer en krenkelse av P1-1.

¹⁰⁶ Røsæg (2010) s. 255

¹⁰⁷ Lilleholt (2012) s. 35

¹⁰⁸ Falkanger/Falkanger (2007) s. 621

4 Oversikt over EMK P1-1

4.1 Ordlyden og bestemmelsens struktur

Eiendomsretten er beskyttet under P1-1, som lyder:

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

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

Det følger av EMDs praksis at eiendomsbeskyttelsen i P1-1 består av tre regler. Dette ble første gang presisert i *Sporrong og Lönnroth mot Sverige* fra 1982,¹⁰⁹ og er lagt til grunn i senere praksis.¹¹⁰ Den første regelen er «prinsippregelen», som fremgår av første ledd første punktum. Denne gir uttrykk for prinsippet om at enhver har rett til å nyte sin eiendom i fred. Den andre regelen er «avståelsesregelen», som fremgår av første ledd annet punktum. Av denne regelen følger at staten bare kan frata borgerne eiendom dersom visse vilkår er oppfylt. Denne gjelder blant annet ekspropriasjon. Den tredje regelen er «kontrollregelen», som fremgår av annet ledd. Denne anerkjenner statens reguleringsbehov, ved å slå fast at staten har rett til å gi og håndheve lover den anser nødvendig for å ivareta allmennhetens interesse.¹¹¹

Av langvarig praksis fra EMD følger at de tre reglene ikke skal tolkes isolert, og at det ikke er tette skott mellom dem. Avståelsesregelen og kontrollregelen anses som spesialregler, som angir to bestemte former for inngrep. Disse må tolkes i lys av det generelle prinsippet som kommer til uttrykk i prinsippregelen. Dette ble uttrykt i *James og andre mot Storbritannia* i 1986, og er fulgt opp i en rekke avgjørelser.¹¹²

¹⁰⁹ Avsnitt 61, Møse (2002) s. 500

¹¹⁰ F.eks. *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 52

¹¹¹ F.eks. *James og andre mot Storbritannia*, avsnitt 37, Solheim (2010) s. 65

¹¹² Avsnitt 37, Lorenzen (2011) s. 1228, Schabas (2015) s. 967, Solheim (2010) s. 65

4.2 Fremgangsmåten for vurderingen av om det foreligger brudd på EMK P1-1

EMD følger en ganske bestemt fremgangsmåte i saker der det vurderes om det foreligger brudd på P1-1.¹¹³ Jeg skal her gi en oversikt over denne fremgangsmåten.¹¹⁴

Det første hovedspørsmålet er om bestemmelsen kommer til anvendelse i saken. To vilkår må være oppfylt. For det første må det foreligge «possessions» eller «property». Hva som etter en autonom tolkning ligger i eiendomsbegrepet, avgjør hvilke *eiendomsinteresser som er beskyttet* under bestemmelsen. For det andre må det foreligge et *inngrep*, en «interference», i eiendomsinteressen, jf. retten til «peaceful enjoyment» av eiendomsretten.¹¹⁵

Dersom inngangsvilkårene er oppfylt, er det andre hovedspørsmålet hva som er *inngrepets art*. Det må først vurderes om inngrepet innebærer en *avståelse*, «deprivation», av eiendom. Dersom det ikke er tilfellet, må det videre vurderes om det har funnet sted *kontroll med bruken av eiendommen*, jf. «control the use of property». Foreligger et inngrep som hverken anses som avståelse eller kontroll, vurderes inngrepet etter *det generelle prinsippet om beskyttelse av eiendom*.¹¹⁶

Det tredje hovedspørsmålet er om inngrepet kan rettfærdiggjøres overfor klageren. Tre vilkår må være oppfylt for at inngrepet ikke skal innebære et brudd på P1-1: For det første må inngrepet ha *tilstrekkelig hjemmel i law*. For det andre må inngrepet tjene et *legitimt formål* ut fra samfunnets interesse, jf. ordlyden om «public» eller «general» interesse. For det tredje må det være *proporsjonalitet* mellom de samfunnsmessige hensyn som begrunner inngrepet, og behovet for beskyttelse av den enkeltes rettigheter.¹¹⁷

Jeg skal i de tre neste kapitlene gjøre nærmere rede for de tre hovedspørsmålene, og underspørsmål under hvert av dem. Jeg skal benytte EMDs fremgangsmåte for å drøfte om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 innebærer et brudd på P1-1. EMD og norske domstoler kan bare undersøke konvensjonsmessigheten av regler i konkrete tilfeller. Jeg drøfter konvensjonsmessigheten generelt, men benytter noen eksempler for å gjøre drøftelsen mer konkret.

¹¹³ Lorenzen (2011) s. 1229, Solheim (2013) s. 299

¹¹⁴ Fremgangsmåten benyttes også av Høyesterett, se f.eks. mindretallets formulering i Rt. 2005 s. 607, avsnitt 89.

¹¹⁵ Lorenzen (2011) s. 1229, Solheim (2010) s. 60

¹¹⁶ Lorenzen (2011) s. 1229, Solheim (2010) s. 65

¹¹⁷ Lorenzen (2011) s. 1229, Solheim (2010) s. 75

5 Kommer EMK P1-1 til anvendelse?

5.1 Innledning

Det første hovedspørsmålet er om P1-1 kommer til anvendelse i tilfeller der det inntreffer kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23. Som nevnt må to vilkår være oppfylt; det må foreligge en *beskyttet eiendomsinteresse* under P1-1 og et *inngrep* i denne.

5.2 Foreligger en beskyttet eiendomsinteresse? Eiendomsbegrepet *possessions* i EMK P1-1

5.2.1 Innledning

Det første underspørsmålet er om det foreligger en eiendomsinteresse som er beskyttet under P1-1.

Det følger av ordlyden i P1-1 at det må foreligge «*possessions*» eller «*property*». Etter EMDs praksis skal eiendomsbegrepet tolkes autonomt, noe som innebærer at det aktuelle eiendomsgodet ikke trenger å utgjøre en eiendomsrettighet etter nasjonal rett.¹¹⁸ EMDs praksis om eiendomsbegrepet har gjennomgått en utvikling fra å være «nokså snever og formalistisk» til å bli mindre restriktiv enn tidligere.¹¹⁹ I dag har eiendomsbegrepet et ganske vidt innhold.¹²⁰ Når det gjelder arten av eiendomsinteressen er det klart at «eiendom» omfatter både fast eiendom, løsøre og en rekke andre formuesgoder. Både eiendomsrett og begrensede rettigheter omfattes.¹²¹

Tinglysingsloven § 23 gjelder enhver «rett som har til gjenstand en fast eiendom», jf. tinglysingsloven § 12.¹²² Det er ikke tvilsomt at eiendomsrett i fast eiendom etter sin art er en beskyttet eiendomsinteresse under P1-1.

Eiendomsbegrepet er presisert til å kunne være enten eksisterende eiendom, «*existing possession*», eller andre aktiva, inkludert krav, der klageren har en berettiget forventning, «*legitimate expectation*», om å oppnå effektiv eiendomsbeskyttelse.¹²³ Etter EMDs praksis må

¹¹⁸ Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH mot Nederland, avsnitt 53, Lorenzen (2011) s. 1249

¹¹⁹ Solheim (2010) s. 140

¹²⁰ Lorenzen (2011) s. 1249

¹²¹ Rainey/Wicks/Ovey (2014) s. 496, Aall (2015) s. 321

¹²² Andenæs (2009) s. 247

¹²³ F.eks. Pye mot Storbritannia, avsnitt 61, Solheim (2010) s. 148

eiendomsgodet ha tilstrekkelig grunnlag i nasjonal rett; det må foreligge et rettsstiftende element.¹²⁴ Rett til å tilegne seg eiendom, er som utgangspunkt ikke omfattet.¹²⁵ Generelt er det et krav om at betingelser knyttet til eiendomskravet som er nødvendige for kravets eksistens, må være oppfylt, for at det skal foreligge beskyttet eiendom.¹²⁶

Når det gjelder spørsmålet om en erverver som mister eiendomsretten til en fast eiendom etter tinglysningsloven § 23 har en beskyttet eiendomsinteresse, er det særlig to problemstillinger som fremstår som problematiske. Disse skal jeg her se nærmere på.

5.2.2 Når inntre eiendomsbeskyttelsen for kjøperen av en fast eiendom?

Den første underproblemstillingen er *når* eiendomsbeskyttelsen inntre for kjøperen.

Av praksis fra EMD fremgår at en rekke derivative erverv, som gjensidig bebyrdende avtaler og gaver, kan utgjøre relevante rettsstiftende elementer. Det er ikke tvilsomt at en kjøpekontrakt er et slikt relevant rettsstiftende element.¹²⁷ Stig H. Solheim drøfter om det avgjørende tidspunktet for når eiendomsbeskyttelsen inntre er avtaletidspunktet eller overtakelsestidspunktet. Han mener erververen allerede fra avtaletidspunktet må anses å ha eksisterende eiendom, eller i alle fall en berettiget forventning om å oppnå effektiv eiendomsbeskyttelse. Dette begrunnes med at det er da kjøperen normalt overtar den risikoen som i denne sammenheng er relevant, det vil si risikoen for inngrep fra myndighetene.¹²⁸ Dette slutter jeg meg til. Imidlertid må det å betale kjøpesummen som avtalt, anses som en nødvendig betingelse for at eiendomsinteressen skal være beskyttet.¹²⁹

Det er i norsk rett ikke noe krav om tinglysning eller annen formell registrering av eiendomsoverdragelser.¹³⁰ Heller ikke av EMDs praksis kan utledes et krav om tinglysning. Solheim viser til at «EMD alltid vil se hen til de reelle forholdene i saken».¹³¹ I avvisningsavgjørelsen *Rucinska mot Polen* hadde klageren fortsatt å stå som registrert eier etter at eiendommen ble ekspropriert. EMD la de reelle forholdene til grunn, og kom til at klageren ikke hadde en berettiget forventning om eierskap til eiendommen.¹³² Dette innebærer

¹²⁴ F.eks. *Kopecký v. Slovakia*, avsnitt 52, Solheim (2010) s. 169–170

¹²⁵ F.eks. *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 61, Lorenzen (2011) s. 1256

¹²⁶ Solheim (2010) s. 254

¹²⁷ Solheim (2010) s. 172, se også Sigron (2014) s. 159

¹²⁸ Solheim (2010) s. 205–206

¹²⁹ Aall (2015) s. 321

¹³⁰ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 193

¹³¹ Solheim (2010) s. 192

¹³² Jf. punktet «The Law»

at det ikke kan kreves at eiendomsoverdragelsen tinglyses, for at eiendomsinteressen skal være beskyttet under P1-1.

Jeg legger etter dette til grunn at en kjøper av en fast eiendom har en beskyttet eiendomsinteresse under P1-1 fra tidspunktet bindende kjøpekontrakt inngås, forutsatt at han betaler kjøpesummen som avtalt.

5.2.3 Innebærer krav om konsesjon at det ikke foreligger en beskyttet eiendomsinteresse?

En annen underproblemstilling er om konsesjonskrav for en eiendom er en betingelse nødvendig for kravets eksistens, som innebærer at kjøperen ikke har en beskyttet eiendomsinteresse. Av plasshensyn drøfter jeg ikke dette. Jeg bemerker likevel: Problemstillingen er drøftet av Solheim (2010) s. 206–210 og (2013), med referanse til bl.a. *Håkansson og Sturesson mot Sverige* fra 1990 og *Pye-dommen*. Jeg tolker Solheim (2006) s. 30–32 som at hans konklusjon er at kjøperen har eksisterende eiendom før konsesjon er gitt, eller at kjøperen i alle fall må ha en berettiget forventning om å oppnå effektiv eiendomsbeskyttelse, dersom sannsynligheten for å få innvilget konsesjon er stor. Dette virker etter mitt skjønn riktig. Solheim (2010) s. 209 tolker flertallet i Rt. 2005 s. 607 (Sandholmen) (avsnitt 55) som at P1-1 ikke kom til anvendelse fordi eiendomsservervet var betinget av konsesjon, og mener at dette synspunktet er feil. Det kan reises spørsmål om flertallets uttalelse også kan tolkes som at konsesjonsnektelse eller konsesjonsvilkår ikke utgjør et *inngrep*, uten at dette innebærer at det ikke foreligger en beskyttet eiendomsinteresse. Dette vil innebære at heller ikke Rt. 2012 s. 18 (avsnitt 81) hindrer at det kan foreligge en beskyttet eiendomsinteresse før konsesjon er innvilget, i relasjon til ulike inngrep, for eksempel et ekspropriasjonsinngrep.

