Nødvendig behandling af personoplysninger

Charlotte Bagger Tranberg

Nødvendig behandling af personoplysninger

Proportionalitetsprincippets krav om nødvendighed i forhold til den dataansvarliges behandling af personoplysninger efter persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser

FORLAGET THOMSON

Charlotte Bagger Tranberg
Nødvendig behandling af personoplysninger
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2007

ISBN 978-87-619-1674-7

Omslag: Torben Lundsted, Korsør
Sats: Type-it ApS, København
Tryk: Nørhaven Book A/S, Skive

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Til René

Forord

Det foreliggende udgør min Ph.D.-afhandling, som den 31. januar 2006 blev indleveret til Det Samfundsvidenskabelige Fakultet på Aalborg Universitet med henblik på opnåelse af Ph.D.-graden. Afhandlingen blev forsvaret den 9. juni 2006. Den 7. august 2006 blev jeg tildelt Ph.D.-graden.

Det er åbenbart, at et arbejde som det foreliggende ikke bliver til uden hjælp og støtte.

Den, som først og fremmest skal takkes, er min vejleder, professor Claus Haagen Jensen. Jeg sætter stor pris på vores diskussioner, hvor han hver gang har flyttet mig en lille smule, og jeg derved er kommet et skridt tættere på målet. Uanset hvor sort det har set ud, har han hele tiden troet på, at arbejdet med afhandlingen skulle lykkes.

Mine kollegaer på og omkring erhvervsjurastudiet på Aalborg Universitet skal også nævnes, fordi I, på hver jeres måde, har været en del af processen. Specielt skal nævnes ph.d. Nikolaj Vinther (nu Deloitte), adjunkt, ph.d. Trine Schultz og lektor, ph.d. Karsten Naundrup Olesen (nu SDU), som i en del af tiden har været stipendiater sammen med mig. Det er altid en fornøjelse at være sammen med jer – både på det private og det professionelle plan. Karsten skal yderligere fremhæves, fordi han tog sig tiden til at gennemlæse hele afhandlingen. Den konstruktive kritik og de efterfølgende samtaler har været uvurderlige for mig.

Ph.D.-stipendiat, cand. jur. Hanne Marie Motzfeldt og advokat, ph.d. Martin Gräs Lind skal fremhæves, fordi de – som nogle af de få – til fulde forstår den særegne persondataretlige emneverden, og fordi de velvilligt har deltaget i persondataretlige diskussioner sammen med mig.

Endelig skal min familie takkes. Mine børn, Caroline, Christian og Anne Sofie, fordi de på den mest fantastiske vis har accepteret, at jeg skulle arbejde på afhandlingen i stedet for at være sammen med dem, og fordi de med deres smittende glæde har formået at understrege, at livet indeholder så meget andet end nærværende

afhandling. Bogen er dediceret til René, fordi jeg ikke var nået til målet med afhandlingen, hvis han ikke havde været der. Han har stået bag mig med uvurderlig støtte og kærlig omsorg gennem hele forløbet.

Aalborg, september 2006
Charlotte Bagger Tranberg

Oversigt

I Problemformulering og metode

Kapitel 1 Problemformulering 21
1.1 Det persondataretlige udgangspunkt 22
1.2 Proportionalitetsprincippet og dettes krav om nødvendighed 33
1.3 Oversigt over den følgende fremstilling 40

Kapitel 2 Afhandlingens metode 43
2.1 Persondatarettens udgangspunkt 45
2.2 Proportionalitetsprincippets udgangspunkt 47
2.3 Samspillet mellem retskildefaktorer 48
2.4 Domstolenes fortolkningsmetoder 73

II Persondataretten

Kapitel 3 Dansk ret og EU-ret 87
3.1 Indledning 87
3.2 Centrale persondataretlige begreber 89
3.3 Proportionalitetsprincippet i persondataloven 102
3.4 Nødvendighedskriteriet i forhold til almindelige oplysninger 156
3.5 Nødvendighedskriteriet i forhold til følsomme oplysninger 206
3.6 Nødvendighedskriteriet i forhold til semi-følsomme oplysninger 215
3.7 EU-retlige problemer vedrørende den særegne danske oplysningskategori 246

Kapitel 4 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention 285
4.1 Retten til privatliv 286
4.2 Modhensyn til retten til privatliv 288

Kapitel 5 Del II: Afsluttende bemærkninger og vurderinger 305

III Proportionalitetsprincippet

Kapitel 6 Tysk ret 327
6.1 Indledning 327
6.2 Generelt om Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 328
6.3 Historik vedrørende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 331
6.4 Indholdet i Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 335

Kapitel 7 EU-retten 349
7.1 Indledning 349
7.2 Princippets forankring i fællesskabsretten 351
7.3 Proportionalitetsprincippets udvikling 385
7.4 Proportionalitetsprincippet som uskreven grundrettighed 387
7.5 Proportionalitetsprincippet i forhold til nationale foranstaltninger 425

Kapitel 8 Nordisk offentlig ret 433
8.1 Indledning 433
8.2 Statsforfatningsret 435
8.3 Forvaltningsret 453
8.4 Norsk og svensk forvaltningsret 473

Kapitel 9 Del III: Afsluttende bemærkninger og vurderinger 495
9.1 Tysk ret 495
9.2 EU-ret 497
9.3 Nordisk offentlig ret 504

IV Klarlægning af nødvendighedskriteriet

Kapitel 10 Nødvendighedskriteriet isoleret 515
10.1 Afhandlingens problemstilling 515
10.2 Personoplysninger og behandling 517
10.3 Almindelige ctr. følsomme oplysninger 518
10.4 Finalité-princippet 520
10.5 Fastlagt behandlingssituation 524
10.6 Ikke-fastlagt behandlingssituation 525
10.7 Nødvendig behandling af personoplysninger 527

Kapitel 11 Nødvendighedskriteriet og proportionalitetsprincippet 533
11.1 Proportionalitetsprincippet i § 5, stk. 3 538
11.2 Nødvendighedskravet i § 5, stk. 5 541
11.3 De øvrige vurderingskriterier i proportionalitetsprincippet 542

Kildefortegnelse 553
Bøger 553
Artikler 558

Domme og afgørelser 561
Danske domme 561
Tyske domme 561
EU domme 562
Norske domme 564
Svenske domme 564
Udtalelser fra Folketingets Ombudsmand 564
Afgørelser fra Datatilsynet 564
Domme fra EMD 566

Stikord 567

Indholdsfortegnelse

I Problemformulering og metode

Kapitel 1 Problemformulering 21
1.1 Det persondataretlige udgangspunkt 22
1.1.1 Persondatabeskyttelse i en historisk kontekst 23
1.1.2 Persondatadirektivet og persondataloven 26
1.2 Proportionalitetsprincippet og dettes krav om nødvendighed 33
1.3 Oversigt over den følgende fremstilling 40

Kapitel 2 Afhandlingens metode 43
2.1 Persondatarettens udgangspunkt 45
2.2 Proportionalitetsprincippets udgangspunkt 47
2.3 Samspillet mellem retskildefaktorer 48
2.3.1 Forholdet mellem EU-ret og national ret 48
2.3.1.1 Umiddelbar anvendelighed 50
2.3.1.1.1 Traktatniveau 50
2.3.1.1.2 Direktivniveau 50
2.3.1.2 Direkte virkning 52
2.3.1.2.1 Traktatniveau 52
2.3.1.2.2 Direktivniveau 53
2.3.1.3 Forrang 55
2.3.1.4 Præjudicielle forelæggelser 56
2.3.1.5 Medlemsstaternes pligt til EU-konform fortolkning 59
2.3.2 Forholdet mellem folkeret og national ret 64
2.3.3 Forholdet mellem EU-retten og EMRK 66
2.3.4 Forholdet mellem dansk og anden national ret 72
2.4 Domstolenes fortolkningsmetoder 73
2.4.1 EF-Domstolen 73

2.4.2 Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 77
2.4.3 Danske domstole ... 81

II Persondataretten

Kapitel 3 Dansk ret og EU-ret ... 87
3.1 Indledning ... 87
3.2 Centrale persondataretlige begreber ... 89
3.2.1 Personoplysninger ... 89
3.2.2 Behandling ... 96
3.3 Proportionalitetsprincippet i persondataloven ... 102
3.3.1 God databehandlingsskik ... 108
3.3.1.1 Generelt om god skik-regler ... 112
3.3.1.2 Det reelle indhold i begrebet god databehandlingsskik ... 114
3.3.2 Finalité-princippet ... 119
3.3.2.1 Kravet om udtrykkelighed og kravet om angivelse af formål ... 123
3.3.2.2 Kravet om saglighed ... 124
3.3.2.3 Kravet om ikke uforenelighed ... 130
3.3.2.4 Krav om skriftlighed? ... 132
3.3.3 Proportionalitetsprincippet ... 132
3.3.3.1 Biometri ... 134
3.3.3.2 Kameraovervågning ... 142
3.3.4 Tidsbegrænsningsprincippet ... 153
3.4 Nødvendighedskriteriet i forhold til almindelige oplysninger ... 156
3.4.1 Forholdet til forvaltningslovens sondring mellem fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger ... 159
3.4.2 Samtykkets betydning for nødvendighedsvurderingen ... 161
3.4.3 Nødvendighedskriteriets betydning i forhold til en interesseafvejning ... 170
3.4.3.1 Generelt om interesseafvejningsreglen 170
3.4.3.2 Afgørelser og udtalelser vedrørende en interesseafvejning ... 173
3.4.3.2.1 Internettet ... 174
3.4.3.2.2 Kameraovervågning ... 177
3.4.3.2.3 Offentliggørelse og videregivelse ... 183

3.4.3.2.4 Markedsføring på baggrund af medlemsoplysninger 191
3.4.4 Nødvendighedskriteriets betydning i forhold til de øvrige bestemmelser i § 6, stk. 1 192
3.4.4.1 Opfyldelse af en aftale, som den registrerede er part i mv. 193
3.4.4.2 Overholdelse af en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige 194
3.4.4.3 Beskyttelse af den registreredes vitale interesser 195
3.4.4.4 Udførelse af en opgave i samfundets interesse 196
3.4.4.5 Udførelse af en pålagt opgave, der henhører under offentlig myndighedsudøvelse 199
3.4.4.5.1 Forvaltningsafgørelser og faktisk forvaltnings-virksomhed 201
3.4.4.5.2 Samkøring 203
3.5 Nødvendighedskriteriet i forhold til følsomme oplysninger 206
3.5.1 Forholdet til oplysningskategorierne i forvaltningsloven 209
3.5.2 Nødvendighedskriteriet i forhold til beskyttelse af den registreredes vitale interesser 210
3.5.3 Nødvendighedskriteriet i forhold til fastlæggelse mv. af retskrav 212
3.6 Nødvendighedskriteriet i forhold til semi-følsomme oplysninger 215
3.6.1 Lovgivningshistorik vedrørende persondatalovens §§ 7 og 8 216
3.6.2 Registerlovene 227
3.6.3 Offentlige dataansvarlige 231
3.6.3.1 Nødvendighedskriteriet i forhold til myndighedsudøvelse mv. 233
3.6.3.2 Nødvendighedskriteriet i forhold til udførelse af en opgave for det offentlige 234
3.6.3.3 Bestemmelsernes forhold til de grundlæggende behandlingskrav 234
3.6.3.4 Specielt om udførelsen af opgaver inden for det sociale område 235

3.6.4 Private dataansvarlige ... 238
3.6.5 Bestemmelsen i persondatalovens § 8, stk. 6 245
3.7 EU-retlige problemer vedrørende den særegne danske oplysningskategori ... 246
3.7.1 Generelle betragtninger om totalharmonisering ... 246
3.7.2 Totalharmonisering i forhold til direktivets art. 8 ... 248
3.7.3 Forarbejderne til bestemmelsen i direktivet ... 251
3.7.4 Opregningen i art. 8 i forhold til menneskerettighederne ... 252
3.7.4.1 Europarådets konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk data-behandling af personoplysninger ... 252
3.7.4.2 Det Europæiske Charter om Grundlæggende Rettigheder ... 252
3.7.5 Retspraksis fra EF-Domstolen ... 253
3.7.5.1 Österreichischer Rundfunk ... 255
3.7.5.2 Lindquist ... 263
3.7.5.2.1 Sagens indhold ... 263
3.7.5.2.2 Er personomtale på en hjemmeside behandling? ... 264
3.7.5.2.3 Falder personomtale ind under direktivets undtagelser? ... 265
3.7.5.2.4 Videregivelse af person-oplysninger til tredjelande ... 267
3.7.5.2.5 Er bestemmelserne i strid med almindelige principper om ytringsfrihed? ... 269
3.7.5.2.6 Mulighed for videregående beskyttelse eller anvendelsesområde? ... 270
3.7.5.2.7 Göta Hovrätts afgørelse ... 271
3.7.5.3 Dommenes betydning for fortolkningen af persondataloven ... 272
3.7.6 Hvordan er problemstillingen løst i Norge og Sverige? ... 279
3.7.6.1 Norge ... 279
3.7.6.2 Sverige ... 281

Kapitel 4 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ... 285
4.1 Retten til privatliv ... 286
4.2 Modhensyn til retten til privatliv ... 288
4.2.1 Nødvendighed og proportionalitet ... 288
4.2.2 Ytringsfrihed ... 296

Kapitel 5 Del II: Afsluttende bemærkninger og vurderinger ... 305

III Proportionalitetsprincippet

Kapitel 6 Tysk ret ... 327
6.1 Indledning ... 327
6.2 Generelt om Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... 328
6.3 Historik vedrørende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... 331
6.4 Indholdet i Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... 335
6.4.1 Terminologi ... 336
6.4.1.1 Bundesverfassungsgericht ... 336
6.4.1.2 Tyske teoretikere ... 338
6.4.2 Den klassiske opdeling ... 339
6.4.2.1 Grundsatz der Geeignetheit ... 340
6.4.2.2 Grundsatz der Erforderlichkeit ... 342
6.4.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 345

Kapitel 7 EU-retten ... 349
7.1 Indledning ... 349
7.2 Princippets forankring i fællesskabsretten ... 351
7.2.1 Princippets udledning ... 351
7.2.1.1 Udtrykkelige traktatbestemmelser ... 351
7.2.1.2 Legalitetsprincippet (Rule of Law) ... 356
7.2.1.3 Nationale regler ... 360
7.2.2 Subsidiaritet og proportionalitet ... 362
7.2.3 Retssikkerhed og proportionalitet ... 363
7.2.4 Lighed og proportionalitet ... 369
7.2.4.1 Det generelle lighedsprincip ... 370
7.2.4.2 Forholdet mellem lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet ... 372
7.3 Proportionalitetsprincippets udvikling ... 385

7.4 Proportionalitetsprincippet som uskreven grundrettighed ... 387
7.4.1 Terminologi ... 387
7.4.1.1 Egnethed ... 388
7.4.1.2 Forholdsmæssighed ... 389
7.4.1.3 Rimeligt og nødvendigt ... 390
7.4.2 Ufuldstændig proportionalitetsvurdering ... 391
7.4.3 Fuldstændig proportionalitetsvurdering ... 413
7.5 Proportionalitetsprincippet i forhold til nationale foranstaltninger ... 425