5.2.4 Innebærer kreditorekstinksjon at erververen ikke lenger har en beskyttet eiendomsinteresse?

Den neste underproblemstillingen er om kreditorekstinksjon innebærer at erververen ikke lenger har en beskyttet eiendomsinteresse.

På den ene side kan det hevdes at når eiendomsretten er ekstingvert, foreligger ikke lenger eksisterende eiendom på tidligere eiers hånd. Aall uttaler: «Dersom rettigheten er ekstingvert, er man ikke lenger «eier»». ¹³³ Etter EMDs praksis kan ekstinktive erverv utgjøre relevante rettsstiftende elementer. I *Pye mot Storbritannia* godtok EMD at klagerens eiendom kunne tapes ved *adverse possession*, noe som må bety at eiendom også kan erverves på slikt ekstinktvt grunnlag. ¹³⁴

På den annen side er det normale at der klageren har måttet avstå eiendom, for eksempel ved ekspropriasjon, anses han ikke lenger som eier etter nasjonal rett. Dette er selvsagt ikke til hinder for at EMD anser den rammede for å ha en beskyttet eiendomsinteresse. Det kan derfor sies at kravet om at det må foreligge eksisterende eiendom innebærer at eiendomsretten ikke

¹³³ Aall (2015) s. 321

¹³⁴ Solheim (2010) s. 172–173

må ha gått over til noen andre med bakgrunn i andre forhold enn inngrepet som foranlediger klagen. I *Pye mot Storbritannia* hadde klagerne tapt eiendomsretten ved *adverse possession*, men hadde fortsatt beskyttet eiendom under P1-1 i saken.¹³⁵

Konklusjonen må bli at en erverver som mister retten til en eiendom ved kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23, har en beskyttet eiendomsinteresse under P1-1 ved vurdering av om ekstinksjonen var et konvensjonsstridig inngrep.

5.3 Foreligger inngrep, *interference*, i eiendomsinteressen?

Det andre underspørsmålet er om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 innebærer et inngrep i erververens beskyttede eiendomsinteresse. Dette er ikke et tvilsomt spørsmål, og drøftes derfor kort.

Kravet til at det må foreligge et inngrep, en «interference», fremgår av EMDs praksis.¹³⁶ En rekke forhold kan utgjøre inngrep, blant annet: ekspropriasjon, både formell og de facto; lovreguleringer eller vedtak som formelt har til hensikt å kontrollere eller begrense bruken av en eiendomsinteresse; og myndighetsutøvelse som ikke har et slikt formål, men som i praksis begrenser eierens rådighet.¹³⁷

Tinglysingsloven § 23 gjelder i forholdet mellom to private parter. Det kan diskuteres hvor langt vernet i P1-1 strekker seg i privatrettslige forhold. Utgangspunktet er at P1-1 først og fremst skal gi beskyttelse mot statlige overgrep.¹³⁸ EMD har uttalt at Domstolen «is not in theory required to settle disputes of a private nature», men at «it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act (...) appears unreasonable, arbitrary or (...) inconsistent with (...) the principles underlying the Convention».¹³⁹ To eksempler der EMD har ansett lovgivning som regulerer forholdet mellom private parter som inngrep, er *Pye og Lindheim*, der henholdsvis anvendelse av reglene om *adverse possession* og en endring i tomtefesteloven § 33 ble ansett som inngrep.¹⁴⁰

¹³⁵ Avsnitt 62–63

¹³⁶ F.eks. *Lindheim og andre mot Norge*, avsnitt 59, Solheim (2010) s. 60

¹³⁷ Solheim (2010) s. 61

¹³⁸ Solheim (2010) s. 65

¹³⁹ *Pla og Puncernau mot Andorra*, avsnitt 59, der EMD fant tolkningen av et testament i strid med EMK artikkel 8.

¹⁴⁰ *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 63, *Lindheim og andre mot Norge*, avsnitt 59. Se også Schabas (2015) s. 968.

På bakgrunn av dette kan det slås fast at kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 utgjør et inngrep.

Konklusjonen blir etter dette at inngangsvilkårene for at P1-1 skal komme til anvendelse normalt er oppfylt i tilfeller der det inntreffer kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23.

6 Hva er inngrepets art? Regelvalget

6.1 Innledning

Det andre hovedspørsmålet er hva som er arten av inngrep etter tinglysningsloven § 23. Dette avgjør om det er avståelsesregelen, kontrollregelen eller prinsippregelen som kommer til anvendelse. Regelvalget har betydning fordi terskelen for at inngrepet skal anses proporsjonalt, varierer med karakteren av inngrepet; avståelse rammer ofte hardere enn et kontrolltiltak.¹⁴¹ I teorien er fremhevet at nyere konvensjonspraksis kan tyde på at betydningen av regelvalget er noe mindre enn før.¹⁴² EMD tar imidlertid normalt fortsatt uttrykkelig stilling til hvilken regel som får anvendelse.¹⁴³

6.2 Avståelsesregelen: Innebærer inngrepet avståelse, *deprivation*?

Det første underspørsmålet er om det innebærer avståelse i P1-1s forstand, når erververens rett ek스팅veres til fordel for selgernes konkursbo.

«Deprivation» av eiendom er etter ordlyden beskyttet under P1-1. Avståelse er i kjernen av vernet under bestemmelsen,¹⁴⁴ og foreligger etter EMDs praksis der det enten har skjedd en varig overføring av eiendomsretten til, eller tilintetgjørelse av, et eiendomsgode.¹⁴⁵ Sentralt i avståelsesregelens anvendelsesområde står ekspropriasjon, samt de facto ekspropriasjon, der eieren i praksis med endelig virkning har tapt alle rimelige muligheter til eiendomsutnyttelse. Andre eksempler på tilfeller der avståelsesregelen har kommet til anvendelse, er bruk av statlig forkjøpsrett og tvangssalg i konsesjonssak.¹⁴⁶

Det følger imidlertid av konvensjonspraksis at ikke all tap av eiendomsrett skal vurderes etter avståelsesregelen.¹⁴⁷ Et vilkår for at avståelsesregelen skal komme til anvendelse synes å være at avståelsen av nettopp det aktuelle eiendomsgodet er i samfunnets interesse.¹⁴⁸ Dette står i motsetning til tilfeller der avgivelsen har et annet formål, for eksempel å sikre betaling av

¹⁴¹ Solheim (2010) s. 71, Solheim (2013) s. 299

¹⁴² Gauksdóttir (2004) s. 248, 251, Solheim (2013) s. 300

¹⁴³ Lorenzen (2011) s. 1229

¹⁴⁴ Schabas (2015) s. 974

¹⁴⁵ Lorenzen (2011) s. 1263

¹⁴⁶ Solheim (2010) s. 66–67, Lorenzen (2011) s. 1263–1265, f.eks. Hentrich mot Frankrike, avsnitt 35, Håkansson og Stuesson mot Sverige, avsnitt 42–43

¹⁴⁷ Pye mot Storbritannia, avsnitt 64

¹⁴⁸ I denne retning Gauksdóttir (2004) s. 163

skatt, eller kontroll med ulovlige gjenstander eller eiendomsgoder brukt i forbindelse med kriminalitet.¹⁴⁹

Pye mot Storbritannia er av spesiell interesse for regelvalget i vår sak, fordi saken gjaldt en form for ekstinksjon. EMD kom til at eiendomsavgivelsen ikke var avståelse, men at inngrepet måtte vurderes under kontrollregelen. Begrunnelsen var at reglene om *adverse possession* «were (...) not intended to deprive paper owners of their ownership, but rather to regulate questions of title».¹⁵⁰

Gauksdóttir viser til at lover som regulerer relasjoner mellom private parter og som fører til at den ene parten mister eiendom, for eksempel «laws on prescription», det vil si blant annet ekstinksjonsregler, etter konvensjonspraksis kan anses som inngrep, men ikke som avståelse. Hun mener det er mest naturlig å se slike inngrep under prisnippegelen.¹⁵¹

På den ene side medfører tinglysingsloven § 23 at erververen må avgi sin utinglyste eiendomsrett til eiendommen. Avgivelsen er endelig og total. Ekstinksjonen skjer til fordel for en privat part, men kan sies å være i samfunnets interesse, ved at hovedformål bak regelen er å hindre kreditorsvik. Disse momentene taler for at det foreligger avståelse. På den annen side er det helt sentralt at formålet ikke er å frata erververen eiendomsretten til det aktuelle området. I likhet med inngrepet i *Pye mot Storbritannia* er tinglysingsloven § 23 «not intended to deprive (...) owners of their ownership».¹⁵²

På bakgrunn at dette mener jeg avståelsesregelen ikke kommer til anvendelse ved kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23.

6.3 Kontrollregelen eller prinsippet: Innebærer inngrepet kontroll med bruken, *control of use*? Eller foreligger et inngrep i den generelle retten til å nyte sin eiendom i fred, *peaceful enjoyment of his possessions*?

Det andre underspørsmålet er om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 er et kontrolltiltak.

¹⁴⁹ Jf. Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH mot Nederland, avsnitt 59, AGOSI mot Storbritannia, avsnitt 51, Air Canada mot Storbritannia, avsnitt 34

¹⁵⁰ Avsnitt 66

¹⁵¹ Gauksdóttir (2004) s. 162, 239

¹⁵² Avsnitt 66

Etter ordlyden kan staten «control the use of property» på visse vilkår. Kontrollregelen kommer til anvendelse der formålet med inngrepet er å begrense eller kontrollere utnyttelsen av eiendommen. EMD har anvendt kontrollregelen i et vidt spekter av saker, eksempelvis ved planregulering, byggetillatelse, utleielovgivning, tomtefeste, tilbakekall av tillatelse, avskaffelse av eksklusive rettigheter, beslaglegging og konfiskasjon.¹⁵³ Jeg vil trekke frem to dommer som i likhet med kreditorekstinksjon gjelder bortfall av rettigheter, og som derfor kan være av særlig relevans.

I *Pye mot Storbritannia* kom EMD som nevnt til at det ekstinktive inngrepet falt inn under kontrollregelen.¹⁵⁴ Dette kan tale for at også kreditorekstinksjon må vurderes under kontrollregelen.

Det må imidlertid sees nærmere på EMDs begrunnelse for regelvalget i *Pye*. EMD uttalte at formålet med bestemmelsene om *adverse possession* var «to regulate questions of title» og «regulate (...) limitation periods in the context of the use and ownership of land as between individuals».¹⁵⁵ Bestemmelsene hadde et *kontrollerende* formål. Dette skiller seg fra inngrep etter tinglysningsloven § 23. Det sentrale i slike tilfeller er at verdien av eiendommen ikke skal unndras kreditorenes beslagsrett. Bestemmelsen har ikke til formål å begrense eller kontrollere selve utnyttelsen av eiendommen. Dette taler mot at inngrepet faller inn under kontrollregelen.

I *Bäck mot Finland* kom EMD til at det ikke var i strid med P1-1 at en kausjonist som hadde innfridd kausjonistforpliktelsen, måtte finne seg i at regressfordringen han hadde mot skyldneren ble satt betydelig ned, som følge av gjeldssanering hos skyldneren.¹⁵⁶ EMD uttalte at inngrepet hadde likhetstrekk med både avståelse og kontroll, men at det ikke lett kunne klassifiseres som bare en av delene. Tilfellet ble ansett å falle inn under prinsippregelen.¹⁵⁷ Også kreditorekstinksjonstilfeller innebærer avgivelse av eiendom til en privat part, og kan sies å ha elementer av både avståelse og kontroll. Dette taler for at inngrep etter tinglysningsloven § 23 må vurderes etter prinsippregelen. Dette har også støtte i juridisk teori, jf. Gauksdóttir over i punkt 6.2.¹⁵⁸

¹⁵³ Solheim (2010) s. 68–69, Gauksdóttir (2004) s. 177–213

¹⁵⁴ Avsnitt 66

¹⁵⁵ Avsnitt 66

¹⁵⁶ Avsnitt 71, Kjølbro (2010) s. 966

¹⁵⁷ Avsnitt 58

¹⁵⁸ Gauksdóttir (2004) s. 162

Oppsummert innebærer kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 endelig avgivelse av eiendom, men formålet er ikke overføring av eiendomsretten til arealet. Situasjonen innebærer elementer av kontroll, men formålet er ikke å kontrollere bruken av eiendommen.

Jeg heller derfor i retning av at tilfellet må vurderes under den generelle prinsippregelen.

7 Er vilkårene for at inngrepet kan rettferdiggjøres oppfylt?

7.1 Innledning

Det tredje hovedspørsmålet er om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 kan rettferdiggjøres. Tre vilkår må som nevnt være oppfylt: Inngrepet må ha *tilstrekkelig hjemmel i law*, tjene et *legitimt formål* ut fra samfunnets interesser og det må være *proporsjonalitet* mellom de samfunnsmessige hensynene som begrunner inngrepet og individets behov for beskyttelse.¹⁵⁹

7.2 Statens skjønnsmargin

Utgangspunktet er at staten har en viss *skjønnsmargin*, «margin of appreciation», ved vurderingen av om inngrep kan rettferdiggjøres.¹⁶⁰ Skjønnsmarginen varierer avhengig av bestemmelsen og konteksten, ved P1-1 blant annet med arten av inngrepet og vekten av formålet.¹⁶¹ Ved eiendomsinngrep har skjønnsmarginen tradisjonelt i mange tilfeller vært ansett vid.¹⁶² Det samme gjelder for saker om privatrettslige forhold.¹⁶³

Skjønnsmarginen er særlig vid når det gjelder om *formålet er legitimt*.¹⁶⁴ I vurderingen av om inngrep etter tinglysingsloven § 23, som gjelder mellom private, har et legitimt formål legger jeg til grunn at staten har en vid skjønnsmargin. Lovgivers vurdering vil her respekteres, med mindre vurderingen er helt åpenbart grunnløs, «manifestly without reasonable foundation».¹⁶⁵

I *proporsjonalitetsvurderingen* under P1-1 er EMD tilbakeholden med å overprøve om virkemidlene er egnede, mens virkningen kontrolleres strengere. Det synes å ha skjedd en utvikling; Solheim uttaler at «nyere avgjørelser kan tyde på at EMD ikke anser skjønnsmarginen som noen stor begrensning for deres egen kompetanse ved proporsjonalitetskontrollen».¹⁶⁶ For eksempel hadde staten i *Lindheim og andre mot Norge* en vid skjønnsmargin, men EMD kom likevel til at P1-1 var krenket.¹⁶⁷

¹⁵⁹ Lorenzen (2011) s. 1229, Solheim (2010) s. 75. Etter ordlyden må avståelse være i samsvar med «the general principles of international law». Vilåret gjelder når utenlandske statsborgere fratras eiendom, jf. *James og andre mot Storbritannia*, avsnitt 58–66.

¹⁶⁰ F.eks. *James og andre mot Storbritannia*, avsnitt 46

¹⁶¹ Harris (2014) s. 16, Solheim (2010) s. 82–83

¹⁶² Van Dijk (2006) s. 876

¹⁶³ F.eks. *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 71

¹⁶⁴ Solheim (2010) s. 82

¹⁶⁵ F.eks. *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 74, Kjølbros (2010) s. 940

¹⁶⁶ Solheim (2010) s. 82–83, jf. *Hutten-Czapska mot Polen*, se også Bjørge (2013) s. 115

Utgangspunktet er etter dette at staten har en betydelig skjønnsmargin ved vurderingen av om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 er proporsjonalt.

7.3 Foreligger tilstrekkelig hjemmel i *law*?

Det første underspørsmålet er om inngrepet har tilstrekkelig hjemmel i *law*. Det er ikke tvilsomt at dette vilkåret er oppfylt; punktet gjøres derfor kort.

Lovkravet følger av ordlyden, både i relasjon til avståelsesregelen, jf. «subject to the conditions provided for by law», og indirekte i relasjon til kontrollregelen, jf. «enforce such laws».¹⁶⁸ «*Law*» omfatter både skrevne rettsregler og rettsregler som bygger på rettspraksis. Lovkravet innebærer både at myndighetene må opptre i samsvar med nasjonal rett, og at hjemmelsgrunnlaget må oppfylle visse kvalitative krav; det må være tilstrekkelig tilgjengelig, klart og forutberegnelig.¹⁶⁹

Hjemmelen for at selgernes konkursbo kan ekstingvere erververens utinglyste eiendomsrett følger av formell lov. Tinglysingsloven er kunngjort i Norsk Lovtidend, og er dermed tilstrekkelig tilgjengelig.¹⁷⁰ Bestemmelsen har hatt det samme hovedinnholdet i svært lang tid. Rettspraksis om bestemmelsen er helt konsekvent, jf. punkt 3.5. Det er ikke tvilsomt at tinglysingsloven § 23 oppfyller legalitetskravet og er en tilstrekkelig inngrepshjemmel.

7.4 Har inngrepet et legitimt formål?

7.4.1 Innledning: Et formål er legitimt når det er i samfunnets interesse

Det andre underspørsmålet er om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 har et legitimt formål.

EMD har uttalt at alle inngrep i konvensjonens rettigheter og friheter må «pursue a legitimate aim», jf. EMK artikkel 18.¹⁷¹ Av ordlyden i P1-1 fremgår at avståelse bare kan skje i «the public interest», og at kontrolltiltak må være i samsvar med «the general interest». Det er

¹⁶⁷ Avsnitt 125, 135–136

¹⁶⁸ Kjølbros (2010) s. 936

¹⁶⁹ Carbonara og Ventura mot Italia, avsnitt 64, Kjølbros (2010) s. 937, Solheim (2010) s. 76–77

¹⁷⁰ Buskerud (1995) s. 80

¹⁷¹ F.eks. Beyeler mot Italia, avsnitt 111, som gjaldt prinsippregelen.

ingen prinsipiell forskjell mellom uttrykkene.¹⁷² Jeg benytter derfor samlebetegnelsen «samfunnets interesse».

Hva som er et legitimt formål i relasjon til P1-1, er av EMD tolket vidt.¹⁷³ Myndighetene må opplyse hva formålet er og begrunne dette.¹⁷⁴ Dersom dette er gjort, er det sjelden vilkåret ikke anses oppfylt.¹⁷⁵ Det følger av praksis fra EMD at tvungen avgivelse av eiendom kan være i samfunnets interesse, selv om det skjer til fordel for private, og slik ikke til allmennheten som sådan, forutsatt at inngrepet er en del av «pursuance of legitimate social, economic or other policies».¹⁷⁶

Det synes å følge av EMDs praksis at det er tilstrekkelig at hovedformålet bak regelen er i samfunnets interesse og dermed legitimt.¹⁷⁷ Jeg avgrenser derfor til bare å vurdere om hovedformålet om å hindre kreditorsvik er legitimt. Lovgiver har opplyst om og begrunnet dette formålet i forarbeidene.¹⁷⁸

7.4.2 Er formålet om å hindre kreditorsvik legitimt?

Jeg kan ikke se at EMD konkret har vurdert om å hindre kreditorsvik er et legitimt formål. EMD har imidlertid gitt uttalelser som kan være av relevans i saker om andre spørsmål, blant annet i en rekke saker om konkursbehandling.

Konkursbehandling begrenser konkursdebitors rett til å råde over formuesverdiene som er omfattet av bobehandlingen, og anses som et inngrep under kontrollregelen. I *Luordo mot Italia* kom EMD til at en langvarig bobehandling på 14 år og 8 måneder var i strid med konkursdebitors eiendomsrett. Inngrepet ble ansett å ha et legitimt formål, men var ikke proporsjonalt.¹⁷⁹ I relasjon til formålet ble uttalt:

«[T]he prohibition on a bankrupt administering and dealing with his possessions is intended to *ensure that the creditors are paid*. The interference therefore pursued a

¹⁷² James og andre mot Storbritannia, avsnitt 43

¹⁷³ Kjølbros (2010) s. 940

¹⁷⁴ Bertelsen (2011) s. 397

¹⁷⁵ Solheim (2010) s. 80

¹⁷⁶ F.eks. James og andre mot Storbritannia, avsnitt 40–45, Gauksdóttir (2004) s. 161, 163, Solheim (2010) s. 68

¹⁷⁷ I Lindheim og andre mot Norge vurderte EMD formålet om å sikre festerne varig disponeringsrett over tomten som legitimt. Hensynet til klare regler og å unngå tvister ble først vist til i proporsjonalitetsvurderingen. Jf. avsnitt 97, 100, 125.

¹⁷⁸ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 39

¹⁷⁹ *Luordo mot Italia*, avsnitt 67–71, Kjølbros (2010) s. 966

legitimate aim that was in accordance with the general interest, namely *the protection of the rights of others*»¹⁸⁰ (egen utheving).

EMD kom altså til at formålet om å beskytte andres rettigheter var i samfunnets interesse. Dette er anerkjent som et legitimt formål i en rekke saker.¹⁸¹ Mer konkret anså EMD i *Luordo* hensynet til kreditorene og at de skulle få dekning for sine krav, som legitimt.¹⁸² Dommen gjelder ikke kreditorsvik, men å hindre kreditorsvik har nær sammenheng med hensynet til å sikre kreditorene dekning. Uttalelsen kan derfor sies i betydelig grad å tale for at formålet om å hindre kreditorsvik er legitimt.

Jeg mener etter dette, også på bakgrunn av statens vide skjønnsmargin, at formålet bak tinglysingsloven § 23 om å hindre kreditorsvik er legitimt.

7.5 Er inngrepet proporsjonalt?

7.5.1 Innledning

Det tredje underspørsmålet er om inngrepet er proporsjonalt.

Etter EMDs praksis må inngrepet «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».¹⁸³ En rimelig balanse krever «a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised». Foreligger ikke dette har klageren båret en «individual and excessive burden».¹⁸⁴ Vurderingstemaet her er om hensynet til å unngå kreditorsvik, herunder hensynet til å unngå usikkerhet og tvister, veier tungt nok til at det kan rettferdiggjøre at en erverver som ikke har tinglyst sitt erverv i alle tilfeller mister eiendomsretten.

Proporsjonalitetskravet i EMK inneholder generelt tre delvilkår, som alle må være oppfylt for at inngrepet skal kunne rettferdiggjøres; middelet inngrepet utgjør må være *egnet* til å oppnå det legitime formålet, *nødvendig* for å oppnå formålet og *forholdsmessig i streng forstand*.¹⁸⁵ I saker om P1-1 benytter EMD ikke ofte eksplisitt denne tredelingen. Det synes imidlertid som

¹⁸⁰ Avsnitt 68

¹⁸¹ Bl.a. Bottaro mot Italia, avsnitt 29, Saggio mot Italia, avsnitt 29, Kotov mot Russland, avsnitt 49

¹⁸² Se også Jgk. Statyba Ltd. og Guselnikovas mot Litauen, avsnitt 125

¹⁸³ F.eks. Sporrang og Lönnroth mot Sverige, avsnitt 69

¹⁸⁴ F.eks. James og andre mot Storbritannia, avsnitt 50, Kjølbro (2010) s. 942

¹⁸⁵ Andenæs/Björge (2012) s. 60–61

om EMD gjør vurderingene der det er relevant. Jeg velger derfor å benytte tredelingen som rammeverk for drøftelsen.

7.5.2 Er kreditorekstinksjon etter tinglygingsloven § 23 «egnet» til å oppnå formålet?

Den første underproblemstillingen er om tinglygingsloven § 23 er egnet til å nå hovedformålet om å hindre kreditorsvik. Av plasshensyn drøfter jeg her ikke de andre hensynene bak bestemmelsen.