Kapitel 8 Nordisk offentlig ret ... 433
8.1 Indledning ... 433
8.2 Statsforfatningsret ... 435
8.2.1 Politiske frihedsrettigheder ... 436
8.2.1.1 Censurforbuddet i § 77 ... 436
8.2.1.2 Forsamlingsforbuddet i § 79 ... 437
8.2.2 Ekspropriation ... 439
8.2.3 Gælder der et forfatningsretligt proportionalitetsprincip? ... 449
8.3 Forvaltningsret ... 453
8.3.1 Kravet om proportionalitet ... 453
8.3.2 Retssikkerhedsloven ... 461
8.3.3 Politiretten ... 464
8.3.4 Specielt om egnethedskravet ... 468
8.3.4.1 Bent Christensen ... 469
8.3.4.2 Karsten Revsbech ... 470
8.4 Norsk og svensk forvaltningsret ... 473
8.4.1 Norsk ret ... 474
8.4.2 Svensk ret ... 479
8.4.2.1 Før Barsebäck-dommen ... 480
8.4.2.2 Barsebäck-dommen ... 484
8.4.2.3 Efter Barsebäck ... 492

Kapitel 9 Del III: Afsluttende bemærkninger og vurderinger ... 495
9.1 Tysk ret ... 495
9.2 EU-ret ... 497
9.3 Nordisk offentlig ret ... 504

IV Klarlægning af nødvendighedskriteriet

Kapitel 10 Nødvendighedskriteriet isoleret 515
10.1 Afhandlingens problemstilling 515
10.2 Personoplysninger og behandling 517
10.3 Almindelige ctr. følsomme oplysninger 518
10.4 Finalité-princippet 520
10.5 Fastlagt behandlingssituation 524
10.6 Ikke-fastlagt behandlingssituation 525
10.7 Nødvendig behandling af personoplysninger 527

Kapitel 11 Nødvendighedskriteriet og proportionalitetsprincippet 533
11.1 Proportionalitetsprincippet i § 5, stk. 3 538
11.2 Nødvendighedskravet i § 5, stk. 5 541
11.3 De øvrige vurderingskriterier i proportionalitetsprincippet 542
11.3.1 Egnethed 542
11.3.2 Forholdsmæssighed 544

Kildefortegnelse 553
Bøger 553
Artikler 558

Domme og afgørelser 561
Danske domme 561
Tyske domme 561
EU domme 562
Norske domme 564
Svenske domme 564
Udtalelser fra Folketingets Ombudsmand 564
Afgørelser fra Datatilsynet 564
Domme fra EMD 566

Stikord 567

Del I

Problemformulering og metode

Kapitel 1

Problemformulering

Den 24. oktober 1995 vedtog Europa-Parlamentet og Rådet persondatadirektivet,[1] som i de efterfølgende år skulle sætte sig dybe spor i hele Fællesskabet. Direktivet ligger til grund for den danske persondatalov.[2]

Når man læser i de centrale behandlingsbestemmelser i persondatalovens §§ 6-8, springer det hurtigt én i øjnene, at ordet *nødvendigt* er meget centralt i forhold til forskellige former for behandling, og dette uanset hvilke typer af oplysninger der er tale om. Det ville være naturligt, hvis en klarlægning af dette krav om nødvendighed tog sit udgangspunkt i proportionalitetsprincippet, som indeholder et krav om nødvendighed, som ét af tre underprincipper.

Denne undersøgelse kan umiddelbart vise sig vanskelig for dansk persondatarets vedkommende, da kravet om nødvendighed så at sige er påvirket fra flere sider. Der er nok ingen, som vil modsige et udsagn om, at proportionalitetsprincippet har sit udspring i tysk ret, men derefter vil enigheden nok ophøre. De nødvendighedsbetragtninger, som fandtes i registerlovene, fandt fortolkningsbidrag til indholdet i dansk ret, hvor proportionalitetsprincippet blandt andet var kendt inden for forvaltningsretten og statsforfatningsretten. Dette er selvsagt ikke tilfældet for de nødvendighedskrav, som findes i det persondatadirektiv, som ligger til grund for persondataloven. Dette proportionalitetsprincip er primært udviklet af EF-Domstolen siden starten af 1970'erne. Undersøgelsen bliver ikke mindre vanskelig af, at persondataloven i høj grad har været præget af den tradition, som den tidligere gældende registerlovgivning stod for.

1 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

2 Lov nr. 429 af 31. maj om behandling af personoplysninger.

Afhandlingens hensigt er at klarlægge, hvad der ligger i *kravet om nødvendighed* i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser. Indholdet i dette krav søges klarlagt via en kortlægning af indholdet i proportionalitetsprincippet – og herunder specielt kravet om nødvendighed – som det kendes i tysk ret, EU-ret og i nordisk offentlig ret.

Hensigten med den resterende del af denne indledning er at sætte afhandlingens to udgangspunkter, persondataretten og proportionalitetsprincippet, ind i en større sammenhæng. Nedenstående afsnit 1.1 behandler afhandlingens persondataretlige udgangspunkt, og herunder i afsnit 1.1.1 hele retsområdet i dets historiske kontekst. I afsnit 1.1.2 berøres persondatadirektivet og persondataloven på det generelle plan. I afsnit 1.2 behandles indledningsvis proportionalitetsprincippet og dette princips krav om nødvendighed. I afsnit 1.3 gives sluttelig en oversigt over den resterende del af afhandlingen.

1.1 Det persondataretlige udgangspunkt

Allerede i forbindelse med vedtagelsen af registerlovene viste det sig hurtigt, at det er noget kompliceret at lovgive på det registerretlige og senere det persondataretlige område. Disse komplikationer er ikke blevet mindre, efter at teknologien har ændret sig fra sit oprindelige maskinfikserede udgangspunkt til det netværksparadigme, der præger nutidens IT-anvendelse. Der er mangfoldige måder at beskrive det relevante retsfaktum på. Ved den lovgivning, som blev indført med registerlovene i 1978, tog man udgangspunkt i begrebet *register*, der dengang viste hen til forholdsvise velkendte maskinelle funktioner. Betragtningen var, at en personoplysning som udgangspunkt befandt sig i et register på en lokaliserbar computer, hvorfra den i givet fald kunne flyttes over i en anden computer, evt. gennem såkaldt samkøring.[3] Denne betragtning er ikke længere dækkende. Det skyldes blandt andet, at nutidens systemer i langt højere grad end før indebærer, at informationssystemerne opbygges og tilpasses med sigte på den enkelte bruger, og at data-

[3] Om samkøring se nedenfor afs. 3.4.4.5.2, s. 203.

behandling ofte deles mellem flere computere. En oplysning, der ligger i et *register* (i edb-teknisk forstand), kan således ligge på forskellige computere. At oplysninger skal være til rådighed for et varierende antal brugere i varierende funktioner indebærer, at den enkelte bruger måske slet ikke ved, hvor de enkelte oplysninger rent fysisk ligger placeret.[4]

Ud over disse mere tekniske forhold har den retlige regulering af behandling af personoplysninger fået stadigt stigende betydning. Dette er der flere grunde til. I dag behandles der for det *første* langt flere oplysninger end nogensinde før. Informationsteknologien anvendes overalt i samfundet, og en væsentlig del af de informationer, der behandles, indebærer, at der registreres og behandles oplysninger om, hvad personer har foretaget sig i forskellige henseender. For det *andet* knytter der sig i dag langt større værdi til personoplysninger, end der gjorde tidligere: I takt med automatiseringens indtog i såvel private som offentlige organisationer er det nødvendigt, at systemerne *ved* noget om de personer, virksomhederne til syvende og sidst har at gøre med – internt såvel som eksternt. For det *tredje* er det en konsekvens af den gældende lovgivning, at selve begrebet *personoplysninger* er ganske vidtspændende. Det omfatter ikke alene de egentlige personoplysninger,[5] men også det, man kan kalde *uegentlige personoplysninger*, der f.eks. blot efterlades som *elektroniske spor*, når man anvender et betalingskort eller besøger en hjemmeside, hvis blot det er muligt at føre disse oplysninger tilbage til personen på grundlag af yderligere information.[6]

1.1.1 Persondatabeskyttelse i en historisk kontekst

Den europæiske databeskyttelseslovgivning tog sine første spæde skridt i **1970**, hvor den vesttyske delstat Hessen vedtog en *Datenschutzgesetz*, som formentlig var den første af sin art i verden. Loven dækkede imidlertid et meget begrænset område, nemlig delstatens egne registre.[7] 1970 var også det år, hvor det første danske skridt blev taget i retning af en egentlig retlig regulering på det registerretlige område, nemlig i forbindelse med Justitsministeriets nedsættelse

4 Bryde Andersen, Mads: IT-retten, 2. udg., s. 590.

5 *Egentlige personoplysninger* er f.eks. en persons navn, adresse, stilling, bopæl, alder, karriereforløb og familieforhold.

6 Bryde Andersen, a. st., s. 587.

7 Betænkning nr. 687/1973, s. 16.

af det såkaldte *registerudvalg*,[8] som ifølge kommissoriet havde fået til opgave *"at overveje de problemer vedrørende privates retsbeskyttelse, som er forbundet med oprettelse og brug af offentlige og private registre, navnlig under hensyn til den tekniske udvikling på dette område"*.[9]

Sverige var det første land i verden, som fik en egentlig national databeskyttelseslovgivning. Dette skete i **1972**, hvor den såkaldte *datalov* blev vedtaget. Loven omfattede alle registre – både offentlige og private – med edb-lagrede personoplysninger. Edb-registre måtte ikke indrettes eller føres uden tilladelse fra Datainspektionen, som førte (og stadig fører) tilsyn med registrene. I almindelighed kunne private ikke få tilladelse til at føre registre indeholdende oplysninger om sygdomme, helbredstilstand og oplysninger om politisk eller religiøs overbevisning. Loven indeholdt endvidere en række bestemmelser om berigtigelse af urigtige oplysninger og om den registreredes adgang til at blive gjort bekendt med oplysninger, som var registreret om den pågældende.[10]

Registerudvalget afgav tre delbetænkninger i perioden 1971-1976.[11] Af disse er de to sidste relevante i forhold til denne fremstilling, nemlig *Delbetænkning 687/1973 om private registre*[12] og *Delbetænkning nr. 767/1976 om offentlige registre*.[13] De to betænkninger indeholdt lovforslag til henholdsvis *lov om private registre* og *lov om offentlige myndigheders registre*. Begge love blev vedtaget 8. juni 1978[14] og trådte i kraft den 1. januar **1979**.

Ingen af de to registerlove indeholder en formålsbestemmelse, men ifølge lovbemærkningerne er formålet med lov om private registre *"at sikre, at oplysninger om personers, institutioners, foreningers og virksomheders økonomiske og private forhold kun kan registreres af private i det omfang, denne registrering tjener anerkendelsesværdige interesser, og at de registrerede oplysninger opbevares og anvendes på betryggende*

---

8 Må ikke forveksles med det udvalg med samme navn, som afgav betænkning 1345/1997 i forbindelse med implementeringen af persondatadirektivet i dansk ret.

9 Betænkning nr. 687/1973, s. 5 og Betænkning nr. 767/1976, s. 11.

10 Betænkning nr. 687/1973, s. 13f.

11 Den første betænkning omhandler *tavshedspligt for ansatte i edb-servicebureauer mv., der behandler oplysninger for det offentlige*, blev afgivet i juli 1971.

12 Delbetænkning 687/1973 om private registre afgivet af det af justitsministeriet den 9. september 1970 nedsatte udvalg i juli 1973.

13 Delbetænkning 767/1973 om offentlige registre afgivet af det af justitsministeriet den 9. september 1970 nedsatte udvalg afgivet i marts 1976.

14 Som hhv. lov nr. 293 af 8. juni 1978 om private registre og lov nr. 294 af 8. juni 1978 om offentlige myndigheders registre.

måde".[15] Lov om offentlige myndigheders registre har i følge lovbemærkningerne til formål *"at sikre, at offentlige myndigheders oprettelse og brug af registre med personoplysninger, hvortil der anvendes elektronisk databehandling, sker på en sådan måde, at den enkelte borgers retsbeskyttelse og integritet ikke krænkes"*.[16]

OECD startede den egentlige regulering i **1980** – hvor OECD fastsatte retningslinjer på området med titlen *Guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data*. Hovedformålet med retningslinjerne var at skabe rammer for dataudveksling mellem de tiltrædende lande. I retningslinjerne blev der opstillet en række fundamentale principper. Ét af disse er, at det kun er oplysninger, der er nødvendige for legitime formål, som bør indsamles.[17]

Den 28. januar **1981** vedtog Europa-Rådet en konvention med titlen: *Europarådets konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk behandling af personoplysninger*.[18] Danmark ratificerede konventionen i 1989.[19] Konventionen[20] førte til, at Europa-Rådet i mange år var det internationale forum for reguleringen af databeskyttelse. Konventionen er juridisk forpligtende for de kontraherende stater. Konventionen har til formål at sikre det enkelte menneske respekt for dettes grundlæggende rettigheder og andre rettigheder, især for retten til privatlivets fred, i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger om den pågældende. Denne sikring af de grundlæggende rettigheder kan selv sagt kun ske på de kontraherende staters territorier. Selv efter vedtagelsen af persondatadirektivet har konventionen stadig relevans.

---

15 Lovforslagets almindelige bemærkninger pkt. 1. i FT 1977-78, Tillæg A, sp. 611.

16 Lovforslagets almindelige bemærkninger pkt. 1. i FT 1977-1978, Tillæg A, sp. 663.

17 Jf. retningslinjernes pkt. 7. Efterfølgende har OECD ministrerne ad to omgange vedtaget deklarationer på området. Først i 1985 med *Declaration om Transborder Data Flows* og sidenhen i 1998 med *Ministerial Declaration om the Protection og Privacy of Global Networks*.

18 Europa-Rådet begyndte at interessere sig for beskyttelse af personoplysninger helt tilbage i 1972, hvor rådet nedsatte en ekspertkomité *on the protection of privacy vis-a-vis electronic databanks*. Komiteens arbejde var begrænset til edb-registre, men omfattede såvel offentlige som private registre. På baggrund af Komitéens indstilling vedtog Ministerrådet i henholdsvis 1973 og 1974 to resolutioner, som rettede sig til medlemslandene og anbefalede dem at følge en række generelle principper for elektronisk databehandling af personoplysninger, jf. Betænkning nr. 767/1976, s. 42.

19 Lovtidende C nr. 59 af 16. maj 1991.

20 I dansk ret er konventionen primært behandlet i forhold til finalité-princippet, jf. Blume i UfR1995B.110 og Charlotte Bagger Laursen i UfR2003B.41. Finalité-princippet behandles yderligere nedenfor i afs. 3.3.2, s. 119.