At middelet må være *egnet*, betyr at det må være effektivt når det gjelder å nå statens mål, jf. kravet om proporsjonalitet «between the means employed and the aim sought to be realised».¹⁸⁶ EMD har også uttalt dette mer direkte: «[A] measure must be (...) *appropriate* to achieving its aim» (egen utheving).¹⁸⁷

På den ene side sikrer kravet om at ervervet må tinglyses for å få rettsvern, notoritet for tidspunktet til disposisjonen. Det kan dermed ikke begås kreditorsvik ved at en kjøpekontrakt antedateres.¹⁸⁸ Det kan hevdes at antedatering er en form for kreditorsvik det er betydelig fare for at vil inntreffe.¹⁸⁹ Som nevnt i punkt 7.2, prøver EMD i liten grad middelets egnethet. Det er i hovedsak der sammenhengen mellom inngrepet og formålet er veldig svak, at inngrepet anses uproporsjonalt på dette grunnlaget.¹⁹⁰ Det kan ikke sies å være en svak sammenheng mellom tinglygingsloven § 23 og formålet om å hindre kreditorsvik. Dette taler for at inngrepet er egnet.

På den annen side kan det argumenteres for at tinglygingsloven § 23 ikke er effektiv når det gjelder å hindre kreditorsvik, fordi notoriteten er begrenset når det gjelder *innholdet* av disposisjonen. Røsæg mener notoriteten hva gjelder innholdet er svak, fordi tinglygingsloven § 23 ikke innebærer noen kontroll med om tinglysingen er proforma. Han viser til at det for eksempel er mulig å tinglyse hjemmelsovergang med kvittering for betalt kjøpesum før konkursen, selv om kjøpesummen ikke er betalt og det bare er meningen at hjemmelsovergangen skal gjøres gjeldende dersom konkurs faktisk åpnes.¹⁹¹ Han viser også til at dersom konkursdebitor vil holde en eiendom utenfor konkursen, og han har en alliert,

¹⁸⁶ Solheim (2010) s. 87

¹⁸⁷ James og andre mot Storbritannia, avsnitt 50

¹⁸⁸ Røsæg (2010) s. 254

¹⁸⁹ Jf. Brækhus/Hærem (1964) s. 477

¹⁹⁰ Solheim (2010) s. 87

¹⁹¹ Røsæg (2010) s. 254, se også Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 190–191

hindrer ikke ekstinksjonsregelen ham i dette; det tar noe tid fra konkurs begjæres til konkursen åpnes i rettsmøte, og i løpet av denne perioden kan overdragelsen til den allierte tinglyses. Røsæg mener derfor at regelen er ineffektiv.¹⁹²

Også utvalget bak NOU 1982:17 pekte på dette: «Hvor det dreier seg om konkurs begjært av kreditorene, kan det ta tid fra begjæringen blir inngitt til (...)retten beslutter konkurs åpnet. I mellomtiden er det mulighet for å få tinglyst frivillige rettsstiftelser.»¹⁹³ Utvalget drøftet om det avgjørende tidspunktet i tinglysingsloven § 23 burde flyttes fra dagen før konkursåpning til «dagen før konkursbegjæring ble inngitt» (egen utheving), men fant ikke tilstrekkelig grunn til å foreslå dette. Dette ble begrunnet med at erverv tinglyst etter konkursbegjæringen, kan omstøtes i medhold av den subjektive omstøtelsesregelen,¹⁹⁴ jf. dekningsloven § 5-9. Argumentene til Røsæg og utvalget taler mot at tinglysingsloven § 23 er egnet når det gjelder å hindre kreditorsvik.

Jeg mener etter dette at konklusjonen er noe usikker. Staten har her en vid skjønnsmargin. Tinglysingsloven § 23 er egnet til å hindre antedateringer, men ikke visse andre former for kreditorsvik. Bestemmelsen må suppleres med omstøtelsesregler for at beskyttelsen skal bli effektiv. Jeg mener det ikke kan sies at inngrep etter tinglysingsloven § 23 er uproporsjonale fordi middelet er uegnet. Tvil om egnetheten kan likevel være et moment som taler mot at inngrepet er proporsjonalt, i den senere vurderingen av om inngrepet er forholdsmessig i streng forstand.

7.5.3 Er kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 «nødvendig» for å oppnå formålet?

Den andre underproblemstillingen er om inngrepet er nødvendig. Jeg drøfter først om det gjelder et krav om «strict necessity» etter P1-1, deretter betydningen av absolutte regler og generelle tiltak, og til slutt om den absolutte regelen i tinglysingsloven § 23 er nødvendig.

7.5.3.1 Gjelder et krav om «strict necessity» under P1-1?

Det første spørsmålet er om det gjelder et krav om «strict necessity» under P1-1, det vil si om inngrepet ikke er proporsjonalt dersom formålet kan oppnås med mindre inngripende midler.¹⁹⁵

¹⁹² Røsæg (2010) s. 254–255

¹⁹³ NOU 1982:17 s. 152

¹⁹⁴ NOU 1982:17 s. 152

¹⁹⁵ Solheim (2010) s. 82

Proporsjonalitetsvurderingen, og særlig nødvendigheten av middelet, har tradisjonelt vært ansett mindre streng under P1-1 enn etter mange av de andre bestemmelsene i konvensjonen.¹⁹⁶ Eirik Bjørge viser imidlertid til at det har skjedd en utvikling i EMDs praksis på dette området. Før *James og andre mot Storbritannia* fra 1986 ble proporsjonaliteten av inngrep under P1-1 ikke vurdert. I *James* kom EMD til at proporsjonaliteten måtte vurderes også under P1-1, men mindre strengt enn ved andre bestemmelser.¹⁹⁷ Som Solheim påpeker skulle det ved eiendomsinngrep ikke gjelde et krav om «strict necessity».¹⁹⁸ Bjørge viser til at EMD i *Hentrich mot Frankrike* fra 1994 implisitt anerkjente «minst inngripende tiltaks»-prøving under P1-1. Inngrepet ble her ikke ansett proporsjonalt, blant annet fordi staten hadde «other suitable methods at its disposal for discouraging tax evasion».¹⁹⁹ Solheim synes å tolke *Hentrich* på en mer forsiktig måte, og nøyer seg med å uttale at om det finnes alternative mindre inngripende tiltak er dette et relevant moment, som kan bli tillagt betydelig vekt i proporsjonalitetsvurderingen.²⁰⁰ EMD har på 2000-tallet uttalt at «it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution» (egen utheving).²⁰¹

Bjørge mener at også senere rettspraksis peker i retning av at det gjelder et krav om «strict necessity» under P1-1.²⁰² I *Capital Bank AD mot Bulgaria* fra 2005, der tillatelse til å drive bank ble tilbakekalt, ble P1-1 ansett brutt. EMD uttalte:

«There existed (...) a number of options (...) to attain the desired results of safeguarding the interests of the applicant bank's depositors and other creditors and protecting the stability of the banking system (...). However, the legislative framework opted for the most drastic solution».²⁰³

Jeg mener etter dette at konklusjonen er noe usikker, men at det trolig foreligger et krav om «strict necessity» under P1-1. Eksistensen av alternative mindre inngripende tiltak må i alle fall være et relevant moment av betydelig vekt, som taler mot at inngrepet er proporsjonalt.

¹⁹⁶ Solheim (2010) s. 82

¹⁹⁷ Bjørge (2013) s. 109–113, jf. *Handyside mot Storbritannia*, avsnitt 62, *James og andre mot Storbritannia*, avsnitt 51

¹⁹⁸ Solheim (2010) s. 82

¹⁹⁹ Avsnitt 47, Bjørge (2013) s. 112

²⁰⁰ Solheim (2010) s. 82

²⁰¹ *Bäck mot Finland*, avsnitt 54

²⁰² Bjørge (2013) s. 113

²⁰³ Avsnitt 138

7.5.3.2 Betydningen av absolutte regler og generelle tiltak

Det følger av ordlyden og Høyesteretts praksis at tinglysningsloven § 23 er en absolutt regel, det ikke gjøres unntak fra.²⁰⁴ Det andre spørsmålet er hvilken betydning det har for proporsjonalitetsvurderingen, at hjemmelen for inngrepet gjelder generelt og absolutt.

Av praksis fra EMD følger at generelle tiltak, uten mulighet for individuell vurdering av de konkrete fakta i saken, i prinsippet ikke er i strid med EMK. Generelle tiltak og forbud har blitt godtatt i en rekke saker.²⁰⁵

Etter praksis må generelle tiltak imidlertid være *nødvendige* for å nå formålet.²⁰⁶ *Lindheim og andre mot Norge* kan trekkes frem som et eksempel på dette. Saken gjaldt konvensjonsmessigheten av tomtfesteloven § 33, som gav festerne rett til å forlenge festeavtalen «på same vilkår som før». EMD mente formålet slik det fremgikk av forarbeidene var legitimt; festere som av økonomiske grunner ikke kunne utløse tomten, skulle sikres en varig disponeringsrett.²⁰⁷ I proporsjonalitetsvurderingen ble det imidlertid lagt vekt på at retten til å forlenge festeavtalen var utformet helt generelt.²⁰⁸ EMD uttalte:

«[S]ection 33 was *generally applicable* to contracts of a certain age that were up for renewal, irrespective of the financial means of the lessee concerned. It most likely had a much wider reach than merely addressing situations of potential financial hardship and social injustice and reflected social policy in a broad sense»²⁰⁹ (egen utheving).

Regelen gjaldt alle festeforhold til bolig- og fritidsformål. Den gjaldt uavhengig av festerens faktiske økonomiske stilling, og slik også bemidlede festere.²¹⁰ EMD påpekte at bestemmelsen gikk videre enn formålet med bestemmelsen. Dette kan tolkes som at EMD ikke anså bestemmelsen, slik den var utformet til å gjelde helt generelt, som nødvendig for å nå formålet.

²⁰⁴ Jf. punkt 3.5

²⁰⁵ F.eks. *Animal Defenders International mot Storbritannia*, avsnitt 106, *James og andre mot Storbritannia*, avsnitt 68, *Mellacher og andre mot Østerrike*, avsnitt 53

²⁰⁶ *Animal Defenders International mot Storbritannia*, avsnitt 107

²⁰⁷ Avsnitt 97, 100

²⁰⁸ Solheim (2013) s. 303

²⁰⁹ Avsnitt 130

²¹⁰ Solheim (2013) s. 303–304

I proporsjonalitetsvurderingen la EMD videre vekt på at bestemmelsen hadde en absolutt karakter og rigid form.²¹¹ Lovgivningen åpnet ikke for unntak. EMD viste til at avtaleforlengelsen «was for an indefinite duration without any possibility of upward adjustment in the light of factors other than the consumer price index».²¹² Det fantes altså ingen mulighet for fremtidig justering av festeavgiften etter tomtens markedsverdi, heller ikke i ekstraordinære tilfeller. Mangelen på fleksibilitet var, sammen med de svært lave festeavgiftene i forhold til markedsverdien, med på å begrunne at inngrepet var uproporsjonalt.²¹³

I *Animal Defenders International mot Storbritannia* fra 2013 (heretter «*Animal Defenders*») kom EMD til at et totalforbud mot politisk reklame på TV og i radio, ikke var i strid med ytringsfriheten i EMK artikkel 10.²¹⁴ EMD sammenstilte her fire momenter som er særlig sentrale i vurderingen av om et generelt tiltak er nødvendig.²¹⁵ Det viktigste i proporsjonalitetsvurderingen i *Animal Defenders* var at nasjonale myndigheter etter en grundig behandling hadde kommet til at forbudet var konvensjonsmessig.²¹⁶ Jeg kommer tilbake til dette momentet i punkt 7.5.5. De tre andre momentene danner rammen for drøftelsen av neste spørsmål.

7.5.3.3 Er den absolutte regelen i tinglysingsloven § 23 nødvendig?

Det tredje spørsmålet er om den absolutte regelen i tinglysingsloven § 23, uten rom for unntak, er nødvendig for å oppnå formålet bak regelen. Jeg går her inn på hovedformålet om å hindre kreditorsvik, og de retts tekniske hensynene om å unngå usikkerhet, vanskelige bevisvurderinger og tvister.

7.5.3.3.1 Formålet om å hindre kreditorsvik

En absolutt regel anses lettere nødvendig dersom å åpne for unntak innebærer «risk of abuse», jf. *Animal Defenders*.²¹⁷ Det første delspørsmålet er om den absolutte regelen i tinglysingsloven § 23 er nødvendig for å hindre kreditorsvik.