Den er direkte nævnt i præamblen til direktivet (pkt. 11), og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol henviste direkte til konventionen i en afgørelse fra 2000 i forbindelse med afgrænsning af begrebet *privatliv*.[21]

1.1.2 Persondatadirektivet og persondataloven

Vedtagelsen af persondatadirektivet var resultatet af fem års forhandlinger. EU havde interesseret sig for persondatabeskyttelse tidligere, da både Kommissionen og Parlamentet siden 1976 havde udsendt erklæringer om emnet og i denne forbindelse ofte henstillet til medlemslandene, at de indførte lovgivning og ratificerede Europa-Rådets konvention 108/81.[22]

Oprindeligt var det Kommissionens hensigt, at direktivet skulle indebære en forholdsvis detaljeret harmonisering af medlemsstaternes lovgivning med udgangspunkt i et højt beskyttelsesniveau. På dette grundlag blev det første udkast til direktiv udformet i 1990.[23] Dette medførte en voldsom kritik fra stort set alle berørte parter og udløste den mest omfattende lobby-virksomhed, som Europa-Parlamentet på daværende tidspunkt havde været udsat for. Som følge heraf, og ligeledes under indtryk af, at subsidiaritetsprincippet blev indsat i Maastricht-Traktaten, ændrede Kommissionen på en række væsentlige punkter sit forslag i det andet direktivudkast, som blev fremlagt i 1992.[24] Særlig karakteristisk var det, at medlemsstaterne nu blev tillagt en betydelig større implementeringsfrihed. Denne

---

21 Amann vs. Schweiz af 16. februar 2000, pr. 65.

22 Efterfølgende har EU vedtaget en række retsakter, som kan betragtes som særregulering i forhold til persondatadirektivet. Det drejer sig om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15. december 1997 om *behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren*, Europa-Parlamentets og Rådets forordning 45/2001 af 18. december 2000 om *beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger*, Kommissionens beslutning af 15. juni 2001 om *standardkontraktbestemmelser for overførsel af personoplysninger til tredjelande i henhold til direktiv 95/46/EF*, og endelig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om *behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor*. Direktivet er implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 668 af 10. juli 2003 om høringsprocedurer og grænseoverskridende konfliktløsning på samtrafikområdet m.v.

23 EFT nr. C 277 af 5. november 1990, s. 3.

24 EFT nr. C 311 af 27. november 1992, s. 30.

tendens blev yderligere forstærket i det endeligt vedtagne direktiv.[25]

I præamblens pkt. 11 gives udtryk for, at persondatadirektivets princip om beskyttelse af personers rettigheder og frihedsrettigheder, og navnlig retten til privatlivets fred, er en præcisering og udvidelse af principperne i den ovenfor omtalte[26] konvention fra Europa-Rådet om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med databehandling af personoplysninger.

Direktivet indeholder i art. 1 en formålsangivelse med følgende ordlyd:

> *"1. Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger.*
>
> *2. Medlemsstaterne må ikke af grunde, der har forbindelse med den i stk. 1 foreskrevne beskyttelse, indskrænke eller forbyde fri udveksling af personoplysninger mellem medlemsstater."*

Fortolkningsbidrag til indholdet af direktivets formålsbestemmelse findes i præamblens pkt. 10, som har følgende ordlyd:

> *"medlemsstaternes lovgivning om behandling af personoplysninger skal sikre overholdelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, navnlig den ret til privatlivets fred, der er fastslået i artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og i fællesskabets generelle principper; af denne grund må en indbyrdes tilnærmelse af lovgivningerne ikke medføre en forringelse af den beskyttelse, disse yder, men skal tværtimod have til formål at sikre et højt beskyttelsesniveau overalt i Fællesskabet."*

Grundlæggende set ligger der to hovedhensyn bag direktivet. For det *første* tager det sigte på at styrke den europæiske borgers retssikkerhed. Direktivet er herved det første direktiv, der direkte regulerer et område, der er omfattet af EMRK. For det *andet* er formålet at styrke det indre marked ved at sikre, at dette også omfatter personoplysninger. Årsagen, til at direktivet var påkrævet, var, at ikke alle lande havde gennemført en national databeskyttelseslovgivning og ej heller havde ratificeret Europa-Rådets konvention. Disse to for-

25 Blume: Personregistrering, 3. udg., s. 290.

26 Jf. afs. 1.1.1, s. 23.

hold havde den konsekvens, at persondata, der er et vigtigt *råstof* i informationssamfundet, ikke frit kunne udveksles inden for EU.[27]

Efter den endelige vedtagelse af persondatadirektivet nedsatte Justitsministeriet den 15. april 1996 et Udvalg om Registerlovgivningen, som blandt andet fik til opgave:

> *"... at overveje og vurdere, hvorledes en fremtidig lovgivning om behandling af personoplysninger m.v. bør udformes, således at der opnås den rette balance mellem på den ene side hensynet til at sikre borgernes privatliv og personlige integritet og på den anden side hensynet til at bevare og til stadighed udbygge en effektiv offentlig administration og et privat erhvervsliv, som ikke pålægger unødige byrder".*[28]

Den 19. november 1997 afgav registerudvalget *Betænkning 1345/1997 om behandling af personoplysninger*. Udvalget anbefalede, at der i modsætning til tidligere blev udformet én samlet lov om behandling af personoplysninger. Dette skyldtes, at hensynet til at sikre en korrekt implementering af direktivet talte for, at den overvejende del af bestemmelserne i persondatalovgivningen blev affattet på samme måde, uanset om bestemmelserne tog sigte på offentlige myndigheder eller private. Udvalget tillagde det endvidere betydning, at en samlet lovgivning på området måtte antages at skabe en højere grad af overskuelighed for dem, som skulle anvende den.[29]

Det første lovforslag med henblik på gennemførelse af persondatadirektivet blev fremsat den 30. april 1998, som lovforslag *L 82*. Lovforslaget svarede i det væsentlige til det lovudkast, som fandtes i betænkning nr. 1345/1997. Der var dog foretaget enkelte ændringer og præciseringer med henblik på at klargøre og forbedre beskyttelsen af registrerede personer. Efter 1. behandling i Folketinget stillede Retsudvalget 137 spørgsmål til justitsministeren. Lovforslaget nåede ikke frem til 2. behandling i Folketinget og bortfaldt derfor. Lovforslaget blev genfremsat i næste folketingssamling, som *L 44*. I forhold til det først fremsatte lovforslag var der foretaget nogle yderligere ændringer og præciseringer såvel i lovteksten som i bemærkningerne for at styrke beskyttelsen af registrerede personer. De fortolkningsbidrag, der var indeholdt i Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål fra Retsudvalget i forbindelse med behandlingen af L 82, var blandt andet indarbejdet. Formålet hermed var først og

---

27 Blume, a. st., s. 289.
28 Betænkning nr. 1345/1997, s. 14.
29 Betænkning nr. 1345/1997, s. 153.

fremmest at understrege, at de almindelige behandlingsregler i lovforslagets §§ 6 og 7 i videst muligt omfang forudsattes administreret på den måde, at der ikke – uden samtykke – kunne registreres og videregives personoplysninger i videre udstrækning end efter registerlovene. Efter 1. behandlingen i Folketinget stillede Retsudvalget 125 spørgsmål til justitsministeren. Det andet fremsatte lovforslag nåede ej hellere længere end til 1. behandling og bortfaldt derfor ved folketingsårets udløb.

Herefter passeredes den dato, hvor direktivet retteligt skulle have været implementeret, nemlig den 24. oktober 1998, og direktivet fik direkte virkning i dansk ret.

Lovforslaget blev fremsat for tredje gang den 9. december 1999 som lovforslag *L 147*. Også i dette forslag var der foretaget en række ændringer og præciseringer for at klargøre og forbedre beskyttelsen af registrerede personer. Dette forslag blev endelig vedtaget, med et bredt politisk flertal, ved 3. behandlingen den 26. maj 2000. Persondataloven trådte i kraft den 1. juli 2000.[30]

Vedtagelsen af persondataloven medførte også, at der som udgangspunkt blev fastsat en ensartet regulering af databeskyttelsen inden for den offentlige og den private sektor. Dette er i sig selv en væsentlig nydannelse, der tilkendegiver, at personoplysninger bør have samme beskyttelse, uanset inden for hvilken sektor de befinder sig.

Der findes ingen egentlig formålsangivelse i persondataloven, men ifølge forarbejderne til lovforslaget skulle formålet være at *"gennemføre en mere tidssvarende generel lovgivning om behandling af personoplysninger til afløsning af den gældende registerlovgivning"*.[31] Lovforslaget skulle sikre et fortsat højt beskyttelsesniveau i forhold til den enkelte borger. Det skulle samtidig være hensigten at skabe en fleksibel ordning, der kunne danne rammen om en hensigtsmæssig udnyttelse af den stadig større mulighed for – på baggrund af den teknologiske udvikling – at gøre personoplysninger til genstand for elektronisk behandling. Endvidere var det *"et væsentligt formål med lovforslaget at gennemføre et EF-direktiv fra 1995 om behandling af personoplysninger"*.[32]

I forhold til den formålsangivelse, som findes i forarbejderne til persondataloven, er det umiddelbart betænkeligt, at implemente-

---

30 Se yderligere om *lovgivningshistorik vedrørende persondatalovens §§ 7 og 8* nedenfor i afs. 3.6.1, s. 216 ff.

31 L 147, s. 20.

32 L 147, s. 20.

ringen af persondatadirektivet kun er ét væsentligt element i formålet. Det ville have været hensigtsmæssigt, hvis formålsangivelsen så at sige var *vendt om*, således at det væsentligste var at få implementeret persondatadirektivet, og at lovgiver i denne forbindelse havde fundet det hensigtsmæssigt at gennemføre en mere tidssvarende og generel lovgivning om behandling af personoplysninger til afløsning af den gældende registerlovgivning.

I modsætning til den danske persondatalov findes der – om end forskellige – formålsangivelser i de love, som implementerer persondatadirektivet i Sverige, Norge og Finland.

Ifølge § 1 i den svenske *Personuppgiftslagen*[33] er formålet med loven *"... att skydda människor mot att deras personliga integritet kränks genom behandling av personuppgifter"*.

Ifølge den norske *personopplysningslov*[34] § 1 er formålet med loven *"å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger"*. Loven skal videre bidrage til, *"at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvernhensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger"*.

Formålet med den finske *personuppgiftslag*[35] findes i § 1, som har følgende ordlyd: *"Syftet med denna lag är att genomföra de grundläggande fri- och rättigheter som tryggar skydd för privatlivet samt övriga grundläggande fri- och rättigheter som tryggar skyddet för den personliga integriteten vid behandling av personuppgifter samt att främja utvecklandet och iakttagandet av god informationshantering."*

Ud fra ovenstående er det tydeligt, at formålet med de norske og finske love er bredere end formålet med den svenske lov. De er også disse to bestemmelser, som er bedst overensstemmende med direktivets formålsangivelse. Integritetsbeskyttelsen af det enkelte menneske i forbindelse med behandling af personoplysninger er fælles for alle de tre opregnede formålsangivelser.

Hvis disse tre formålsangivelser sættes i forhold til den formålsangivelse, som findes i forarbejderne til den danske persondatalov, kan de siges at ligge på et helt andet niveau. De øvrige nordiske persondatalove forholder sig til beskyttelsen af det enkelte menneskes integritet. De norske og den finske formålsangivelser forholder sig endvidere til beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder.

33 1998:204.
34 14. april 2000, nr. 31.
35 22.4.1999/523.

Den *funktionelle afgrænsning* for persondataloven findes i lovens § 1, stk. 1, hvorefter *"Loven gælder for behandling af personoplysninger, som helt eller delvis fortages ved hjælp af elektronisk databehandling, og ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et register."* En definition tilsvarende denne findes i persondatadirektivets art. 3, stk. 1. Den manuelle behandling af oplysninger, der ikke er eller vil blive indeholdt i et register, er således ikke omfattet af loven. Efter lovens § 1, stk. 2, gælder den tillige for ikke-elektronisk behandling, som udføres for private, og som omfatter oplysninger om personers private eller økonomiske forhold eller i øvrigt oplysninger om personlige forhold, som med rimelighed kan forlanges unddraget offentligheden. Den konkrete udfyldning af bestemmelsen i § 1, stk. 2, kan ses af en udtalelse fra Datatilsynet om offentliggørelse af afgørelser fra Patientklagenævnet.[36] I en del af sagen omtales 25 kopier af afgørelser fra Patientklagenævnet, som opbevares i sagsmapper, men ikke ordnes i alfabetisk, men i tilfældig orden, eller populært sagt i en bunke på bordet. Det er Datatilsynets opfattelse, at der på trods af den manglende alfabetiske orden foreligger systematisk behandling i den forstand, at de nævnte sager vil have det til fælles, at der er tale om sager fra medlemmerne med afgørelser fra Patientklagenævnet, og at der gives telefoniske oplysninger på forespørgsel. Der vil således være tale om systematisk behandling omfattet af persondataloven.

Persondataloven indeholder i § 3, definitioner på centrale persondataretlige begreber. To af disse – personoplysning og behandling – vil blive behandlet nedenfor i afs. 3.2.1 og 3.2.2. Den resterende del af de begreber, som anvendes senere hen i afhandlingen, berøres kort umiddelbart her.

Ved **register** med personoplysninger[37] skal forstås *"Enhver struktureret samling af personoplysninger, der er tilgængelig efter bestemte kriterier, hvad enten denne samling er placeret centralt, decentralt eller er fordelt på et funktionsbestemt eller geografisk grundlag."* Ifølge betænkningen skal der ved manuelle registre forstå kartotekskasser, journalsystemer og andre samlinger af manuelt materiale, som opbevares struktureret efter bestemte kriterier vedrørende personer for at lette adgangen til de indeholdte personoplysninger.[38]

For alle de følgende begreber er der det fælles træk, at der er tale om fysiske eller juridiske personer, offentlige myndigheder, institutioner eller ethvert andet organ.

---

36 2005-216-0250.

37 Jf. persondatalovens § 3, nr. 3, og direktivets art. 2, litra c).

38 Betænkning nr. 1345/1997, s. 215.

Den **dataansvarlige**[39] afgør alene eller sammen med andre, til hvilket formål, eller med hvilke hjælpemidler, der må foretages behandling af oplysninger. Selvom der ikke fandtes nogen definition i registerlovgivningen, må definitionen i vidt omfang antages at svare til, hvad der tidligere var gældende på ulovbestemt grundlag.[40] Den dataansvarlige er altså den, som over for den registrerede har det umiddelbare ansvar for behandlingen, og som i det daglige har dispositionsretten over de oplysninger, der indgår i behandlingen. Behandlingsbegrebet medfører, at der nok vil kunne forekomme tilfælde, hvor der kunne foreligge et delt dataansvar eller en flerhed af dataansvarlige. Dette vil blandt andet kunne tænkes i forholdet mellem over- og underordnede myndigheder.[41]

Den dataansvarlige er væsentlig i forhold til nødvendighedskriteriet i de centrale behandlingsbestemmelser, da det som udgangspunkt er denne, som i første omgang skal foretage nødvendighedsvurderingen og sørge for, at de grundlæggende krav i persondatalovens § 5 er overholdt.

Databehandleren[42] behandler oplysninger på den dataansvarliges vegne. Det centrale ved begrebet er, at databehandleren behandler oplysninger på den dataansvarliges vegne således, at det er den dataansvarlige og ikke databehandleren, der er direkte ansvarlig over for den registrerede, jf. herved blandt andet reglen om erstatningsansvar i § 69[43].

Tredjemand[44] er enhver anden end den registrerede, den dataansvarlige, databehandleren samt de personer, som under disses direkte myndighed er beføjet til at behandle oplysninger. Definitionen har betydning i forhold til en række af lovens regler. Det gælder bl.a. ved fastlæggelse af, om der er tale om videregivelse af personoplysninger.[45]

---

39 Jf. persondatalovens § 3, nr. 4, og direktivets art. 2, litra d). Direktivet bruger det knap så teknologineutrale udtryk *registeransvarlig*.