²¹¹ Solheim (2013) s. 303

²¹² Avsnitt 131

²¹³ Lindheim og andre mot Norge, avsnitt 129, Solheim (2013) s. 303–304

²¹⁴ Avsnitt 76, 106, 125

²¹⁵ Avsnitt 108

²¹⁶ Avsnitt 113–116

²¹⁷ *Animal Defenders International mot Storbritannia*, avsnitt 108

På den ene side kan det hevdes at et absolutt krav om tinglysning for å få rettsvern er den sikreste måten å søke å hindre kreditorsvik på. Tinglysningen gir sikker notoritet for at ervervet er skjedd før konkursen.²¹⁸ Å fravike tinglysningskravet kan føre til at flere prøver å unndra eiendommer fra dekning og at det vil kunne bli lettere å slippe unna med det.

På den annen side finnes alternativer til den absolutte regelen i tinglysningsloven § 23, jf. punkt 3.8. Det kan velges en løsning med mer eller mindre strenge bevisregler, som åpner for unntak i tilfeller der notoriteten er sikret på andre måter enn ved tinglysning, eller adgang til skjønsmessige vurderinger der resultatet i det enkelte tilfellet kan bli urimelig. Andre alternativer er omstøtelsesregler som rammer disposisjoner foretatt kort tid før konkursen eller der notoriteten ikke er ivaretatt. Man kan i denne sammenheng se for seg et krav om at det må bevises at disposisjonen er foretatt en viss tid før konkursen. Også en særskilt rettsvernshevsregel er foreslått. Eksistensen av disse mindre inngripende alternative tiltakene trekker i retning av at tinglysningsloven § 23 ikke er strengt nødvendig.

7.5.3.3.2 *Formålet om å unngå usikkerhet, vanskelige bevisvurderinger og tvister*

En absolutt regel anses videre lettere nødvendig dersom å åpne for unntak innebærer «risk of significant uncertainty (...), of litigation, expense and delay», jf. *Animal Defenders*.²¹⁹ Det andre delspørsmålet er om den absolutte regelen i tinglysningsloven § 23 er nødvendig for å ivareta disse rettstekniske hensynene.

På den ene side kan frafallelse av kravet om tinglysning åpne for usikkerhet og tvister. Brækhus uttaler at «[h]vor tinglysning (...) er forsømt, ville påstand om at erververens rett like fullt er helt klar, bli reist så sant det er den minste chance til å nå frem». Regelen virker preventivt, og letter behandlingen av «de frynsete mellomtilfeller».²²⁰ Om konkursboet skulle ha bevisbyrden, ville det kunne bli svært vanskelig å sannsynliggjøre kreditorsvik, for det er vanskelig å bevise ond tro.²²¹ I *Lindheim og andre mot Norge* anerkjente EMD behovet for «clear and foreseeable solutions and the need to avoid costly and time-consuming litigation on a massiv scale before national courts».²²²

På den annen side kan det hevdes at risikoen for usikkerhet, vanskelige bevisvurderinger og tvister avhenger av hvordan unntaksvilkårene utformes. Plassering av bevisbyrden på

²¹⁸ Lilleholt (1999) s. 169

²¹⁹ *Animal Defenders International mot Storbritannia*, avsnitt 108

²²⁰ Brækhus (1998) s. 44

²²¹ Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) s. 39, Lilleholt (1999) s. 170

²²² Avsnitt 125

erververens side, strenge bevisregler, konkrete unntakshjemler eller klare retningslinjer for skjønnnet, kan bidra til å redusere denne risikoen. Bevisbyrden kan være særlig streng der transaksjonen hevdes å ha funnet sted kort tid før konkursåpningen,²²³ eller mellom nærstående. I NOU 1982:17 uttales at «de bevismessige hensyn alene ikke er tilstrekkelig til å begrunne et krav om tinglysning».²²⁴ Mot sitatet fra *Lindheim* over kan innvendes at det i *Lindheim* forelå mellom 300 000 og 350 000 festeforhold der det kunne oppstå tvister, mens det for eksempel i 2014 ble åpnet totalt 4803 konkurser.²²⁵ Dette kan tale mot at den absolutte regelen i tinglysningsloven § 23 er nødvendig. Mot dette igjen kan imidlertid innvendes et systemhensyn; å åpne for unntak når det gjelder fast eiendom kan som nevnt få betydning også på andre områder.

7.5.3.3 Betydningen av fare for diskriminering og vilkårlighet

En absolutt regel anses endelig lettere nødvendig dersom å åpne for unntak innebærer fare for diskriminering og vilkårlighet, jf. *Animal Defenders*.²²⁶

På den ene side må dette kunne sies å være en fare når det gjelder tinglysningsloven § 23. På den annen side finnes mange skjønnsmessige bestemmelser i norsk lovgivning, som styres av retningslinjer fra lov og rettspraksis. Det er rimelig å anta at det er mulig å gjøre unntak også fra tinglysningsloven § 23 på en måte som ikke fører til vilkårlighet i resultatene, for eksempel ved å gi konkrete unntakshjemler eller retningslinjer for skjønn.

7.5.3.4 Konklusjon

Konklusjonen er etter dette noe usikker. Jeg mener den absolutte regelen i tinglysningsloven § 23 trolig ikke er nødvendig for å oppnå hovedformålet om å hindre kreditorsvik. Som i *Lindheim* går bestemmelsen trolig lenger enn formålet skulle tilsi. Bestemmelsen er imidlertid trolig nødvendig for å unngå en viss usikkerhet, en del vanskelige bevisvurderinger og flere tvister. Det kan etter dette ikke sies at inngrepet er uproporsjonalt på grunn av manglende nødvendighet. At inngrepet trolig ikke er nødvendig for å oppnå hovedformålet om å hindre kreditorsvik, taler imidlertid mot at inngrepet er proporsjonalt i vurderingen av om inngrepet er forholdsmessig i streng forstand.

²²³ Falkanger (1990) s. 489

²²⁴ Falkanger (1990) s. 491

²²⁵ Lindheim og andre mot Norge, avsnitt 12, Statistisk sentralbyrå (2015)

²²⁶ Animal Defenders International mot Storbritannia, avsnitt 108

7.5.4 Er kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 forholdsmessig i streng forstand?

Den tredje underproblemstillingen er om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 er forholdsmessig i streng forstand. Det må foretas en konkret helhetsvurdering, der en rekke momenter spiller inn.²²⁷ Jeg skal gå gjennom de relevante momentene jeg her anser mest sentrale. Listen er imidlertid ikke uttømmende.

7.5.4.1 *Vekten av formålet med inngrepet*

Det må etter EMDs praksis være truffet en rimelig balanse mellom samfunnets interesser og individets rettigheter.²²⁸ Er legitimiteten til formålet tvilsom, stilles kravene til forholdsmessigheten høyere. Motsatt anses inngrep begrunnet i tungtveiende samfunnshensyn, ofte lettere forholdsmessige. Eksempler fra EMDs praksis på slike tungtveiende hensyn er overgang til en demokratisk styreform, å oppnå større sosial rettferdighet, økonomisk reform, kamp mot narkotika og terrorisme og beskyttelse av miljøet.²²⁹

Hensynet til å unngå kreditorsvik, herunder hensynet til å unngå usikkerhet og tvister, er klart legitimt, jf. punkt 7.4. Kreditorsvik er et problem ikke bare for de aktuelle kreditorene, men også i et samfunnsperspektiv.²³⁰ Dette kan likevel trolig ikke sies å være et så tungtveiende hensyn, på linje med eksemplene nevnt over, at kravene til forholdsmessigheten kan stilles lavere enn normalt.

7.5.4.2 *Hvor hardt erververen rammes*

Av EMDs praksis fremgår at inngrepets art og konkrete økonomiske betydning for klageren er av betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Avståelse er ofte mer inngripende enn kontrolltiltak, og er derfor generelt vanskeligere å rettferdiggjøre. Ved prinsippregelen, som legges til grunn her, antas terskelen å ligge et sted mellom avståelsestilfellene og kontrolltilfellene, men må vurderes konkret.²³¹ Generelt er totalt bortfall mer inngripende enn en reduksjon eller begrensning.²³²

²²⁷ Solheim (2010) s. 98

²²⁸ F.eks. Sporrang og Lönnroth mot Sverige, avsnitt 69

²²⁹ Solheim (2010) s. 85–86

²³⁰ I denne retning NOU 1999:23 pkt. 5.9.3

²³¹ Solheim (2010) s. 87–91

²³² F.eks. Kjartan Ásmundsson mot Island, avsnitt 44–45

Det kan hevdes at et inngrep rammer hardere når det innebærer at en eier blir fratatt besittelsen eller bruken av eiendommen. To dommer som begge handler om ekstinksjonslignende forhold, kan illustrere dette.

I *Pye mot Storbritannia* var et av momentene EMD la vekt på i forholdsmessighetsvurderingen, at *adverse possession* i stor grad formaliserte eksisterende bruksforhold.²³³ Det kan hevdes at inngrepet i *Pye* på denne måten rammet klagerne noe mindre hardt.²³⁴ Dette skiller seg fra tilfeller der kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 rammer en erverver som benytter eiendommen.

I *Gasus Doiser- und Fördertechnik GmbH* (heretter «*Gasus Dossier*») mot *Nederland* drøftet EMD om det var i strid med P1-1 at skattemyndighetene beslagla og solgte en betongblander i skyldners besittelse, som tredjemann hadde eiendomsforbehold i, til dekning av skyldners gjeld. Inngrepet ble ansett forholdsmessig.²³⁵ EMD uttalte at beslag i løsøre som tilhører tredjemann, men som er i skyldners besittelse, ikke nødvendigvis er i strid med P1-1.²³⁶ Dette er en uttalelse som i utgangpunktet kan tale for at beslag i eiendeler som tilhører tredjemann godtas. På den annen side gjaldt saken i motsetning til tinglysningsloven § 23-tilfeller *løsøre*, som skyldneren var *i besittelse av*. Saken gjaldt rett etter en sikkerhetsrett, slik at selgeren hadde liten interesse i å få tilbake selve eiendomsretten.²³⁷ Dette er forhold som kan tilsi at klageren ble rammet noe mindre hardt.

Når det gjelder arten av inngrep etter tinglysningsloven § 23 er avgivelsen av eiendomsretten endelig og total, og ligner dermed avståelse. Det skal derfor en del til for å rettfærdiggjøre inngrepet.

Når det gjelder den konkrete økonomiske betydningen for erververen, må dette vurderes konkret. En erverver, som ikke er sikret ved en sikringsobligasjon, mister retten til eiendommen, og får bare rett til dividende i boet, jf. punkt 3.6. Dette må kunne sies å ramme ham hardt. Særlig gjelder dette om inngrepet for eksempel innebærer at han blir fratatt boligen sin eller, om det er tale om en landbrukseiendom, også levebrødet sitt. Momentet taler generelt mot at inngrepet er forholdsmessig, og leder over til neste moment.

²³³ Avsnitt 76

²³⁴ På den annen side var eiendommen «worth a substantial sum of money», men dette endret ikke utfallet, jf. avsnitt 84.

²³⁵ Avsnitt 7–14, 74, Kjølbro (2010) s. 972

²³⁶ Avsnitt 66

²³⁷ Avsnitt 68

7.5.4.3 Betydningen av å bli fratatt bolig, sammenhengen med EMK artikkel 8

Sammenhengen med andre rettigheter kan ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen.²³⁸ P1-1 må sees i sammenheng med EMK artikkel 8 om rett til «respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse».²³⁹

I *Lindheim og andre mot Norge* fremhevet staten at retten til beskyttelse av ens hjem er en fundamental rettighet garantert av artikkel 8, og at dette måtte ha innvirkning på i hvilken utstrekning det kunne gjøres inngrep i P1-1.²⁴⁰ EMD uttalte at festernes rett til å beholde hus de eide på festet tomt var beskyttet under både P1-1 og artikkel 8.²⁴¹ Inngrepet i grunneiernes eiendomsrett ble etter en helhetsvurdering ansett uforholdsmessig.²⁴² Dommen viser at hensynet til å beholde bolig er relevant i forholdsmessighetsvurderingen, men ikke nødvendigvis avgjørende.