40 Betænkning nr. 1345/1997, s. 433 og ligeledes Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 103.

41 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 104.

42 Jf. persondatalovens § 3, nr. 5, og direktivets art. 2, litra e). Direktivet bruger det knap så teknologineutrale udtryk *registerfører*.

43 Bestemmelsen har følgende ordlyd: *"Den dataansvarlige skal erstatte skade, der er forvoldt ved behandling i strid med bestemmelserne i denne lov, medmindre det godtgøres, at skaden ikke kunne have været afværget ved den agtpågivenhed og omhu, der må kræves i forbindelse med behandling af personoplysninger."*

44 Jf. persondatalovens § 3, nr. 6, og direktivets art. 2, litra f).

45 Jf. bl.a. § 6, stk. 1, nr. 6 og 7, og § 8, stk. 2-3 og 5. Se nedenfor afs. 3.4.4.5.1, afs. 3.4.3, afs. 3.6.3.1, afs. 3.6.3.2 og afs. 3.6.3.4.

1.2 Proportionalitetsprincippet og dettes krav om nødvendighed

Proportionalitetsprincippet ses på mange retsområder i dag. For en isoleret betragtning vil den nødvendighedsvurdering, som findes i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser, have sin oprindelse i det proportionalitetsprincip, som er udviklet i Fællesskabsretten siden EF-Domstolens afsigelse af dommen i Internationale Handelsgeschellshaft i 1970. Det var ikke EF-Domstolen som så at sige *opfandt* princippet i denne forbindelse. Det proportionalitetsprincip, som på dette tidlige tidspunkt blev introduceret i fællesskabsretten, var meget stærkt inspireret af tysk ret, hvor begrebet var blevet anvendt siden slutningen af 1800-tallet. De første afgørelser er truffet af Preussische Überverwaltungsgericht og i særdeleshed udviklet og udvikles stadig af den tyske forvaltningsdomstol *Bundesverfassungsgericht*. I en lang årrække efter afsigelsen af dommen i Internationale Handelsgeschellschaft og til dels stadig indeholder fællesskabsretten en uskrevet grundsætning om proportionalitet. Det uskrevne krav om proportionalitet er kommet til udtryk i utallige domme over årene. Hvis man eksempelvis foretager en tilnærmelsesvis søgning på proportionalitetsprincippet i EF-Domstolens praksis, siden denne i fuldt omfang blev tilgængelig på internettet i maj 1997, vil man opdage, at princippet[46] optræder 1022 gange, hvis man både søger på domme og forslag til afgørelse, og 680 gange, hvis man udelukkende søger på de domme, som er afsagt af Domstolen i perioden fra maj 1997 til december 2005, altså lidt over otte et halvt år. Det skal dog bemærkes, at den pågældende dom tæller med i alle de tilfælde, hvor proportionalitetsprincippet fremgår. Dette være sig både i henvisninger i dommens noter, i forbindelse med parternes nedlæggelse af påstande – som jo ikke nødvendigvis medfører, at Domstolen behandler den konkrete påstand – og endelig i selve Domstolens behandling af den konkrete sag.

Det persondataretlige område er i meget høj grad knyttet til den regulering, som findes inden for det menneskeretlige område i kraft af EMRK's beskyttelse af privatlivets fred i art. 8. Modhensynet til beskyttelsen af privatlivets fred i EMRK indeholder bl.a. et krav om at indgrebet skal være *nødvendigt i et demokratisk samfund*. Af denne grund vil det være vanskeligt at se bort fra det menneskeretlige område i den fremstilling som denne. Menneskeretten indeholder yderligere en proportionalitetsvurdering, som i mange til-

46 Pr. primo december 2005.

fælde anvendes som en yderligere vurderingsfaktor i tilknytning til det menneskeretlige modhensyn i EMRK art. 8, stk. 2. *Rehof og Trier* karakteriserer proportionalitetsprincippet som *"centralt, ja måske som den væsentligste maksime ved fastlæggelsen af den konkrete klagers rettigheder. Der er en klar tendens til at formulere afgørelserne som en vurdering af helt særlige faktiske forhold i den enkelte klagers sag. EMD søger oftest at undgå en underkendelse af den nationale retstilstand i generelle vendinger, men nøjes med at konstatere, at der konkret ikke har været proportionalitet mellem indgrebet og den derved pålagte byrde for klager."*[47]

Niels Fenger, der er den danske forfatter som mest indgående har beskæftiget sig med proportionalitetsprincippet i henholdsvis EU-ret og dansk forvaltningsret, karakteriserer proportionalitetsprincippet på følgende måde i disputatsen *Forvaltning & fællesskab*: *"Proportionalitetsgrundsætningen adskiller sig fra hovedparten af de øvrige retsgrundsætninger ved ikke selv at beskytte et selvstændigt defineret formål, men derimod udgøre en garanti for den substantielle beskyttelse af andre rettigheder gennem et krav om afvejning af modstående saglige hensyn. Vægten er ikke på at nå et bestemt resultat, men på at udstyre retsanvenderen med et værktøj til at besvare spørgsmålet om, hvor meget en given værdi må gøre indgreb i en anden. Fokus er med andre ord på at fremme begge værdier på en gang."*[48] Da Fengers tilgang til proportionalitetsprincippet er forvaltningsretlig, er det hans opfattelse, at proportionalitetsbetragtninger medvirker til at sikre konkret rimelighed i de retsakter, som myndighederne træffer over for de retsundergivne. Princippet er medvirkende til at styrke parternes materielle retssikkerhed. Jo strengere proportionalitetsvurderingen er, desto større sikkerhed har parten for, at denne ikke udsættes for indgreb, som ikke er nødvendige for at fremme den offentlige interesse.[49]

Det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip er inspireret af tysk rets konstruktion af princippet om *verhältnismäßigkeit*.[50] EF-Domstolen og den juridiske litteratur er i høj grad enige om, at princippet indeholder tre selvstændige, men tæt sammenhængende kriterier:[51]

---

47 Rehof og Trier: Menneskeret, s. 124.

48 Fenger, Niels: Forvaltning & fællesskab, s. 638.

49 Fenger, a. st.

50 Se om princippet neden for i afs. 6.4, s. 335ff.

51 Fenger, a. st., s. 628, Neergaard m.fl. er ikke enige i denne betragtning. I EU-ret, 4. udg. gives udtryk for, at de tre underled i proportionalitetsprincippet skal opdeles således: 1) Et lovligt formål 2) Midlerne skal være egnede 3) Mid-

- Princippet om egnethed
- Princippet om nødvendighed
- Princippet om forholdsmæssighed[52]

Overordnet set kan man sige, at de tre principper hver især indsnævrer analysen, således ment at der godt kan være flere foranstaltninger, som anses som egnede i forhold til et opstillet formål. Enkelte af disse egnede foranstaltninger kan efterfølgende betragtes som nødvendige i forhold til formålet. Endelig vil en enkelt, eller meget få, foranstaltninger kommer gennem nåleøjet i den sidste del af testen og således blive anset som værende forholdsmæssige i forhold til det opstillede formål.

Det fremhæves af *Fenger*, at det er vanskeligt at foretage en præcis sammenligning af proportionalitetsprincippet EU-retten og i dansk forvaltningsret. Der er tale om vage retsstandarder, som først for alvor bliver operative inden for den specielle forvaltningsrets enkelte områder. Det er Fengers opfattelse, at retssammenligningen bør tage udgangspunkt i en sammenholden af konkrete retsafgørelser. Dette fremdrager dog et problem, da de fællesskabsretlige sager hyppigst vedrører generelle retsakter, medens de danske sager næsten undtagelsesfrit angår konkrete forvaltningsakter. Forskellen siger i sig selv noget vigtigt om de to retssystemers respektive anvendelse af grundsætninger indeholdende krav om proportionalitet. Forskellen indebærer samtidig, at retssammenligningen ikke kan undgå at få et forholdsvist højt abstraktionsniveau, hvor mere nøjagtige forskelle på de to retssystemers respektive bedømmelse af ensartede situationer ikke altid kan identificeres med fornøden sikkerhed.[53]

Fenger har videre givet udtryk for, at nødvendighedsvurderingen er den del af det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip, som kommer tættest på kernen i det danske proportionalitetsprincip. I fællesskabsretten er nødvendighedskriteriet også i praksis den del af proportionalitetsprincippet, som er det vigtigste indskrænkning

lerne må ikke være mere indgribende end nødvendigt, jf. s. 60. Denne opdeling modificeres dog efterfølgende i fremstillingen, hvor forfatterne omtaler *proportionalitetsprincippet i snævrere forstand* eller princippet om forholdsmæssighed. Det fremhæves samtidigt, at princippets vigtighed for en sags udfald ikke må undervurderes, jf. s. 258.

52 Jf. om den treleddede proportionalitetsvurdering i EU-retten nedenfor afs. 7, s. 349ff.

53 Fenger, a. st., s. 628.

af myndighedernes handlefrihed og den hyppigste underkendelsesgrund ved prøvelsesinstanserne.[54]

Helt konkret er proportionalitetsprincippet lovfæstet i TEF art. 5, stk. 3, hvorefter Fællesskabet kun handler i det omfang, det er nødvendigt for at få Traktatens mål. I almindelighed ligger der heri, at lovligheden af en fællesskabsforanstaltning betinges af, at de midler, som bringes i anvendelse, er egnede til at virkeliggøre de formål, der lovligt forfølges med foranstaltningerne, og at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at realisere formålet. Hvis der er valgmulighed mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst tyngende af disse foretrækkes, og byrderne må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål. Princippet finder anvendelse uanset karakteren af de fællesskabsforanstaltninger, der er tale om. Det er således ligegyldigt, om disse er af lovgivningsmæssig eller administrativ beskaffenhed, og om de er generelle eller konkrete.[55]

Der er udsigt til, at proportionalitetsprincippet tillægges en stigende betydning i fællesskabsretten i fremtiden. I forfatningstraktaten findes princippet i art. I-11 under overskriften *Grundlæggende principper*. Udøvelsen af Unionens beføjelser er således underlagt proportionalitetsprincippet. Ydermere er princippet indskrevet i den 2. protokol til Traktaten sammen med nærhedsprincippet eller subsidaritetsprincippet.

I dansk ret skal proportionalitetsprincippets oprindelse sandsynligvis udfindes i forbindelse med reguleringen efter grundlovens § 73, jf. nedenfor i afsnit 8.2.2.

I forvaltningsretten har proportionalitetsprincippet været kendt som et uskrevet princip siden begyndelsen af 1970'erne, jf. nedenfor i afsnit 8.3.

I 2004 blev der for første gang vedtaget en dansk lov, hvor proportionalitetsprincippet var direkte nævnt i lovteksten. Dette skete med Folketingets vedtagelse af den såkaldte *retssikkerhedslov*,[56] som trådte i kraft den 1. januar 2005. Loven regulerer forvaltningens tvangsindgreb uden for strafferetsplejen. Lovens § 2 bærer overskriften *proportionalitetsprincippet*, så i modsætning til tidligere gældende dansk lovgivning er det ikke nødvendigt at ræsonnere sig frem til, at der her må være tale om et proportionalitetsprincip.

---

54 Fenger, a. st., s. 636f.

55 Wegener: Juridisk metode, s. 205.

56 Lov nr. 442 af 9. juni 2004 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt.

Bestemmelsens har denne ordlyd: *"Tvangsindgreb må kun anvendes, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, og hvis indgrebet står i rimeligt forhold til formålet med indgrebet."* Bestemmelsen behandles ikke yderligere her, men er medtaget for at vise det *udviklingstrin*, som proportionalitetsprincippet befinder sig på i dansk lovgivning. Samme dag, som retssikkerhedsloven blev vedtaget, vedtog Folketinget også politiloven. Lovens § 16 indeholder et krav om proportionalitet i relation til politiets anvendelse af magtmidler, som skal være nødvendig og forsvarlig og alene må ske med midler og i den udstrækning, der står i rimeligt forhold til den interesse, der søges beskyttet.[57]

I *Dansk retspleje* berøres proportionalitetsprincippet i forbindelse med straffeprocessuelle oplysnings- og tvangsmidler. Det må generelt antages, at der ikke må anvendes et mere indgribende tvangsmiddel, hvis et mindre indgribende kan opfylde formålet. Det generelt gældende proportionalitetsprincip rummer tillige en begrænsning i relation til grundlaget for iværksættelsen. Et oplysnings- eller tvangsmiddel må ikke anvendes, hvis det efter indgrebets formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som indgrebet må antages at forvolde den eller de personer, som det rammer, ville være et uforholdsmæssigt indgreb. Kravet om proportionalitet gælder således både i selve valget af indgrebsmiddel og tillige den måde, hvorpå det valgte middel bringes i anvendelse.[58] Dette procesretlige proportionalitetsprincip er overensstemmende med det, der ses i forbindelse med forvaltningens tvangsindgreb samt politiets anvendelse af magtmidler.

I den *kollektive arbejdsret* bliver proportionalitetsprincippet brugt som vurderingskriterium i forbindelse med iværksættelse af konflikter eller sympatikonflikter. Problemstillingen er behandlet af *Illum* helt tilbage i 1939 i 1. udgave af fremstillingen *Den kollektive arbejdsret*.[59] En aktion kan – uanset den har lovlig form og tilsigter at opnå et lovligt formål – blive retsstridig, fordi den indebærer et *for voldsomt tryk*.[60] Konflikter må således ikke gøres urimeligt omfattende i forhold til det, der tilstræbes opnået ved aktionen. Det er vanskeligt at afgøre, hvilke skridt der må tolereres ud fra en proportionalitetsvurdering.[61] Det vil imidlertid være klart, at konflikter, som

---

57 De to love er yderligere berørt nedenfor i afs. 8.3.2 og i afs. 8.3.3.
58 Lindencrone, Lars, m.fl.: Dansk retspleje, 3. udg., s. 666.
59 Illum: Den kollektive arbejdsret, s. 348ff. (§ 29 Arbejdskampens formaal).
60 Hasselbalch, Ole: Kollektivarbejdsretten, 2. udg., s. 90.
61 Hasselbalch, Ole, a. st., s. 90f.

indebærer en afskærelse af modparten fra enhver erhvervsudøvelse, ikke er lovlige. I så fald vil der ikke være tale nogen balance, men om ødelæggelse. Problemstillingen er vanskeligere at bedømme, når konfliktens virkninger ikke er totalt ødelæggende. Generelt vil det her spille en rolle, hvor anerkendelsesværdigt konfliktformålet er, således forstået, at jo større fagforeningens anerkendelsesværdige interesse i overenskomsten er, desto mere må arbejdsgiveren også tåle. Der vil tillige skulle inddrages en overvejelse over den konfliktramte parts evne til at stå imod, altså de understøttelsesmuligheder, den pågældende har fra anden side, typisk kollegaer.[62] Kravet om proportionalitet er én[63] af de betingelser, som skal være opfyldt, for at en ved traditionen hjemlet konflikt på DA/LO-området kan iværksættes.[64]

I *foreningsretten* indgår proportionalitetsprincippet som vurderingskriterium i forbindelse med spørgsmålet, om der foreligger et retskrav på optagelse i foreninger. På foreningsretlige område vil det ofte være sådan, at vedtægterne stiller udtrykkelige krav til den optagelsessøgende, f.eks. i henseende til bopæl, erhverv og lignende. Den pågældende må på samme måde opfylde de betingelser, som forudsætningsvis kan udledes af foreningens vedtægter – specielt formålsbestemmelsen. Det retlige udgangspunkt er således, at adgangen til optagelse i foreningen står og falder med, om disse krav opfyldes og accepteres af det organ, der skal godkende optagelsen. Undtagelsen til dette udgangspunkt er, at der i retspraksis antages at bestå et egentligt *retskrav på optagelse, hvis interessen i optagelse er stærk nok*.[65] Dette retsbestemte krav på optagelse bygger på ufravigelige retshensyn, som går forud for vedtægterne.[66] Interessen i medlemskab kan udspringe af flere forhold, som i forening eller – hvis tyngden er tilstrækkelig – hver for sig kan bære anerkendelsen af et retskrav på optagelse. Hvis medlemskabet er af betydning for den pågældendes muligheder for at sikre sit udkomme gennem erhvervsmæssigt arbejde, vil dette tælle til fordel for et retskrav på optagelse i en given forening. Afgørelserne på området taler om en *væsentlig, berettiget erhvervsmæssig interesse*.

62 Hasselbalch, Ole, a. st., s. 91f.

63 De øvrige er: 1) Lovlig hovedkonflikt 2) Hovedkonflikten er i gang 3) Formålet er at støtte hovedkonflikten 4) Sympatikonflikten er egnet som påvirkningsmiddel 5) Interessefællesskab mellem iværksætteren af sympatikonflikten og parten i hovedkonflikten og 6) Støtteforbudddet skal respekteres, jf. Hasselbalch, Ole, a. st., s. 365ff.

64 Hasselbalch, Ole, a. st., s. 375f.

65 Hasselbalch, Ole: Foreningsret, 3. udg., s. 79.

66 Hasselbalch, Ole, a. st., s. 80.

I disputatsen *Retsmisbrug i formueretten* omtaler *Jens Evald* et formueretligt proportionalitetsprincip i forbindelse med gennemgang af to højesteretsdomme. UfR 1981.300H tages til indtægt for Højesterets anvendelse af et proportionalitetsprincip, da der ikke er et rimeligt forhold mellem indstævntes interesse i at fastholde aftalen på alle punkter og appellantens interesse i at ændre den pågældende aftale.[67] UfR 1985.766H tages ligeledes til indtægt for Højesterets anvendelse af et proportionalitetsprincip, som kommer til udtryk på den måde, at den ene parts manglende iagttagelse af et betydningsløst vilkår ikke giver den anden part ret til at sige sig fri fra kontrakten. Proportionalitetsvurderingen skulle ligeledes komme til udtryk i Højesterets *konsekvensorienterede* argumentation, som lægger vægt på, at garantiens bortfald ville have en *uforholdsmæssig virkning*.[68] Evald konstaterer efterfølgende, at proportionalitetsvurderinger ikke alene er knyttet til retsmisbrug, men kendes inden for alle dele af retten. Inden for formueretten mener Evald at princippet kendes under betegnelser som eksempelvis *ækvivalens,*[69] *synallama*[70] og *læsio enormis*.[71]

Proportionalitetsprincippet anvendes også som afvejningsnorm i *tilbageholdsretten*. Ved tilbageholdsret eller retentionsret forstås sædvanligvis en begrænset tinglig ret, der berettiger besidderen af en genstand, som en anden har krav på at få udleveret, til at opretholde besiddelsen, indtil han har fået fyldestgørelse for en fordring, der tilkommer ham. Formålet med tilbageholdelsen er selvsagt at lægge pres på skyldneren for derved hurtigt at få dækning for kravet. Det antages i dag, at tilbageholdsret kan nægtes, hvis udøvelsen heraf vil lægge uforholdsmæssigt pres på skyldneren.[72] Det er således et krav, at der skal være proportionalitet mellem kravet og det, der tilbageholdes. Den tilbageholdte genstand skal således svare til retinentens krav. Ud fra en afvejning af parternes interesse

67 Evald, Jens: Retsmisbrug i formueretten, s. 25ff.

68 Evald, a. st., s. 27ff.

69 Ækvivalensprincippet eller ligevægtsprincippet understreger, at ydelse og modydelse skal fremtræde som ligevægtige.

70 Betegnelse for den gensidige afhængighed mellem fordring og modfordring i (gensidige) kontraktsforhold.

71 Romerretligt princip, hvorefter sælgeren, der havde solgt tingen for under halvdelen af dens værdi, kunne omstøde salget, medmindre køberen tilbød ham tingens fulde værdi, jf. Evald, a. st., s. 29f. Et formueretligt proportionalitetsprincip berøres også hos Bryde Andersen og Lookofsky, Obligationsret I, 2. udg. s, 214f. og hos Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret. Aftaleretten I, s. 484f.

72 Evald, Jens: Om retsprincipper i formueretten i Dalberg-Larsen, Jørgen og Kristiansen, Bettina Lemann: Om retsprincipper.

skal genstanden deles, hvis det er muligt, men det må ikke mindske pressionseffekten på urimelig måde.[73]

Ovenstående viser, at proportionalitetsprincippet er meget vidtfavnende og således anvendes på mange retsområder. Overordnet set kan man sige, at princippet principielt har sin berettigelse i enhver situation, hvor der skal foretages en afvejning mellem modstridende interesser. Anvendelsen af princippet bliver dog mere konkret, når det anvendes i sin treleddede form, hvor en given foranstaltnings egnethed, nødvendighed og forholdsmæssighed vurderes i forhold til et opstillet formål.

1.3 Oversigt over den følgende fremstilling

Umiddelbart nedenfor afsluttes afhandlingens Del I med en behandling af de retskilder og den metode, som anvendes. Den metodiske del af afhandlingens **kapitel 2** beskriver den metode, som anvendes gennem afhandlingen. I denne forbindelse skitseres de respektive udgangspunkter for henholdsvis persondataretten og proportionalitetsprincippet, som begge er genstand for en høj grad af international påvirkning. Den retskildemæssige del af kapitlet behandler de mange forskellige retskilder, som anvendes i den følgende fremstilling, og disses vægtning og betydning i forhold til hinanden.

Den resterende del af afhandlingen falder overordnet set i tre dele:

Afhandlingens **Del II** indeholder to kapitler, der vedrører ***persondataretten***:

Kapitel 3 gennemgår de centrale behandlingsbestemmelser i persondataloven for herudfra at kunne fastlægge indholdet i det nødvendighedskriterium, som findes her. Kapitlet indeholder også en gennemgang af to centrale begreber i persondataloven – nemlig *personoplysning* og *behandling*. Inden den egentlige gennemgang af de centrale behandlingsbestemmelser gennemgås de grundlæggende betingelser for databehandling. Disse betingelser indeholder blandt andet et krav om formålsangivelse samt et krav om proportionalitet. I forbindelse med fastlæggelsen af nødvendighedskravet i de centrale behandlingsregler i lovens §§ 6-8 berøres også de EU-retlige problemer, som er opstået på baggrund af den særegne danske oplysningskategori indeholdende de såkaldte *semi-følsomme oplys-*

[73] Louw, Nana og Thomsen, Tina: Tilbageholdsret, s. 114.

ninger. Herunder behandles hele lovgivningshistorikken bag persondataloven samt de væsentligste præjudicielle afgørelser, som EF-Domstolen har afsagt vedrørende persondatadirektivet.

Kapitel 4 behandler den del af persondataretten, som udspringer af EMRK art. 8 samt de indskrænkninger, der er i retten til privatliv. Det være sig kravet om nødvendighed i bestemmelsens stk. 2, proportionalitetsprincippet og ytringsfriheden.

Afhandlingens **Del III** indeholder tre kapitler, som vedrører ***proportionalitetsprincippet***:

Kapitel 6 omhandler proportionalitetsprincippet i tysk ret. Det proportionalitetsprincip, som i dag anvendes på mange forskellige retsområder, har sin oprindelse i tysk ret, hvor princippet besidder grundlovsrang. Princippet har sin oprindelse i en række afgørelser, som blev afsagt af især den preussiske overforvaltningsdomstol i slutningen af det 17. århundrede. Det er dog først efter 2. Verdenskrig, at princippet virkelig udvikles i det tyske retssystem og får den skikkelse, som kendetegner det i dag, således at det består af et overbegreb – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – og tre underbegreber – Grundsatz der Geeignetheit, Grundsatz der Erforderlichkeit og Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im egneren Sinne. I forhold til denne afhandlings problemstilling er Grundsatz der Erforderlichkeit det centrale princip, men dette kan ikke behandles isoleret i forhold til de øvrige begreber.

I **kapitel 7** fastlægges indholdet i det EU-retlige proportionalitetsprincip. Det er dette princip, som ligger til grund for det nødvendighedskrav, som findes i de centrale behandlingsbestemmelser i persondatadirektivet og dermed i persondataloven. Princippet sættes først i forhold til andre grundlæggende principper i EU-retten for derefter at blive udledt af centrale afgørelser fra EF-domstolen.

Kapitel 8 behandler grundlæggende set proportionalitetsprincippet i nordisk offentlig ret. Her vil princippet blive gennemgået inden for to retsområder, som har anvendt proportionalitetsprincippet gennem en længere årrække, nemlig statsforfatningsretten og forvaltningsretten, herunder norsk og svensk forvaltningsret.

Afhandlingens **Del IV** indeholder to kapitler, som vedrører ***klarlægningen af nødvendighedskriteriet***:

Kapitel 10 ser på nødvendighedskriteriet isoleret. I denne forbindelse berøres kriteriet i forhold til de meget grundlæggende begreber i persondataloven, personoplysning og behandling, samt

i forhold til sondringen almindelige og følsomme oplysninger. Det lovfæstede finalité-princips betydning for klarlægningen af nødvendighedsprincippet berøres efterfølgende. Kravet om nødvendighed sættes endelig i forhold til den fastlagte og ikke-fastlagte behandlingssituation. Afhandlingens kapitel 10 ender ud i den endelige klarlægning af *nødvendig behandling af personoplysninger*.

Kapitel 11 ser på nødvendighedskriteriet i forhold til proportionalitetsprincippet og undersøger i den forbindelse om det er muligt at foretage en isoleret nødvendighedsvurdering på det persondataretlige område. Nødvendighedskriteriet fra afhandlingens kapitel 10 sættes i forhold til det generelle proportionalitetsprincip i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led, samt princippet om tidsbegrænsning i samme lovs § 5, stk. 5. Endelig sættes kravet om nødvendighed i forhold til de øvrige to krav i proportionalitetsprincippet, nemlig kravet om egnethed og kravet om forholdsmæssighed. Persondatalovens krav om god databehandlingsskik inddrages slutteligt og vurderes i forhold til proportionalitetsprincippet.

Kapitel 2

Afhandlingens metode

Som det er fremgået af den foregående problemformulering, skal denne afhandlings problemstilling søges løst via kombinationen af persondataretten og proportionalitetsprincippets krav om nødvendighed. Der vil være tale om en retsdogmatisk fremstilling. Det er dermed afhandlingens opgave at beskrive, fortolke/analysere og systematisere gældende ret (de lege lata).[1] Intentionen er således at beskrive retstilstanden, som den er.[2]

Når man beskæftiger sig med persondataret, står man så at sige med to modpoler, nemlig *den registrerede* og *den dataansvarlige*. Overordnet set er den registrerede interesseret i, at der behandles så få oplysninger om vedkommende som muligt. Den dataansvarlige er i modsætning hertil interesseret i, at der lægges så få bånd som muligt på dennes behandling af personoplysninger. Med baggrund i denne *konflikt* bliver det nødvendigt at fastlægge perspektivet for afhandlingen. Problemstillingen i nærværende fremstilling løses fra den dataansvarliges perspektiv. Det er således nødvendighedsvurderingens indskrænkning af dennes mulighed for behandling af personoplysninger om registrerede, som er det centrale udgangspunkt for den følgende fremstilling.[3]

Som det vil fremgå nedenfor, er det persondataretlige område under påvirkning af mange forskelligartede retskilder, og derfor er det væsentligt at få fastlagt om udfyldningen af nødvendighedskravet skal tage udgangspunkt i national ret, fællesskabsret eller menneskeretten. Da alle tre retsområder indeholder både persondataret og krav om proportionalitet, vil ingen af de tre mulige udgangspunkter kunne betragtes som *søgte*. Nærværende afhandling vil tage

---

1 Evald, Jens m.fl.: Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære, s. 207, ligeledes Nielsen, Ruth m.fl.: Retskilder og retsteorier, s. 24, Jensen, Svend Gram: Alm. retslære – en introduktion, 3. udg., s. 63.

2 Blume: Juridisk metodelære, 3. udg., s. 150.

3 Denne afbalancering mellem den dataansvarlige og den registrerede er også understreget i kommissoriet til betænkning 1345/1997, jf. ovenfor s. 28.

sit udgangspunkt i den nationale ret, som i dette tilfælde er persondataretten, og herunder i særdeleshed persondataloven, men det vil ikke være muligt at give en isoleret retsdogmatisk fremstilling af national ret, hvor man anvender et rent nationalt proportionalitetsprincip og herunder et nødvendighedskriterium, i forsøget på at udfylde det krav om nødvendighed, som findes i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser. Dette forhold bunder i, at begge afhandlingens udgangspunkter, persondataret og proportionalitetsprincippet, er genstand for påvirkninger fra forskelligartede internationale retskilder.