Når artikkel 8 og P1-1 trekker i samme retning, kan det tenkes å påvirke forholdsmessighetsvurderingen.²⁴³ I en rekke saker har klageren påberopt brudd på både P1-1 og artikkel 8. Et eksempel er *Rousk mot Sverige*, der klagerens bolig ble tvangssolgt på auksjon til langt under markedspris, for å dekke skattegjeld til staten.²⁴⁴ I proporsjonalitetsvurderingen under artikkel 8 uttalte EMD at «[t]he Court has held that the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home».²⁴⁵ EMD kom etter en helhetsvurdering til at både P1-1 og artikkel 8 var krenket.²⁴⁶

Når inngrep etter tinglysningsloven § 23 rammer bolig, trekker P1-1 og artikkel 8 i samme retning, mot at inngrepet er forholdsmessig.

²³⁸ Solheim (2010) s. 97–98

²³⁹ Lorenzen (2011) s. 1233

²⁴⁰ Bjørge (2013) s. 122

²⁴¹ Avsnitt 124

²⁴² Avsnitt 134

²⁴³ Solheim (2010) s. 97–98

²⁴⁴ Avsnitt 81

²⁴⁵ Avsnitt 137

²⁴⁶ Avsnitt 126–127, 142

7.5.4.4 Andres rettigheter

Andres rettigheter kan være av betydning for forholdsmessighetsvurderingen.²⁴⁷ Etter EMDs praksis kan kreditorers krav utgjøre beskyttet eiendom under P1-1.²⁴⁸ I *Bäck mot Finland* kom EMD til at en kausjonists regresskrav var beskyttet eiendom. Kravet bortfalt nesten helt da låntakeren fikk innvilget gjeldsnedjustering. EMD kom likevel til at inngrepet kunne rettferdiggjøres.²⁴⁹

I tinglysingsloven § 23-tilfeller kan det sies å oppstå et motsetningsforhold mellom erververens eiendomsrett på den ene siden og kreditorenes krav på dekning på den andre, som begge er beskyttet under P1-1. *Bäck* viser likevel at det kan godtas at et pengekrav nesten bortfaller helt, avhengig av forholdene i saken.

Kreditorenes rettigheter taler etter dette i noen grad for at inngrepet er forholdsmessig.

7.5.4.5 Vilkårighet og diskriminerende momenter

Det fremgår av EMDs praksis at det ved inngrep som bærer preg av vilkårighet eller diskriminering, ofte stilles strengere krav til forholdsmessigheten.²⁵⁰

Tinglysingsloven § 23 innebærer at det skjer kreditorekstinksjon til fordel for konkursboet i *alle* tilfeller der erververen ikke har tinglyst kjøpekontrakten i tide. Bestemmelsen innebærer hverken vilkårlige eller diskriminerende elementer. Dette taler for at inngrepet er forholdsmessig.

7.5.4.6 Forutberegnelighet

Av EMDs praksis fremgår at graden av forutberegnelighet ved inngrepet har betydning i forholdsmessighetsvurderingen.²⁵¹ Det har betydning om inngrepet er i strid med eierens berettigede forventning.²⁵² I *Pye mot Storbritannia* fremhevet EMD at det at de hevdslignende reglene hadde vært gjeldende i lang tid før klagerne ervervet eiendommen, var av betydning

²⁴⁷ Gauksdóttir (2004) s. 291, jf. avvisningsavgjørelsen *Jalkalan Kalastuskunta og andre mot Finland*, «The Law» pkt. 2

²⁴⁸ Reid (2011) s. 432

²⁴⁹ Avsnitt 13–18, 57, 61–71

²⁵⁰ F.eks. *Hentrich mot Frankrike*, avsnitt 45–47, 49, *Chassagnou og andre mot Frankrike*, avsnitt 84–85, *Solheim* (2010) s. 91, 97

²⁵¹ F.eks. *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, avsnitt 70, *Hentrich mot Frankrike*, avsnitt 47

²⁵² Gauksdóttir (2004) s. 282

for proporsjonalitetsvurderingen. Klagerne kunne ikke påberope uvitenhet om reglene, eller hevde at reglene kom overraskende på dem.²⁵³

Regelen i tinglysningsloven § 23 har vært gjeldende i lang tid og rettstilstanden er klar. Inngrep etter bestemmelsen kan derfor sies å være forutberegnelige. Dette taler for at inngrepet er forholdsmessig.

7.5.4.7 Erververens opptreden og uaktsomhet i saken

7.5.4.7.1 EMDs praksis

Det fremgår av EMDs praksis at erververens opptreden og grad av uaktsomhet i saken er av betydning for forholdsmessighetsvurderingen. EMD har uttalt: «[A] fair balance depends on many factors and *the behaviour of the owner of the property, including the degree of fault or care which he has displayed, in one element of the entirety of circumstances which should be taken into account*»²⁵⁴ (egen utheving).

I *Pye mot Storbritannia* la EMD vekt på at «very little action on the part of the applicant companies would have stopped time running».²⁵⁵ De kunne avbrutt «hevdingen» ved å be om leie, en annen form for betaling eller tatt rettslige skritt for å gjenopprette eierskapet.²⁵⁶ Klagerens mangel på handling talte altså for at inngrepet var forholdsmessig.

I *Gasus Doiser mot Nederland* var ett av momentene som talte for at inngrepet var forholdsmessig, at selskapet «were engaged in a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk» og at «Gasus were in fact sufficiently aware of their risk to take steps to limit it».²⁵⁷ Gasus kunne ved slaget av betongblanderen blant annet unnlatt å yte kreditt eller krevd en bankgaranti.²⁵⁸

I *Hentrich mot Frankrike* hadde skattemyndighetene brukt forkjøpsretten de etter loven hadde i tilfeller der det var mistanke om eiendomssalg til underpris.²⁵⁹ Inngrepet ble ansett uproporsjonalt. Ett av momentene EMD fremhevet, ved siden av vilkårlighet, var at

²⁵³ Avsnitt 77

²⁵⁴ AGOSI mot Storbritannia, avsnitt 54, Solheim (2010) s. 95

²⁵⁵ Avsnitt 78

²⁵⁶ Avsnitt 78

²⁵⁷ Avsnitt 70, se også Pine Valley Developments Ltd. og andre mot Irland, avsnitt 59

²⁵⁸ Avsnitt 70

²⁵⁹ Solheim (2010) s. 77

skattemyndighetene kunne «substitute itself for any purchaser, even one acting in *perfectly good faith*»²⁶⁰ (egen utheving). EMD uttalte at «[m]erely reimbursing the price paid - increased by 10% - and the costs and fair expenses of the contract cannot suffice to compensate for the loss of a property acquired *without any fraudulent intent*.»²⁶¹ Erververens gode tro og mangel på svikaktig hensikt talte altså mot at inngrepet var proporsjonalt.²⁶²

Sakene jeg her har vist til gjelder andre saksforhold enn kreditorekstinksjon, og er derfor ikke direkte overførbare. De viser imidlertid at klagerens opptreden og eventuelle uaktsomhet i saken har betydning, og noen av vurderingstemaene kan være av interesse. Ved vurderingen av dette momentets betydning, vender jeg tilbake til sontringen jeg oppstilte i punkt 3.7, mellom ulike grunner til manglende tinglysning.

Spørsmålet er om erververens manglende tinglysning taler for at kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 er forholdsmessig.

7.5.4.7.2 Tilfeller der manglende tinglysning skyldes forhold utenfor erververens kontroll

I punkt 3.7.2 gav jeg noen eksempler på tilfeller der manglende tinglysning skyldes forhold utenfor erververens kontroll. I disse tilfellene kan han ikke lastes for den manglende tinglysnings.²⁶³ Momentet taler derfor her mot at inngrepet er forholdsmessig.

7.5.4.7.3 Tilfeller der erververen har kunnet tinglyse, men ikke har gjort det

I punkt 3.7.1 viste jeg til eksempler på tilfeller der erververen har kunnet tinglyse, men ikke har gjort det. Blant annet kan det være at han er ukjent med reglene eller ikke ønsker å betale dokumentavgift.

På den ene side kan det hevdes at erververen ved ikke å tinglyse, ikke har vist den nødvendige omhu. Rettsvillfarelse er som hovedregel tradisjonelt ikke unnskyldelig.²⁶⁴ At det kreves tinglysning for å få rettsvern for erverv av fast eiendom, er en regel som har vært gjeldende i lang tid, og som må sies å være godt kjent. Tinglysning kan sies å kreve «very little action» fra

²⁶⁰ Avsnitt 47

²⁶¹ Avsnitt 48

²⁶² Se også *Bowler International Unit mot Frankrike*, avsnitt 46–47. I *Beyeler mot Italia*, avsnitt 115–122, ble erververens brudd på plikten til å innrapportere et malerikjøp ikke avgjørende, grunnet statens opptreden.

²⁶³ Det samme gjelder i tilfeller der erververen har tinglyst, men etter *konkursåpningen*.

²⁶⁴ Falkanger/Falkanger (2013) s. 344

erhververens side, jf. *Pye*.²⁶⁵ Når erververen er klar over risikoen ved manglende tinglysing kan det hevdes at han bør «take steps to limit it», jf. *Gasus Dossier*. Dette gjelder særlig om han er en profesjonell part som driver kommersiell virksomhet.²⁶⁶ Det kan hevdes å være uaktsomt ikke å tinglyse.²⁶⁷ Høyesterett synes å ha gitt uttrykk for dette. I Rt. 2012 s. 335 (Notar) nedsatte, som nevnt i punkt 3.6, Høyesterett erstatningskravet mot en eiendomsmegler som hadde slettet sikringsobligasjonen for tidlig, fordi erververne «bevisst [hadde] tatt en risiko ved arrangementet» med in blanco-skjøter (avsnitt 112).

På den annen side kan innvendes at *Gasus Dossier* gjaldt salg med et eiendomsforbehold, noe som innebar kredittytning i kommersiell virksomhet. Dette skiller seg fra vår sak ved at det kan hevdes å være forskjell på risikoen erververen tar ved ikke å tinglyse, og den finansielle risikoen kreditorer tar ved å gi usikret kreditt. Å tinglyse kan sies å være mer byrdefullt enn for eksempel å kreve inn en leie, jf. *Pye*,²⁶⁸ ved at det utløser en avgift. Det er sentralt at erververen ikke har noen lovbestemt plikt til å tinglyse. Berg og Bråthen-Otterbech uttaler at det derfor ikke innebærer avgiftsunndragelse ikke å tinglyse for å unngå dokumentavgift på 2,5 %. Dokumentavgift er en særavgift begrunnet i å skaffe staten inntekter,²⁶⁹ og skiller seg derfor fra gebyrer, som skal være betaling for offentlige tjenester.²⁷⁰ Det kan hevdes å være økonomisk rasjonelt for en erverver å velge en løsning som ikke innebærer betaling av en avgift, når det er anledning til det. Det kan også hevdes at en erverver ikke bør risikere å bli utsatt for kreditorekstinksjon, når han har valgt en lovlig løsning.²⁷¹ I *Hentrich mot Frankrike* trakk EMD frem at erververen ikke hadde hatt noen «fraudulent intent».²⁷² Det kan hevdes at det mest sentrale i vurderingen må være om erververen har hatt en svikaktig hensikt.

Konklusjonen er etter dette usikker. Dersom erververen har kunnet tinglyse, men ikke gjort det, kan det tale for at inngrepet er forholdsmessig. Har han imidlertid ikke hatt hensikt om å begå kreditorsvik, og ikke bevisst kalkulert risikoen ved ikke å tinglyse mot vinningen ved spart dokumentavgift, kan den manglende tinglysingen noe vanskeligere tale for at inngrepet er forholdsmessig.

²⁶⁵ *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 78

²⁶⁶ *Gasus Dossier mot Nederland*, avsnitt 70, Buskerud (1995) s. 94

²⁶⁷ Berg (2005) s. 223

²⁶⁸ *Pye mot Storbritannia*, avsnitt 78

²⁶⁹ Berg/Bråthen-Otterbech (2009) s. 192–194, Rt. 2008 s. 1160, avsnitt 27

²⁷⁰ Ot.prp.nr. 11 (1975-1976) s. 4

²⁷¹ Røsæg (2010) s. 265

²⁷² Avsnitt 48

7.5.4.8 Betydningen av manglende økonomisk kompensasjon

Etter EMDs praksis er hovedregelen ved avståelse at det må ytes økonomisk kompensasjon for at inngrepet skal være forholdsmessig.²⁷³ Ved prinsipp- og kontrolltiltak er økonomisk kompensasjon ikke et like klart krav, men kan være et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen. Dette gjelder særlig i prinsipptilfeller som etter sin art ligner avståelsestilfeller.²⁷⁴

I *Pye mot Storbritannia*, der inngrepet ble vurdert etter kontrollregelen, kom EMD til at manglende økonomiske kompensasjon ikke hadde særlig betydning, fordi erstatning «would sit uneasily alongside the very concept of limitation periods».²⁷⁵ Overført til vår sak kan det hevdes å passe dårlig med regelens art, at en part som mister rett ved ekstinksjon i en tredjepersonkonflikt skal ha krav på erstatning.