I metodisk henseende medfører dette så at sige to udgangspunkter. Det *første* udgangspunkt tages i den danske persondataret med de internationale påvirkninger, som dette retsområde er præget af. Det *andet* udgangspunkt tages i proportionalitetsprincippet. Dette på trods af, at det tilsyneladende kan være vanskeligt at fastlægge det nøjagtige indhold af proportionalitetsprincippet. Som det er fremgået af det foregående kapitel, er der ikke enighed om underopdelingen af proportionalitetsprincippet, men der er i hovedparten af tilfældene enighed om ét af disse underprincipper, nemlig *kravet om nødvendighed*. *Wegener* beskæftiger sig med betydningen af rettens internationalisering i 3. udgave af *Juridisk metode*[4], hvor han fastslår, at en skildring af de aktuelle relevante retskildefaktorer for de retsanvendende myndigheder i Danmark må rumme betydeligt flere elementer – og derfor også må blive mindre overskuelig – end for blot få årtier tilbage. Forholdet skildres på følgende måde:

> *"Ved siden af de traditionelle nationale retskildeproducenter optræder der nu forskellige EU-producenter lige som producenter af anden ikke-national observans kortere eller længere er rykket fra pladser nær kulissen frem mod scenens forgrund. Samlet er de nationale producenter – i særdeleshed den nationale lovgivningsmagt – i relevansmæssig henseende blevet trængt kraftigt tilbage i betydning til fordel for ikke-nationale, frem for alt EU-retlige. I det væsentlige omfang, hvori de retsanvendende myndigheder har pligt til at tage hensyn til ikke-nationale faktorer og rent faktisk gør det, prioriteres disse videre i betydelig udstrækning over muligt krydsende nationalt materiale og fortrænger dermed dette i den nationale retsanvendelse. Endelig er fortolkningen af regler med ikke-national baggrund i de praktisk vigtigste tilfælde bundet i den forstand, at der så at sige må rettes*

[4] Wegener, a. st., s. 318.

ind efter den forståelse, som over- eller internationale organer har anlagt."[5]

Disse ovenfor beskrevne forhold skulle, ifølge forfatteren, i metodemæssig henseende dække nogle af de væsentligste kvalitative aspekter af rettens internationalisering. Tilbage står spørgsmålet, om den *rent* nationale retsanvendelse foregår aldeles uberørt af ikke-nationale faktorer, eller om der er sket en indirekte og derfor mindre synlig påvirkning eller afsmitning udefra.[6] Danske domstole anvender i betydelig udstrækning kildefaktorer af ikke-national karakter, så det måske snarere burde påkalde sig opmærksomhed, hvis et sådant materiale ikke også i større eller mindre udstrækning *farvede* den nationale retsanvendelse. Det er Wegeners opfattelse, at en påvirkning i henseende til kildefaktorernes relevans og indbyrdes prioritering og vedrørende den anvendte fortolkningsstil først og fremmest vil være ensbetydende, dels med en nedtoning af nationale lovforarbejders betydning som retskilde- og fortolkningsfaktor, dels med en øget anvendelse af teleologisk tolkning.[7]

2.1 Persondatarettens udgangspunkt

De seneste årtiers internationalisering har haft indvirkning på det danske retssystem. Retskilder, som har deres oprindelse uden for Danmarks grænser, har i stigende grad fået betydning for de retlig beslutninger, der træffes inden for landets grænser. Det er specielt EU-retten og den europæiske menneskeret, der har påvirket praktiseringen af dansk juridisk metode. Et kendskab til den internationale retlige dimension vil på mange retsområder være en forudsætning for at kunne begå sig som jurist i det danske retssystem.[8] Dette forhold gør sig i høj grad gældende på det persondataretlige område, som på trods af sit umiddelbare danske udgangspunkt i persondataloven påvirkes af mange internationale kilder. Den primære påvirkning kommer fra EU-retten i kraft af det direktiv, som ligger til grund for den danske lov. Den europæiske menneskeret påvirker specielt det persondataretlige område via EMRK art. 8. EMRK art. 10 vil også indirekte påvirke området, da ytringsfri-

5 Wegener, a. st., s. 321.
6 Wegener, a. st.
7 Wegener, a. st., s. 322.
8 Blume, a. st., s. 183.

heden i mange tilfælde vil være at betragte som en art modifikation til den beskyttelse af privatlivets fred, som findes i EMRK art. 8. Endelig vil den danske persondataret (spørgsmålet er, om man kan tale om en dansk persondataret, når der er tale om en så høj grad af international påvirkning) også påvirkes af Europarådets konvention om persondatabeskyttelse, om end denne påvirkning ikke længere er så mærkbar som tidligere. Endelig er der med tiden udsigt til, at persondataretten i langt højere grad, end det er tilfældet i dag vil blive påvirket af grundlæggende rettigheder, som har deres udgangspunkt i fællesskabsretten. På trods af at Den Europæiske Forfatningstraktat led et forsmædelige nederlag i løbet af 2005, må man ikke negligere den betydning, som Det Europæiske Charter om grundlæggende rettigheder vil få på det persondataretlige område i fremtiden. Dette forhold drejer sig specielt om chartrets art. 8, der indeholder en beskyttelse af personoplysninger på grundrettighedsniveau.

Afhandlingen tager således udgangspunkt i persondatalovens afsnit II, som indeholder behandlingsregler, og herunder kapitel 4, med titlen *behandling af oplysninger*, som i §§ 5-8 indeholder de helt generelle behandlingsregler. Løsningen af afhandlingens problemstilling vil således tage afsæt i den dataansvarliges sfære i forbindelse med dennes behandling af personlige oplysninger om registrerede personer. Med hensyn til proportionalitetsvurderingen tages udgangspunktet således i den proportionalitets- og nødvendighedsvurdering, som findes i disse omtalte bestemmelser. Proportionalitets- og nødvendighedsvurderinger, som findes i den resterende del af persondataloven vil derfor kun blive medtaget i det omfang, denne vurdering bibringer væsentligt til løsningen af afhandlingens problemstilling. Som et eksempel kan nævnes, at persondataloven i § 29, stk. 3, indeholder en proportionalitetsvurdering. I forbindelse med inddragelse af proportionalitetsvurderingen i denne bestemmelse er det dog væsentligt at være opmærksom på, at den proportionalitetsvurdering, som skal foretages, er indskrænkende i forhold til den behandling af personlige oplysninger, som foretages efter de generelle behandlingsregler i lovens §§ 5-8. Fokus er således flyttet fra den dataansvarlige til den registrerede, og med baggrund i dette forhold er det naturligt, at en proportionalitetsvurdering, som udgår fra den registrerede, medfører en indskrænkning i forhold til den vurdering, som udgår fra den dataansvarlige. Den registrerede vil således være interesseret i, at der behandles færrest mulige oplysninger om den pågældende, og hvis dette alligevel sker, at den pågældende bliver så godt informeret som muligt

i disse tilfælde. I modsætning hertil vil den dataansvarlige være interesseret i at kunne behandle så mange personoplysninger som muligt. Med dette udgangspunkt er det naturligt, at proportionalitetsvurderingen i disse tilfælde kan karakteriseres som udvidende i forhold til selve behandlingen af de personlige oplysninger.

2.2 Proportionalitetsprincippets udgangspunkt

Proportionalitetsprincippet kan siges at have mange ansigter, som på trods af deres forskelligheder alligevel har ligheder. Princippet kan betragtes som en svært håndterbar størrelse, hvori det er vanskeligt at fastlægge et nøjagtigt og eksakt indhold. Der er dog ikke tvivl om, at princippet indeholder et krav om afvejning, i de fleste tilfælde af umiddelbart modsatrettede hensyn. Proportionalitetsprincippet er under påvirkning fra fællesskabsretten, både via TEF art. 5, stk. 3, og som et grundlæggende EU-retligt princip. Princippet er yderligere under påvirkning fra menneskerettighederne, her tænkes navnlig på de menneskeretlige modhensyn, som findes i EMRK art. 6, stk. 2, art. 8, stk. 2, art. 10, stk. 2, og art. 11, stk. 2. Det vil yderligere være vanskeligt at se bort fra den påvirkning, som proportionalitetsprincippet er udsat for fra det retsområde, hvorfra det oprindeligt udsprang, nemlig tysk ret. Det proportionalitetsprincip, som udvikledes i tysk ret, dannede også baggrunden for udviklingen af et proportionalitetsprincip i dansk ret og anden nordisk ret. I forbindelse med den konkrete anvendelse af princippet i denne afhandlings kontekst er det væsentligt at være opmærksom på, at det proportionalitetsprincip, som er udviklet gennem nordisk offentlig ret, ikke nødvendigvis har det samme indhold som det, der udspringer af EU-retten. Dette på trods af, at princippet for begge retssystemers vedkommende har deres udspring i tysk ret.

Da de nødvendighedsvurderinger, som var indeholdt i de tidligere gældende registerlove, var udsprunget af det offentligretlige område, kunne der være en sandsynlighed for, at det kan være vanskeligt for danske retsanvendere på det persondataretlige område at se bort fra den nødvendighedsvurdering, som udspringer af nordisk offentlig ret. Dette på trods af, at udgangspunktet nu skal tages i det proportionalitetsprincip, som findes i EU-retten. Videre vil selve den retsanvendende myndighed principielt være den samme, på trods af at navnet og retsgrundlaget er ændret i forbindelse med implementeringen af persondatadirektivet.

2.3 Samspillet mellem retskildefaktorer

Når en afhandling som den foreliggende anvender retskilder, der hidrører fra mange forskellige retssystemer, er det væsentligt at få disse retskilder placeret i forhold til hinanden og få deres indbyrdes relationer afklaret. Nærværende afsnit har til formål at sætte dansk ret i forhold til EU-retten, folkeretten (herunder EMRK) og anden national ret. Forholdet mellem folkeret og EU-ret berøres kun kort, da relationen behandles senere i afhandlingen.[9]

2.3.1 Forholdet mellem EU-ret og national ret

Som det tidligere er fastslået, er den danske persondatalov resultatet af en implementering af et direktiv fra EU. I forholdet mellem EU-ret og dansk ret vil der i det følgende blive lagt vægt på umiddelbar anvendelighed, direkte virkning, EU-rettens forrang for national ret og endelig medlemsstaternes pligt til EU-konform fortolkning. Inden for nogle af disse områder vil man almindeligvis sondre i forhold til de forskellige typer af retsakter, som anvendes i fællesskabsretten. I denne fremstilling fokuseres på traktat- og direktivniveau. Dette grunder i, at proportionalitetsprincippet ud over at være et almindeligt EU-retligt princip også er delvist traktatfæstet i TEF art. 5, stk. 3, og at det persondataretlige område er reguleret på direktivniveau.

> Indledningsvis skal bemærkes, at nogle forfattere samler begreberne *umiddelbar anvendelighed* og *direkte virkning* under ét. *EU-ret, 4. udg.* sondrer eksempelvis ikke. Her anvendes udelukkende begrebet *direkte virkning*. Baggrunden for den manglende sondring er, at det i den danske og tyske version af TEF art. 249 siges, at forordninger gælder umiddelbart. Dette forhold har ifølge forfatterne givet anledning til, at nogle sondrer mellem umiddelbar anvendelighed, som er karakteristisk for forordninger uden at de behøver at være præcise og ubetingede, og direkte virkning, som andre retsakter, når de opfylder visse betingelser, har. Forfatterne giver udtryk for, at sondringen er knyttet til visse sproglige versioner, men for eksempel ikke til den engelske og franske, hvor forordninger siges at have direkte virkning, jf. den franske *"Le règlement ... est directement applicable ..."* og den engelske *"A regulation shall be ... directly applicable ..."*[10] *EU-retten, 3. udg.* anvender ude-

[9] Jf. nedenfor i afs. 2.3.3, s. 66ff.

[10] Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 173, note 4.

lukkende betegnelsen *umiddelbar anvendelighed*. I denne fremstilling dækker begrebet det forhold, at private uden videre foranstaltninger kan påberåbe sig en given bestemmelse for nationale domstole og herved aflede rettigheder af bestemmelsen.[11]

Umiddelbart ser det ud til at sondringen er introduceret af *J.A. Winter* i artiklen *Direct applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*.[12] Sondringen er efterfølgende blevet accepteret af blandt andet *Steiner*.[13] Domstolen har ikke direkte beskæftiget sig med spørgsmålet, om der er en forskel mellem umiddelbar anvendelighed og direkte virkning, men er kommet med følgende udtalelse i *Van Duyn*[14], som fastslog, at direktiver kan have direkte virkning: *"Selv om forordninger i medfør af art. 189 [TEF art. 249] er umiddelbart gældende* [umiddelbart anvendelige] *og som følge heraf i sig selv er egnede til at have umiddelbar virkning* [direkte virkning], *er det ikke en følge heraf, at andre af de i denne artikel nævnte retsakter aldrig kan have tilsvarende virkninger."*[15]

På trods af dette udgangspunkt vil den følgende fremstilling anvende sondringen *umiddelbar anvendelighed* og *direkte virkning*, hvor det første begreb dækker de tilfælde, hvor en fællesskabsretlig regel uden videre (uden nationale inkorporeringsforanstaltninger) fuldt ud bliver en bestanddel af den nationale retsorden. Det andet begreb dækker den situation, at en given fællesskabsretlig regel kan begrunde rettigheder og forpligtelser for borgerne i medlemsstaterne, som disse kan håndhæve ved de nationale domstole. De fleste umiddelbart anvendelige EU-regler har tillige direkte virkning, men der er dog ikke tale om et absolut sammenfald. Regler, som ikke er umiddelbart anvendelige kan tillægges direkte virkning.[16]

---

11 Engsig Sørensen m.fl., EU-retten, 3. udg., s. 127.

12 9 CMLRev(1972), s. 425-438.

13 Steiner & Woods: Textbook on EC Law, 8. udg., s. 88ff. Weatherhill & Beaumont: EU Law, 3. udg., s. 399 tilslutter sig også sondringen, og ligeledes Wyatt & Dashwood: European Union Law, 4. udg., s. 62ff. Craig & de Búrca: EC Law, 1995 sondrer ikke og anvender således udelukkende begrebet *direct effect*.

14 Dom af 4. december 1974 i Sag 41/74, Saml 1974, s. 1337ff.

15 Sag 41/74, pr. 12.

16 Wegener, a. st., s. 227.

2.3.1.1 Umiddelbar anvendelighed

2.3.1.1.1 Traktatniveau

De oprindelige fællesskabstraktater blev inkorporeret i dansk ret ved tiltrædelsesloven fra 1972, jf. denne lovs § 3, stk. 1.[17] Inkorporeringen angik traktatbestemmelserne *"i det omfang de efter fællesskabsretten er umiddelbart anvendelig i Danmark"*, det vil sige i form af en blank henvisning til fællesskabsretten. Det samme var gældende for de bestemmelser, som var indeholdt i den ældre fællesskabsret, jf. tiltrædelseslovens § 3, stk. 2. Status med hensyn til retsakter udstedt efter tiltrædelsen fremgår af lovens § 2, som fastslår, at beføjelser, som efter grundloven tilkommer danske myndigheder, kan overlades til fællesskabsmyndighederne, i det omfang de er fastsat i de oprindelige traktater. Senere traktatændringer, som for eksempel Maastrichttraktaten, Amsterdam-traktaten og Nice-traktaten er inkorporeret via ændringer i tiltrædelsesloven.[18] En bestemmelse i EF-traktaten er således umiddelbart anvendelig, hvis den er præcis og ubetinget.[19]

2.3.1.1.2 Direktivniveau

Direktiver skal, i modsætning til forordninger, som udgangspunkt altid inkorporeres, jf. TEF art. 249. De er derfor ikke umiddelbart anvendelige, men kan, som ovenfor nævnt, godt tænkes at have direkte virkning.[20] Da Danmark overskred implementeringsfristen for persondatadirektivet, havnede man i denne situation. Persondatadirektivet var ikke umiddelbart anvendeligt i Danmark, men det havde direkte virkning, fordi implementeringsfristen var overskredet.

Som udgangspunkt er direktiver særligt egnede i de tilfælde, hvor målet *ikke* er at skabe en identisk retsstilling i medlemsstaterne, men alene at tilnærme retsstillingen eller med andre ord at *harmonisere* den. Direktivformen gør det muligt for medlemsstaterne at indarbejde direktiverne i de nationale love, således at nationale lovgivningstraditioner forsat kan opretholdes. Yderligere overlader direktiver ofte medlemsstaterne valgmuligheder mellem forskellige bestemmelser eller skøn til at vedtage passende regler. Valgmuligheder og/eller skøn indarbejdes ofte i direktiver, hvor medlems-

17 Lov nr. 447 af 11. oktober 1972.

18 Inkorporeret ved henholdsvis Lov nr. 281 af 28. april 1993, Lov nr. 322 af 6. juni 1998 og Lov nr. 499 af 7. juni 2001. Wegener, a. st., s. 227f.

19 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 175.

20 Wegener, a. st., s. 228.

staterne har lagt særlig vægt på at kunne opretholde deres hidtidige retsstilling, og hvor det ikke er absolut nødvendigt af hensyn til realiseringen af Traktatens målsætning, at medlemsstaternes lovgivning er uniform. Direktiverne giver således en vis fleksibilitet både politisk og retligt. Det er dog altid langt fra, at denne fleksibilitet udnyttes i praksis. Mange direktiver er detaljerede i en sådan grad, at der ikke overlades medlemsstaterne noget valg eller skøn. Implementeringen vil i disse tilfælde ske ved, at direktivteksten skrives ind i national lov. I disse tilfælde adskiller direktiverne sig reelt ikke fra forordninger bortset fra, at direktiver altid skal implementeres, mens forordninger som udgangspunkt aldrig må blive det.[21] Selvom medlemsstaterne efter TEF art. 249, stk. 3, har en vis frihed ved valg af implementeringen, og at Domstolen har bekræftet denne valgfrihed ved blandt andet at understrege, at gennemførelsen ikke nødvendigvis skal ske ved lovgivning eller ved ordret gengivelse af direktivets ordlyd, er denne frihed ikke absolut. Domstolen har opstillet visse grundlæggende betingelser, der skal være opfyldt, for at implementeringen er korrekt.[22]

Disse betingelser er for det *første* en klar og utvetydig retstilstand,[23] og for det *andet* at reglerne skal være bindende (skabe en sikker retstilstand).[24] For det *tredje* skal medlemsstaterne efter implementeringen sikre effektive sanktioner ved overtrædelse af direktivets regler.[25] For det *fjerde* skal implementeringen ske inden for den i direktivet fastsatte implementeringsfrist, og endelig for det *femte* vil det, i de tilfælde, hvor retstilstanden i en medlemsstat i forvejen er i overensstemmelse med direktivet, ikke være nødvendigt at foretage nogen implementering, forudsat at de ovennævnte krav mv. er opfyldt.[26]

Det er dermed ikke fuldstændigt overladt til medlemsstaterne at implementere direktiverne. Kommissionen fører kontrol med, at

21 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 113f.

22 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 114, ligeledes Wegener, a. st., s. 228 og Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 180.

23 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 114.

24 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 115.

25 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 116. Domstolen har i denne forbindelse understreget, at TEF art. 10 indebærer, at de sanktioner, der knyttes til implementeringen, dels skal være ligeværdige, dels skal være effektive, således at de har den nødvendige gennemslagskraft og virker afskrækkende over for den, der pålægges pligter, og dels skal være proportionelle, idet en godtgørelse skal stå i et rimeligt forhold til skaden. En håndhævelse forudsætter desuden, at den, der indrømmes visse rettigheder, har mulighed for at få disse gennemtvunget.

26 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 117.

implementeringen gennemføres korrekt. Denne kontrol er blevet effektiviseret ved, at man i nogle direktiver foreskriver, at medlemsstaterne skal meddele Kommissionen, hvordan implementeringen er sket.[27]

2.3.1.2 Direkte virkning

Spørgsmålet om fællesskabsrettens *direkte virkning* i medlemsstaterne angår mulighederne for ved nationale domstolen at gøre rettigheder og pligter gældende, som støttes på fællesskabsretten. Spørgsmålet kan rejses i *vertikal* henseende, dvs. med hensyn til mellemværender mellem en borger og vedkommende nationalstat. Det kan videre drøftes *horisontalt*, dvs. vedrørende borgerne indbyrdes.

2.3.1.2.1 Traktatniveau

Når man taler om direkte virkning i *vertikal* henseende på *traktatniveau* er Domstolens afgørelse i *Van Gend en Loos*[28] en *milepæl*. Det fremgår af dommen, at traktatbestemmelser under visse betingelser antages at kunne hjemle borgerne i medlemsstaterne *rettigheder* over for disse, som *uden videre* lader sig håndhæve ved nationale domstole. Traktaten er – i modsætning til folkeretlige aftaler i almindelighed efter dansk ret – efter omstændighederne *self-executing*. I Domstolens senere praksis er denne linje forsat med stillingtagen til, om en lang række andre traktatbestemmelser har direkte virkning. Domstolen har i denne forbindelse navnlig beskæftiget sig med følgende:

- om den pågældende traktatbestemmelser er så *klar og præcis*, at den er egnet til anvendelse ved en national domstol
- om bestemmelsen skaber *en uberettiget forpligtelse*
- om denne forpligtelse er *fuldstændig*, dels i den forstand, at dens gennemførelse ikke kræver yderligere foranstaltninger fra fællesskabsmyndighedernes eller medlemsstaternes side, dels derved at der ikke gives disse valgmuligheder eller plads for skønsudøvelse.[29]

---

27 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 118.

28 Dom af 5. februar 1963 i Sag 26/62 N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming *van Gend & Loos* mod Den nederlandske Finansforvaltning, Saml. 1954-64, s. 375.

29 Wegener, a. st., s. 230, ligeledes Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 131.

Hovedvægten lægges således på klarhed og præcision og på fraværet af spillerum, især for de nationale myndigheder. Det er vigtigt at være opmærksom på, at kriterierne ikke skal forstås fuldkommen bogstaveligt, men at der tværtimod efter Domstolens praksis er en vis elasticitet i bedømmelsen. Det antages eksempelvis ikke i sig selv at udelukke direkte virkning, at en bestemmelse indeholder vage og upræcise begreber eller i øvrigt er vanskelig at fortolke. Falder vurderingen på grundlag af kriterierne positivt ud, tillægges bestemmelsen direkte virkning, såfremt det kan antages, at denne sigter mod at skabe rettigheder for borgerne.[30]

Domstolen har også taget stilling til den *horisontale* relation og altså dermed til, om traktatbestemmelser kan have direkte virkning i det indbyrdes forhold mellem borgerne i medlemsstaterne, således at disse tillægges korresponderende rettigheder og forpligtelser. I nogle relationer er dette forhold oplagt. Et eksempel er de grundlæggende konkurrenceregler i TEF art. 81 og 82. Domstolen er imidlertid gået et skridt videre og har blandt andet antaget, at bestemmelsen i TEF art. 141, stk. 1, retter sig efter ordlyden alene mod medlemsstater, om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde kunne gøres gældende af en kvindelig ansat i en sag ved en national domstol.[31]

2.3.1.2.2 Direktivniveau

Efter TEF art. 249 er *direktiver* adresseret til medlemsstaterne og (i princippet) alene(-)bindende med hensyn til det tilsigtede mål. Derfor er det nærliggende at antage, at direktivbestemmelser – ud over ikke at være umiddelbart anvendelige – heller ikke kan tillægges direkte virkning. Efter Domstolens praksis er denne antagelse imidlertid uholdbar. Dette sås første gang i *van Duyn*,[32] hvor Domstolen tillagde direktiver direkte virkning i den *vertikale* relation.

Van Duyn var en hollandsk statsborger, som var rejst til Storbritannien med henblik på at tiltræde en stilling som sekretær ved Scientology-kirken. Samme dag, som hun ankom til landet, blev hun udvist under henvisning til, at

30 Wegener, a. st.

31 Den første dom var dom af 8. april 1976 i Sag 43/75 Gabrielle *Defrenne* mod Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Saml. 1976, s. 455. Domstolen har fastholdt dette i talrige senere afgørelser. Wegener, a. st.

32 Dom af 4. december 1974 i Sag 41/74 Yvonne *van Duyn* mod Home Office, Saml. 1974, s. 1337.

> den engelske regering havde tilkendegivet, at den betragtede kirkens virksomhed som skadelig for samfundet. Da van Duyn var arbejdstager, mente hun, at udvisningen var i strid med EØFT art. 39 (TEF art. 48). Under den efterfølgende sag var spørgsmålet, om der forelå en gyldig grund til udvisningen, idet Traktaten tillod en undtagelse fra EØFT art. 39, hvor dette var begrundet i hensynet til den offentlige orden. Ifølge direktiv 64/221 art. 3, stk. 1, kan medlemsstaterne alene påberåbe sig hensynet til den offentlige orden, hvor det udelukkende er støttet på den pågældende persons personlige forhold.

Domstolen skulle således tages stilling til, om denne direktivbestemmelse havde direkte virkning. Domstolen mente, at dette var tilfældet. For det *første* afviste Domstolen, at der kunne sluttes modsætningsvis fra TEF art. 249. Det forhold, at forordninger kan have direkte virkning, udelukker ikke, at direktiver også kan have det. Domstolen henviste til, at direktivers nyttevirkning vil blive formindsket, såfremt de aldrig kan påberåbes umiddelbart af borgerne. Domstolen mente endvidere, at forelæggelsesmuligheden i TEF art. 234 forudsætter, at direktiver kan påberåbes af private ved de nationale domstole.[33] Domstolens argumentation synes således overvejende at være støttet på ønsket om at sikre EU-rettens gennemslagskraft og effektivitet. I senere afgørelser har Domstolen anført det yderligere argument, at medlemsstaternes manglende opfyldelse af implementeringsforpligtelsen ikke skal indebære, at de slipper for forpligtelser indeholdt i et direktiv. Hvis dette ikke var tilfældet, ville medlemsstaterne kunne lukrere på deres egen passivitet eller mangelfulde implementering.[34]

I senere afgørelser har Domstolen fastslået, at direktiver ikke kan pålægge private forpligtelser, og dermed altså ikke kan tillægges direkte virkning i den *horisontale* relation. Dette skete første gang med afgørelsen i *Marshall*-sagen,[35] hvor Domstolen, med hensyn til det i sagen fremsatte argument om, at et direktiv ikke kan gøres gældende over for en privat, bemærkede følgende: *"ifølge traktatens artikel 189 [TEF 249] består et direktivs bindende karakter, som er grundlaget for at støtte ret på det ved en national ret, kun i forhold til 'enhver Medlemsstat, som det rettes til'. Heraf følger, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke*

---

33 Sag 41/74, pr. 12.

34 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 134f. og ligeledes Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 181.

35 Dom af 26. februar 1986 i Sag 152/84 M. H. *Marshall*, Saml. 1986, s. 737.

som sådan kan påberåbes over for sådanne personer."[36] Domstolen har fastholdt denne opfattelse i senere afgørelser.[37] En accept af horisontal direkte virkning ville føre til en udviskning af forskellene mellem forordninger og direktiver.[38]

2.3.1.3 Forrang

Det var på et meget tidligt stadie i EU-rettens historie, at Domstolen fastslog, at fællesskabsretten havde forrang for national ret. Dette skete i 1962 i *Costa v. ENEL*[39], hvor Domstolen slutteligt i dommen opsummerer retsstillingen således:

> *"at den af traktaten affødte ret, der hidrører fra en autonom retskilde, på grund af sin selvstændige natur retsligt må gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse, idet den ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ville blive bragt i fare".*

Ifølge *EU-ret, 4. udg.* begrundes forrangen i den første dom *"dels med, at den er et korrelativ ... til integration af fællesskabskilder i national ret, dels med at medlemslandene ikke ensidigt kan sætte sig ud over et system, de på gensidig basis er gået ind i".*[40]

I dommen fastslår Domstolen et generelt princip om EU-rettens forrang frem for national ret.[41] Afgørelsen er særligt begrundet i ønsket om at sikre EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse i medlemsstaterne. Hvis denne forrang ikke gjaldt, ville Traktaten og EU-retsakterne have forskellig virkning i medlemsstaterne, idet de ville være anvendelig i nogle medlemsstater, mens de skulle vige for modstridende nationale regler i andre. Denne retsstilling betragter Domstolen som uacceptabel, idet resultatet ville være en forskelsbe-

---

36 Sag 152/84, pr. 48.

37 Blandt andet kan nævnes Dom af 14. juli 1994 i Sag C-91/92, Dori, Dom af 7. marts 1996 i Sag C-192/94, El Corte Inglés, Dom af 5. oktober 2004 i Forenede sager C-397/01 - 403/01, Pheiffer og endelig Dom af 3. maj 2005 i Forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi. Der er henvist til disse nyere afgørelser hos Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 186f.

38 Wegener, a. st., s. 233.

39 Dom af 15. juli 1964 i Sag 6/64 Flaminio *Costa mod ENEL*, Saml. 1954-1964, s. 531.

40 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 118.

41 Nærværende afsnit beskæftiger sig ikke med spørgsmålet, om de nationale domstole er parate til at acceptere forrangsprincippet.

handling af medlemsstaternes statsborgere, jf. henvisningen til TEF art. 12.[42] Domstolen benyttede sagen til for første gang at fastslå, at fællesskabsretten er en principielt anden slags ret end folkeret med forrang for national ret. Domstolen nøjedes ikke med at afvise den dualistiske teori[43] om forholdet mellem folkeret og national ret, men valgte at karakterisere fællesskabsretten som en tredje slags ret.[44]

Den ovenfor omtale afgørelse i Costa v. ENEL drejede sig om traktatbestemmelser. I senere sager har Domstolen taget stilling til en række andre situationer. Herefter er det Domstolens opfattelse, at i hvert tilfælde bindende EU-retlige regler med direkte virkning har forrang. Dette drejer sig om tilstrækkeligt præcise traktatbestemmelser, forordninger, tilstrækkeligt præcise direktivbestemmelser i forhold til det offentlige og beslutninger.[45]

Forrangsprincippet vil blive kodificeret efter art. I-5a, når forfatningstraktaten træder i kraft. Bestemmelsen fastslår kort, at forfatningen og den sekundære EU-ret har forrang frem for medlemsstaternes ret. I en erklæring til slutakten fastslår konferencen, at bestemmelsen afspejler Domstolens eksisterende praksis. Bestemmelsen tilsigter således ikke at ændre retsstillingen.[46]

På det persondataretlige område medfører forrangsprincippet således, at persondatadirektivet har forrang for den danske persondatalov. Dette gælder dermed også i forhold til det proportionalitetsprincip og det krav om nødvendighed, som er indeholdt i henholdsvis direktiv og national lov.

2.3.1.4 Præjudicielle forelæggelser

Tvister mellem borgerne i medlemsstaterne og tvister mellem borgere og nationale myndigheder kommer således ikke direkte til afgørelse ved EF-Domstolen, men de behandles ved nationale fora, selvom de nødvendiggør anvendelse af fællesskabsret. Hvis de nationale domstole i sager af den nævnte art suverænt kunne fastlægge forståelsen af fællesskabsrettens indhold, ville konsekvensen heraf formentlig uden videre være den, at der ville være lige så mange opfattelser af gældende ret, som der er medlemsstater i Fællesskabet.

---

42 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 165. Princippet er senere blevet udbygget med Domstolens afgørelse i *Simmenthal*.

43 Se yderligere om forholdet mellem monistisk og dualistisk teori nedenfor i afsnit 2.3.2, s. 64.

44 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 196.

45 Neergaard, Ulla m.fl., a. st., s. 197.

46 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 169.