I den første behandlingen av *Pye*-saken i kammer ble inngrepet ansett uproporsjonalt.²⁷⁶ EMD la vekt på at klagerne hadde blitt fratatt sin eiendom uten erstatning, slik at virkningen for dem ble «one of exceptional severity».²⁷⁷ Dommen ble ikke stående, men argumentasjonen kan likevel være av interesse.

Jeg har lagt til grunn at inngrepet trolig faller inn under prinsippregelen, jf. punkt 6.3. Inngrepet ligner imidlertid avståelse. Det kan hevdes at virkningen for erververen i en del tilfeller blir «one of exceptional severity», jf. *Pye* i kammer.²⁷⁸

Jeg mener etter dette at det er usikkert hvilken betydning manglende økonomisk kompensasjon har i vår sak. Momentet kan i noen grad tale mot at inngrepet er forholdsmessig.

7.5.4.9 Oppsummering og vurdering

En rekke momenter spiller inn i vurderingen av om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 er forholdsmessig i streng forstand.

²⁷³ F.eks. James og andre mot Storbritannia, avsnitt 54, Solheim (2010) s. 103

²⁷⁴ F.eks. Depalle mot Frankrike, avsnitt 91, Solheim (2010) s. 110–111

²⁷⁵ Avsnitt 79

²⁷⁶ *Pye mot Storbritannia (C)*, avsnitt 75

²⁷⁷ Avsnitt 71

²⁷⁸ Avsnitt 71

På den ene side er formålet bak kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 klart legitimt, men har trolig ikke en vekt på linje med tunge samfunnsmessige hensyn som politisk eller økonomisk reform, kamp mot narkotika og terrorisme eller beskyttelse av miljøet. Inngrepet bærer ikke preg av vilkårlighet, diskriminering eller mangel på forutberegnelighet. Det er heller motsatt, at den absolutte regelen fremmer likebehandling og forutberegnelighet. Kreditorerne har rett på en viss beskyttelse for sine krav. Dette er momenter som taler for at inngrepet er forholdsmessig.

På den annen side rammer kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 generelt erververen hardt, ved at han varig må avgi hele retten han har ervervet. Inngrepet ligner slik avståelse. Ekstinksjonen rammer gjerne spesielt hardt dersom den medfører at erververen må oppgi aktuell bruk eller taper eiendomsretten til boligen sin. I slike tilfeller trekker P1-1 og EMK artikkel 8 i samme retning. Også at erververen må gi fra seg eiendommen uten noen økonomisk kompensasjon kan i noen grad tale mot at inngrepet er forholdsmessig.

Der manglende tinglysning skyldes forhold utenfor erververens kontroll, taler det at erververen ikke kan lastes, mot at inngrepet er forholdsmessig. Har erververen kunnet tinglyse, men ikke gjort det, kan det tale for at inngrepet er forholdsmessig. Har han imidlertid ikke hatt hensikt om å begå kreditorsvik eller tatt en kalkulert risiko, kan den manglende tinglysningen noe vanskeligere tale for at inngrepet er forholdsmessig.

Jeg mener etter dette at inngrep etter tinglysningsloven § 23 i noen tilfeller trolig ikke kan anses som forholdsmessige i streng forstand. Vektingen mellom samfunnets interesse og erververens rettigheter, må vurderes etter de konkrete forholdene i saken. Særlig i tilfeller der inngrepet rammer hardt, for eksempel ved at erververen mister boligen sin, eller manglende tinglysning skyldes forhold utenfor hans kontroll og notoriteten er sikret på annet vis enn ved tinglysning, kan det hevdes at inngrepet ikke er forholdsmessig.

7.5.5 Betydningen av nasjonal vurdering av proporsjonaliteten

Det er etter EMDs praksis sentralt for proporsjonalitetsvurderingen om nasjonale myndigheter selv har vurdert konvensjonsmessigheten generelt og proporsjonaliteten spesielt. EMD ser på om det er foretatt en slik vurdering, både fra lovgivers og domstolenes side, og på *innholdet* av denne. Det må etter praksis være foretatt en grundig, særskilt og reell vurdering av proporsjonaliteten. Vurderingen må være basert på EMDs prinsipper.²⁷⁹ Den fjerde

²⁷⁹ Lindheim og andre mot Norge, avsnitt 128, 135, Animal Defenders International mot Storbritannia, avsnitt 113–116, Andenæs/Bjørge (2012) s. 66–67, Sørensen (2014) s. 355, 358

underproblemstillingen blir derfor om norske myndigheter har foretatt en tilstrekkelig vurdering av om kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 er proporsjonalt.

I *Animal Defenders International mot Storbritannia* var det viktigste momentet i proporsjonalitetsvurderingen at forbudet var resultatet av en «exceptional examination by parliamentary bodies», som alle kom til at forbudet var et nødvendig inngrep i ytringsfriheten. Også domstolene hadde drøftet proporsjonaliteten «in some detail». EMK ble ikke ansett brutt.²⁸⁰

I *Lindheim og andre mot Norge* la EMD i proporsjonalitetsvurderingen vekt på at norske myndigheter ikke hadde gjort en «specific assessment» av om tomtefesteloven § 33 innebar en rimelig balanse mellom grunneiernes og festernes interesser.²⁸¹ EMD anerkjente at Stortinget hadde drøftet lovendringen, basert på en kartlegging og vurdering av de faktiske forhold, men dette ble ikke ansett tilstrekkelig.²⁸² Staten anførte at det ikke kunne kreves at det var gjort en *særskilt* vurdering i relasjon til P1-1 på nasjonalt nivå, men ble ikke hørt med dette.²⁸³

Det er ikke i seg selv nok at det nasjonalt er foretatt en særskilt vurdering,²⁸⁴ vurderingen må også være reell. EMD anerkjente i *Lindheim og andre mot Norge* at Høyesterett hadde vurdert forholdet til P1-1, men mente Høyesterett hadde brukt feil fremgangsmåte og derfor ikke gjort en reell proporsjonalitetsvurdering.²⁸⁵

Når det gjelder tinglysningsloven § 23, er det for det første relevant om forholdet til P1-1 er vurdert av lovgiver. I Ot.prp.nr. 9 (1935-1936) er forholdet til P1-1, som trådte i kraft i 1954, naturlig nok ikke drøftet. Det gjøres kun en kort vurdering av de motstående interessene.²⁸⁶ Heller ikke i NOU 1982:17 er forholdet til P1-1 drøftet. Det vises her bare til at erververen kan miste eiendommen selv etter lang tid, men at motstående hensyn er avgjørende i motsatt retning.²⁸⁷

²⁸⁰ Avsnitt 113–115, 125

²⁸¹ Avsnitt 128, Solheim (2013) s. 302

²⁸² Avsnitt 126

²⁸³ Andenæs/Bjørge (2012) s. 66

²⁸⁴ Andenæs/Bjørge (2012) s. 66

²⁸⁵ Avsnitt 135, Solheim (2013) s. 305

²⁸⁶ Ot.prp.nr. 9 (1935-1956) s. 39, UDs traktatregister

²⁸⁷ NOU 1982:17 s. 56

Det er for det andre relevant om proporsjonaliteten er vurdert av domstolene. Gjennomgangen av rettspraksis i punkt 3.5 viser at Høyesterett har vist til at de absolutte rettsvernsreglene kan slå urimelig ut, men at hensynet til notoritet, kreditorsvik og å unngå tvister veier tyngre. Om tinglysingsloven § 23 er i overensstemmelse med P1-1 har imidlertid ikke vært drøftet. Dette har trolig sammenheng med at partene ikke har anført brudd på bestemmelsen, og at det først er i de senere år problemstillingen har aktualisert seg, i lys av utviklingen i EMDs praksis over P1-1.

Norske myndigheter har etter dette ikke gjort noen særskilt vurdering av om kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23 er proporsjonalt og ellers i overensstemmelse med P1-1. Dette er et sentralt moment, som taler mot at inngrepet er proporsjonalt.

Dersom en sak om tinglysingsloven § 23 kommer opp for domstolene igjen, kan det ha betydning for en eventuell senere behandling i EMD, om norske domstoler gjør en tilstrekkelig vurdering av konvensjonsmessigheten. I teorien er uttalt at «hvis nasjonale domstoler ikke har gjort (...) grundige proporsjonalitetsvurderinger, vil EMD ikke kreve sterke grunner for å tilsidesette det nasjonale syn».²⁸⁸ Dette gjelder imidlertid også motsatt vei.²⁸⁹

Konklusjonen på det tredje hovedspørsmålet er at vilkårene for at inngrepet kan rettferdiggjøres trolig ikke er oppfylt i alle tilfeller.

²⁸⁸ Sørensen (2014) s. 360

²⁸⁹ Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge, avsnitt 44, se også Andenæs/Kravik/Bjørge (2015b) s. 323–324

8 Avsluttende betraktninger

8.1 Oppsummering og konklusjon

Regelen som fremgår av tinglysingsloven § 23 er etter ordlyden og Høyesteretts tolkning absolutt. Det gjøres ikke unntak fra bestemmelsen, heller ikke i tilfeller der regelen slår urimelig ut. Det kan være at notoriteten er sikret på andre måter enn ved tinglysing, slik at det ikke er fare for kreditorsvik.

Inngangsvilkårene for at P1-1 skal komme til anvendelse er normalt oppfylt i tilfeller der det inntreffer kreditorekstinksjon etter tinglysingsloven § 23. Det foreligger en beskyttet eiendomsinteresse og ekstinksjonen er et inngrep i P1-1s forstand.

Kreditorekstinksjonen har elementer av både avståelse og kontroll, slik at inngrepet trolig må vurderes under prinsippregelen.

Drøftelsene viser at vilkårene for at kreditorekstinksjonen kan rettferdiggjøres, trolig ikke i alle tilfeller er oppfylt.

På den ene side er det klart at det foreligger tilstrekkelig hjemmel i *law*. Det er heller ikke tvilsomt at hovedformålet om å hindre kreditorsvik er legitimt.

Når det gjelder proporsjonalitetsvurderingen, har jeg kommet til at inngrepet trolig ikke er direkte uegnet til å nå det legitime formålet. Tvil om egnetheten kan imidlertid trekke i retning av at inngrepet ikke er forholdsmessig i streng forstand. Er den absolutte regelen i tinglysingsloven § 23 nødvendig for å hindre kreditorsvik? Jeg har argumentert for at svaret trolig er «nei». Det finnes alternativer til regelen, blant annet bevisregler som åpner for skjønn, unntaksbestemmelser, omstøtelsesregler eller suppleringsregler med en særskilt rettsvernshevsregel. Er den absolutte regelen nødvendig for å oppnå tilleggsformålet om å unngå usikkerhet, vanskelige bevisvurderinger og flere tvister? Dette er mer tvilsomt, men svaret er trolig «ja». Dette innebærer at det ikke kan sies at inngrepet er uproporsjonalt på grunn av manglende nødvendighet. At inngrepet trolig ikke er nødvendig for å oppnå hovedformålet om å hindre kreditorsvik, taler imidlertid mot at inngrepet er forholdsmessig i streng forstand.

På den annen side har jeg kommet til at inngrepet trolig ikke i alle tilfeller er forholdsmessig i streng forstand. Det sentrale i forholdsmessighetsvurderingen er om det legitime formålet veier tungt nok til at det kan rettferdiggjøre at en erverver som ikke har tinglyst sitt erverv mister eiendomsretten. Det må gjøres en helhetsvurdering, ut fra de konkrete forholdene i

saken. Særlig i tilfeller der erververen rammes hardt, for eksempel ved at han blir fratatt bolig, og notoriteten er sikret på annen måte enn ved tinglysing, vil kreditorekstinksjon trolig kunne innebære en krenkelse.

Det er av sentral betydning at nasjonale lovgivende og dømmende myndigheter ikke har vurdert konvensjonsmessigheten i relasjon til P1-1 spesielt og forholdsmessigheten generelt, når det gjelder tinglysningsloven § 23.

Det korte svaret på problemstillingen er etter dette at kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 trolig kan innebære en krenkelse av eiendomsvernet i P1-1.

8.2 Hva vil Høyesterett gjøre neste gang en sak om tinglysningsloven § 23 kommer opp til behandling?

Hans Fredrik Marthinussen uttrykte i 2008 sterk skepsis mot at norske domstoler skal overprøve tingsrettslig regulering på grunnlag av P1-1. Han synes å forutsette at Høyesterett ikke skal tolke dynamisk, og at dette ikke vil være til å unngå dersom tingsrettslige spørsmål skal vurderes opp mot P1-1.²⁹⁰ Han mener det er «bedre å holde fast ved det eksisterende regelverket, og la EMD selv stå for den videre utviklingen».²⁹¹ Det er imidlertid statene selv som har hovedansvaret for å sikre etterlevelse av rettighetene i konvensjonen, jf. subsidiaritetsprinsippet.²⁹² Andenæs og Bjørge argumenterer for at nyere praksis fra Høyesterett viser at «det [er] ingen ting som står i veien for at Høyesterett (...) helt og holdent benytter EMDs metode og fortolker konvensjonsrettene fullt ut dynamisk».²⁹³ Det følger av Rt. 2000 s. 996 (Bøhler) (på s. 1008) at «norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke bør anlegge en for dynamisk tolkning av konvensjonen». Det kan hevdes at Høyesterett ved denne uttalelsen ikke selv utelukker en *vis*s dynamisk tolking av EMK. Dette kan tale for at Høyesterett vil «benytte samme metode som EMD» fullt ut,²⁹⁴ og ha i minne «the (...) jurisprudential developments in the direction of a stronger protection under Article 1 of Protocol No. 1»,²⁹⁵ dersom spørsmålet om kreditorekstinksjon etter tinglysningsloven § 23 innebærer et brudd på P1-1, kommer opp første gang.

²⁹⁰ Marthinussen (2008) s. 199–200

²⁹¹ Marthinussen (2008) s. 201

²⁹² Andenæs/Kravik/Bjørge (2015a) s. 261

²⁹³ Andenæs/Bjørge (2012) s. 125

²⁹⁴ Rt. 2002 s. 557 (Dobbeltstraff I) på s. 565

²⁹⁵ Lindheim og andre mot Norge, avsnitt 135

9 Litteraturliste

9.1 Juridisk litteratur

9.1.1 Bøker

Alten, Edvin, *Tvangsloven med kommentar*, 3. utg., 1950.

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg., 2009.

Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss*, 1. utg., 2012.

Berg, Borgar Høgetveit, *Hevd: Lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarer*, 1 utg., 2005.

Berg, Borgar Høgetveit og Stein Bråthen-Otterbech, *Tinglysing: Lov om tinglysing 7. juni 1935 nr. 2 med kommentarer*, 1. utg., 2009.

Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 1. utg., 2011.

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt: Forelesninger over dynamisk formuerett (dynamisk tingsrett, panterett og materiell eksekusjons- og kontraktsrett): 3 og 4: Omsetningskollisjoner I og II*, 1. utg., 1998.

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, 1. utg., 1964.

Bråthen, Tore, *Eiendomsmeglingsloven: Lov av 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling: Kommentarutgave*, 1. utg., 2013.

Buskerud, Margrethe, *Beskyttelsen av eiendomsretten i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – med linjer til norsk rett*, 1. utg., 1995.

Falkanger, Thor, «Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler», I: *...den urett som ikke rammer deg selv: Festskrift til Anders Bratholm 70 år*, Nils Christie, Asbjørn Kjønsstad, Peter Lødrup, Svein Slettan og Carsten Smith (red.), 1. utg., 1990, s. 485–491.

Falkanger, Thor, og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utg., 2007.

Falkanger, Thor, og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utg., 2013.

Gauksdóttir, Guðrún, *The Right to Property and the European Convention on Human Right: A Nordic Approach*, 1. utg., 2004.

Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley m.fl., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 3. utg., 2014.

Kjølbros, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utg., 2010.

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utg., 1999.

Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode*, 1. utg., 2012.

Lorenzen, Peer, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art 10–59 samt tillægsprotokollene)*, 3. utg., 2011.

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, 1. utg., 2002.

Røsæg, Erik, «Fire kjettetske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom», I: *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*, Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), 1. utg., 2010, s. 253–265.

Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 1. utg., 2015.

Sigron, Maya, *Legitimate Expectations Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, 1. utg., 2014.

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 3. utg., 2015.

Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, 1. utg., 2010.

Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks og Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6. utg., 2014.

Reid, Karen, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4. utg., 2011.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utg., 2011.

Van Dijk, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utg., 2006.

Werlauff, Erik, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. utg., 2010.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 4. utg., 2015.

Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, 1. utg., 2015.

9.1.2 Artikler og utredninger

Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», *Lov og Rett* (05/2015a), s. 261–278 (Sisert fra Idunn.no).

Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Menneskerettsspørsmål for Høyesterett som EMD ikke har tatt stilling til», *Lov og Rett* (06/2015b), s. 261–278 (Sisert fra Idunn.no).

Bjørge, Eirik, «Utredning av utvikling i EMD-praksis over P1-1», *Vedlegg 2 til NOU 2013:11 - Festekontrakter og folkerett* (2013), s. 107–122 (Sisert fra Lovdata.no).

Falkanger, Thor, «Eiendomsmegling og bruk av sikringsobligasjon og urådighetserklæring», *Lov og Rett* (03/2013), s. 195–213 (Sisert fra Idunn.no).

Høgberg, Benedicte Moltumyr, «Strekker EMDs individvern seg utover det vern som følger av tilsvarende bestemmelser i Grunnloven?», *Jussens Venner* (01/2010), s. 68–84 (Sisert fra Idunn.no).

Marthinussen, Hans Fredrik, «Om europeiseringen av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i Pye-saken», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (02/2008), s. 179–208 (Sisert fra Idunn.no).

Solheim, Stig H., «Konsesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon», *Tidsskrift for Eiendomsrett* (01/2006), s. 21–41 (Sisert fra Rettsdata.no).

Solheim, Stig H., «Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD)», *Tidsskrift for Eiendomsrett* (01/2008) s. 110–125 (Sisert fra Lovdata.no).

Solheim, Stig H., «EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: revolusjonerende eller justerende?», *Lov og Rett* (04/2013), s. 295–310 (Sisert fra Idunn.no).

Solheim, Stig. H., «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (01/2014), s. 1–48 (Sisert fra Idunn.no).

Sørensen, Christian Børge, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (03-04/2014), s. 348–383 (Sisert fra Idunn.no).

9.2 Norske lover

1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

1935 Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysningsloven).

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

- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).
- 1984 Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).
- 1985 Lov 14. juni 1985 nr. 62 om Verdipapirsentral (verdipapirsentralloven) (opphevet).
- 1993 Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven).
- 1994 Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven).
- 1996 Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2003 Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag (burettslagslova).
- 2011 Lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom mv. (konsesjonsloven).

9.3 Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4. november 1950.
EMK P1	Protokoll til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Paris 20. januar 1952.
ICJ-statuttene	Statuttene for Den internasjonale domstol, San Francisco 26. juni 1945.
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969.

9.4 Forarbeider

NOU 1982:17	Ny tinglysningslov
NOU 1999:23	Forbrytelser i gjeldsforhold
Ot.prp.nr. 9 (1935-1936)	Om lov om tinglysing
Ot.prp.nr. 11 (1975-1976)	Om lov om dokumentavgift

9.5 Rettspraksis

9.5.1 Norske dommer og kjennelser

Rt. 1884 s. 41	(Lillesand)
Rt. 1910 s. 231	(Kudommen)
Rt. 1912 s. 263	(Jernskrapdommen)
Rt. 1976 s. 1	(Kløfta)
Rt. 1994 s. 1447	(Huseby Flatås)
Rt. 1995 s. 1181	(Norblast)
Rt. 1995 s. 1992	
Rt. 1997 s. 15	(Ødegård Elektronikk)
Rt. 1997 s. 1050	(Momentum)
Rt. 1998 s. 268	(Dorian Grey)
Rt. 1999 s. 247	(Bygg og Trelast)
Rt. 2000 s. 996	(Bøhler)
Rt. 2002 s. 557	(Dobbeltstraff I)
Rt. 2002 s. 1484	
Rt. 2005 s. 607	(Sandholmen)
Rt. 2008 s. 586	
Rt. 2008 s. 1160	
Rt. 2012 s. 18	
Rt. 2012 s. 335	(Notar)
LB-1999-389	

9.5.2 Dommer og avvisningsavgjørelser fra EMD
(The European Court of Human Rights, Strasbourg)

AGOSI v. The United Kingdom	24.10.1986, no. 9118/80
Air Canada v. The United Kingdom	05.05.1995, no. 18465/91
Animal Defenders International v. The United Kingdom	22.04.2013, no. 48876/08
Bäck v. Finland	20.07.2004, no. 37598/97
Beyeler v. Italy	05.01.2000, no. 33202/96
Bottaro v. Italy	17.07.2003, no. 56298/00
Bowler International Unit v. France	23.07.2009, no. 1946/06
Capital Bank AD v. Bulgaria	24.11.2005, no. 49429/99
Carbonara and Ventura v. Italy	30.05.2000, no. 24638/94
Chassagnou and Others v. France	29.04.1999, no. 25088/94, 28331/95, 28443/95
Christine Goodwin v. The United Kingdom	11.07.2002, no. 28957/95
Depalle v. France	29.03.2010, no. 34044/02
Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. The Netherlands	23.02.1995, no. 15375/89
Handyside v. The United Kingdom	07.12.1976, no. 5493/72
Hentrich v. France	22.09.1994, no. 13616/88
Hutten-Czapska v. Poland	19.06.2006, no. 35014/97
Håkansson and Sturesson v. Sweden	21.02.1990, no. 11855/85
Jalkalan Kalastuskunta and Others v. Finland	15.05.1996, no. 25155/94
James and Others v. The United Kingdom	21.02.1986, no. 8793/79
J.A. Pye (Oxford) Ltd. And J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. The United Kingdom (C)	15.11.2005, no. 44302/02
J.A. Pye (Oxford) Ltd. And J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. The United Kingdom (GC)	30.08.2007, no. 44302/02
Jgk. Statyba Ltd. and Guselnikovas v. Lithuania	05.11.2013, no. 3330/12

Kjartan Ásmundsson v. Iceland	12.10.2004, no. 60669/00
Kopecký v. Slovakia	28.09.2004, no. 44912/98
Kotov v. Russia	03.04.2012, no. 54522/00
Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway	16.01.2014, no. 13258/09
Lindheim and Others v. Norway	12.06.2012, no. 13221/08, 2139/10
Luordo v. Italy	17.07.2003, no. 32190/96
Mellacher and Others v. Austria	19.12.1989, no. 10522/83, 11011/84, 11070/84
Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland	29.11.1991, no. 12742/87
Pla og Puncernau v. Andorra	13.07.2004, no. 69498/01
Rousk v. Sweden	25.07.2013, no. 27183/04
Rucinska v. Poland	27.01.2000, no. 33752/96
Saggio v. Italy	25.10.2001, no. 41879/98
Sporrong and Lönnroth v. Sweden	23.09.1982, no. 7151/75, 7152/75
Tyrer v. The United Kingdom	25.04.1978, no. 5856/72

9.6 Nettsider

EMD - European Court of Human Rights, *Violations by Article and by State – 1959–2014* (2015), http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2014_ENG.pdf [sitert 06.10.2015]

Statistisk sentralbyrå, *Opna konkursar, 4. kvartal 2014* (2015), <http://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/konkurs/kvartal/2015-01-21> [sitert 27.10.2015]

UDs traktatregister, *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter ETS nr. 5* (1950), <http://emeritus.lovdato.no/traktater/> [sitert 20.10.2015]

UDs traktatregister, *Protokoll til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter ETS nr. 9* (1952), <http://emeritus.lovdata.no/traktater/>
[sitert 20.10.2015]