Med henblik på at udelukke denne for Fællesskabets virke meget uheldige mulighed og tvært imod sikre en ensartet fortolkning af fællesskabsretten inden for hele Fællesskabets område, har Domstolen ved den praktisk overordentlige betydningsfulde bestemmelse i TEF art. 234 fået til opgave at virke som øverste autoritative fortolker af fællesskabsretten i forhold til de nationale domstole.[47]

I forhold til de sager som er gennemgået ovenfor i afs. 7.4.2 til afs. 7.5 er det karakteristisk for dem alle, at der er tale om præjudicielle forelæggelser. De præjudicielle forelæggelser har hjemmel i TEF art. 234, som har følgende ordlyd:

> *"Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål:*
> *a) om fortolkningen af denne traktat*
> *b) om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner og ECB*
> *(...) Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en af Medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.*
> *Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig til at indbringe sagen for Domstolen."*

Lidt forenklet udtrykt kan man sige, at bestemmelsen opfylder to formål. For det *første* kompenserer bestemmelsen på en vis måde for privates manglende søgsmålsret ved EF-Domstolen, og for det *andet* sikres det, at der kun er en retsinstans, der fortolker Traktaten samt de retsakter, der er udstedt i medfør af denne.[48]

Når en national domstol forelægger EF-Domstolen et præjudicielt spørgsmål, tager denne stilling til det pågældende spørgsmål og giver den nationale ret svar på dette. Svaret udtrykker Domstolens opfattelse af, hvorledes fællesskabsretten i den adspurgte henseende skal forstås eller burde have været forstået. Svaret er bindende for den nationale domstol. Det tilkommer imidlertid den nationale domstol – som det var tilfældet i ÖRF[49] – at afgøre den konkrete sag, eller sagt anderledes, at anvende fællesskabsretten med det tilkendegivne indhold på det foreliggende faktum. Spørgsmålet om for-

47 Wegener, a. st., s. 192.
48 Engsig Sørensen m.fl., a. st., s. 201.
49 For en fuldstændig henvisning se note 461, s. 255. Dommen er indgående behandlet i afs. 3.7.5.1, s. 255ff.

ståelse af fællesskabsretten siges at være *præjudicielt*, fordi dets løsning er en nødvendig forudsætning for afgørelsen vedrørende det i selve hovedsagen foreliggende problem.[50] Domstolen har pligt til at besvare stillede spørgsmål, dog forudsat at disse er formuleret på en sådan måde, at de kan være genstand for en abstrakt fortolkning. Med henblik på afgørelsen af den nationale sag skal der imidlertid foreligge et objektivt behov for fortolkning af fællesskabsretten. Efter Domstolens praksis er det derfor en forudsætning, at der efter spørgsmålene og de meddelte oplysninger er mulighed for overhovedet at give et meningsfyldt svar, som netop vedrører fortolkning af EU-retten og ikke af national ret, ligesom det kræves, at spørgsmålene ikke er uden enhver betydning for sager, som verserer ved den nationale domstol. Domstolens opgave er alene at forholde sig til fortolkningen, respektive fortolkningen og gyldigheden eller anvendeligheden af en national retsakt, der strider mod fællesskabsretten. Efter TEF art. 234 må der sondres mellem den generelle tolkning af fællesskabsretten, som eksklusivt er en opgave for Domstolen, og subsumptionen af de konkret foreliggende sagsforhold under de givne regler med det af Domstolen fastslåede indhold, som eksklusivt er en opgave for den nationale ret. Den opfattelse af EU-rettens indhold, som Domstolen udtrykker i sin dom, er bindende for den nationale ret og for mulige overinstanser. De nationale retter har således pligt til at lægge den pågældende opfattelse til grund for deres afgørelser. I praksis er det ofte vanskeligt at skelne skarpt mellem generel tolkning og konkret subsumption. Dette betyder, at Domstolens stillingtagen ofte reelt afgør den konkrete sag. Videre må afgørelsen antages at have præjudikatvirkning i den forstand, at nationale domstole i fremtidige lignende sager har pligt til at lægge den tilkendegivne retsopfattelse til grund.[51]

I forholdet til udfyldningen af nødvendighedskravet er det således centralt, at den fortolkning, som EF-Domstolen er kommet med i alle de gennemgåede præjudicielle sager, udelukkende er abstrakt, således at den principielt ikke forholder sig til den verserende nationale sag. Dette forhold understreges i Göta Hovrätts behandling af EF-Domstolens svar på de stillede præjudicielle spørgsmål i den nedenfor behandlede Lindquist-afgørelse.[52]

På det tidligere gældende registerretlige område findes der stort set ingen afgørelser fra domstolene. Indtil videre er dette heller ikke

50 Wegener, a. st., s. 192f. og Gulman m.fl.: EU-ret, 3. udg. s, 297.
51 Wegener, a. st., s. 195f. og Gulman m.fl., a. st., s. 301 og 305.
52 Se nedenfor afs. 3.7.5.2.7, s. 271f.

tilfældet på det dataretlige område. I forbindelse med de præjudicielle forelæggelser bliver spørgsmålet således, om Datatilsynet vil kunne betragtes som *en ret i en medlemsstat*. I Danmark er det oplagt, at såvel de ordinære som de ekstraordinære retter omfattes af begrebet. Det er også givet, at almindelige forvaltningsorganer, som f.eks. ministerier og centrale styrelser, falder udenfor og således ikke har mulighed for at benytte sig af forelæggelsesmuligheden.[53] Ifølge Wegener skal det pågældende organ naturligvis være (organisatorisk) udenforstående i forhold til den myndighed, som har truffet den afgørelse, der er genstand for den foreliggende tvist.[54] Dette er umiddelbart ikke tilfældet for Datatilsynet, og det formodes derfor, at tilsynet ikke kan forlægge præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af persondatadirektivet for EF-Domstolen. Umiddelbart vil dette forhold medføre, at der er en meget lille sandsynlighed for, at der direkte vil blive indbragt et præjudicielt spørgsmål vedrørende f.eks. den særegne danske oplysningskategori i persondatalovens § 8 for Domstolen. Forholdet vil videre medføre, Danmark må indstille sig på, at det er de andre lande i Fællesskabet, som stiller de præjudicielle spørgsmål, og at Danmark udelukkende ad denne vej må forsøge at indrette den danske persondatalovgivning på den tolkning, som kommer fra EF-Domstolen.

2.3.1.5 Medlemsstaternes pligt til EU-konform fortolkning

Pligten til EU-konform fortolkning er blevet et overordnet fortolkningsprincip, som i vidt omfang kan udfylde de *huller* i EU-rettens gennemslagskraft, som måtte være tilbage efter reglerne om umiddelbar anvendelighed, direkte virkning og forrang. Ved konflikt mellem en bindende, ikke direkte anvendelig fællesskabsregel og national ret har den nationale dommer i hvert fald pligt til at benytte de nationale fortolkningsskøn fuldt ud for at skabe normharmoni, om fornødent ved at ændre og omfortolke hidtidige opfattelser af national ret. [55]

Efter Domstolens praksis følger det af solidaritetsprincippet i TEF art. 10 og af TEF art. 249, stk. 3, at nationale myndigheder, herunder nationale domstole, har pligt til *direktivkonform* fortolkning og anvendelse af nationale regler, også i tilfælde hvor et direktiv ikke

53 Gulman, m.fl.: a. st., s. 293f.
54 Wegener, a. st., s, 193.
55 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 189f.

har direkte virkning.[56] Fortolkningsforpligtelsen blev første gang fastslået i *von Colson*.[57]

Von Colson og en anden kvindelig socialrådgiver havde søgt arbejde ved et fængsel forbeholdt mandlige indsatte. Fængselsmyndighederne foretrak imidlertid mandlige ansøgere, selv om de var mindre kvalificerede. Von Colson anlagde herefter sag ved de tyske domstole sammen med sin kollega. De mente, at der var tale om forskelsbehandling i strid med EU-retten. Det blev lagt til grund, at der var tale om forskelsbehandling, og spørgsmålet under sagen var, hvilken erstatning de to kvinder havde krav på. Udgangspunktet efter tysk ret var, at de alene havde krav på negativ kontraktinteresse, svarende til udgiften til brevpapir, frimærke mv. Under sagen blev det oplyst, at tysk ret efter omstændighederne kunne fortolkes således, at de almindelige erstatningsretlige grundsætninger i tysk ret kunne finde anvendelse. Dette gav mulighed for at indrømme en højere erstatning.

Den tyske domstol forelagde en række spørgsmål for Domstolen, som vedrørte fortolkningen af direktiv 76/207 om gennemførelse af princippet om ligebehandling. Domstolen blev således anmodet om at tage stilling til, om direktivet stillede krav vedrørende de sanktioner, medlemsstaterne skulle fastsætte for overtrædelse af ligestillingsprincippet. Domstolen konstaterede at direktivet overlader det til medlemsstaterne at træffe passende sanktioner, der er tilstrækkeligt effektive til at sikre opfyldelsen af direktivets formål. Domstolen fastslog dog, at medlemsstaterne ved valg af deres sanktioner skulle sikre en faktisk og effektiv beskyttelse, som havde en reel afskrækkende virkning over for arbejdsgiverne. En sanktion, som bestod i en rent symbolsk godtgørelse, opfyldte ikke disse krav. Hvis tysk ret alene gav mulighed for negativ kontraktinteresse, betød dette, at der ikke forelå korrekt implementering.

Herefter var spørgsmålet, hvilken virkning direktivet skulle tillægges under sagen. Direktivet var ikke tilstrækkeligt præcis til, at det på dette punkt havde direkte virkning, og direktivet kunne således ikke påberåbes direkte til støtte for en højere erstatning. Domstolen påpegede derimod, at den tyske domstol havde pligt til så vidt muligt at fortolke tysk ret, så retsstillingen blev direktivkonform. Domstolen anførte således:

"Imidlertid skal det fastslås, at den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af traktatens art. 10 til at træffe

---

56 Wegener: Juridisk metode, s. 235f.

57 Dom af i Sag 14/83 Sabine *von Colson* og Elisabeth Kamann mod Land NordrheinWestfalen, Saml. 1984, s. 1891. Domstolen afsagde dom i en næste tilsvarende sag i 1984, nemlig Sag 79/83, Dorit Harz mod Deutsche Tradax GmbH, Saml. 1984, s. 1921.

alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at ved anvendelse af national ret, især bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens art. 249, stk. 3."[58]

Domstolen opsummerer sluttelig fortolkningsforpligtelsen således, at *"Det tilkommer den nationale domstol, under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav."*[59]

Domstolen forpligtede således alle myndigheder til så vidt muligt at fortolke national ret direktivkonformt. Forpligtelsen medfører, at private i retssager kan stilles, som om direktivet havde været implementeret eller havde haft direkte virkning. Pligten til EU-konform fortolkning er særlig relevant i de tilfælde, hvor en medlemsstat har forsøgt implementering, men hvor denne ikke er sket korrekt. Pligten består dog også i sager, hvor der slet ikke er gjort noget forsøg på implementering. Dette blev fastslået i Marleasing,[60] hvor Domstolen med en henvisning til von Colson yderligere fastslår, at det af dommen: *"følger, at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med Traktatens artikel 189, stk. 3 [TEF art. 249, stk. 3]"*.[61]

Pligten til EU-konform fortolkning er kun relevant, hvor de pågældende direktivbestemmelser ikke har direkte virkning og dermed ikke i sig selv sikrer de berettigede deres retsstilling. Forpligtelsen er derfor relevant i de tilfælde, hvor en direktivbestemmelse måske ikke i sig selv er tilstrækkelig præcis og ubetinget, men hvor den dog er klar nok til at angive det mål, som medlemsstaterne skal nå. Pligten til EU-konform fortolkning er yderligere relevant, hvor et direktiv ikke har direkte virkning, fordi det sørger at pålægge private pligter (horisontale relation).[62]

Ifølge *EU-ret, 4. udg.* gælder pligten til konform fortolkning såvel

58 Sag 14/83, pr. 26.
59 Sag 14/83, pr. 28 in fine.
60 Dom af 30. november 1990 i Sag C-106/89 *Marleasing* SA mod Comercial Internacional de Alimentacion SA, Saml. 1990, s. 4135ff.
61 Sag C-106/89, pr. 8.
62 Engsig Sørensen m.fl.: EU-retten, 3. udg., s. 145.

i sager mellem private indbyrdes, som i sager en privat anlægger mod det offentlige. Dette udgangspunkt accepteres af forfatterne med følgende, berettigede, undren: *"I betragtning af, hvor omdiskuteret direktivers mulige direkte virkning over for private har været, er det påfaldende, at den indirekte virkning i form af pligt til EU-konform fortolkning uden videre blev antaget at være den samme."*[63]

Pligten til EU-konform fortolkning rækker således ikke videre end en pligt til at fortolke direktivkonformt, i det omfang det kan lade sig gøre inden for det nationale fortolkningsskøn. Det er op til den nationale dommer af afgøre, om det er muligt i henhold til de nationale fortolkningsregler at nå det direktivkonforme resultat, da Domstolen ikke vil blande sig i dette spørgsmål.[64] *Wegener* behandler udstrækningen af pligten til EU-konform fortolkning mere indgående. Der sondres således mellem tre forskellige typiske situationer, hvor den *første* vedrører den situation, hvor et direktiv er gennemført rettidigt og korrekt. Her vil de nationale tolkningsproblemer være sammenfaldende med tolkningsproblemerne i direktivet. Tolkningsspørgsmål må således forelægges EF-Domstolen efter TEF art. 234. I den *anden* situation forudsættes direktivet rettidigt, men mangelfuldt, gennemført. Der kan således påvises divergenser mellem national ret og direktivbestemmelserne. I det omfang de pågældende bestemmelser har direkte (vertikal) virkning, må de nationale myndigheder først ved fortolkning søge at skabe overensstemmelse. Hvis dette ikke er muligt, er det Domstolens opfattelse, at de nationale regler skal tilsidesættes til fordel for de fællesskabsretlige. Der foreligger dermed et spørgsmål om fællesskabsrettens forrang. Hvis direktivbestemmelserne ikke har direkte virkning, hvad enten det skyldes mangel på præcision eller ubetingethed, eller at spørgsmålet foreligger i horisontal henseende, må den nationale domstol tilsvarende først på fortolkningsmæssigt grundlag søge at tilvejebringe harmoni mellem de to regelsæt. I praksis vil dette i vid udtrækning sandsynligvis være muligt. Det er imidlertid en forudsætning, at den nationale regel er tilgængelig for fortolkning, og at tolkningen ligger inden for rimelighedens grænser (inden for rammerne af sædvanligt tolkningsmæssigt skøn). Ifølge Wegener kan *manifeste uoverensstemmelser af substantiel karakter* ikke løse på denne måde. Derfor består der ingen pligt for danske domstole til efter dansk ret at tolke mod dansk lovgivning.[65] Dette for-

63 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 192.

64 Engsig Sørensen m.fl.: EU-retten, 3. udg., s. 145f., ligeledes Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 193f.

65 Wegener, a. st., s. 237f.

hold blev fastslået af Domstolen i Faccini Dori-sagen,[66] hvori Domstolen afklarede den tvivl, om hvor langt Domstolen ville gå, som opstod efter Marleasing-dommen, hvor det så ud til, at Domstolen ville kræve en EU-konform fortolkning, som gik ud over det nationale fortolkningsskøn (contra legem). I Faccini Dori fastslår Domstolen, *"at den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3*[art. 249, stk. 3]."[67] Af hensyn til den nationale lovgivningsmagt må problemet løses ved en ændring af gennemførelseslovgivningen. Den *tredje* situation vedrører de tilfælde, hvor direktivet ikke er eller ikke rettidigt er gennemført, og hvor der er uoverensstemmelser med ældre national lovgivning. Løsningen vil i dette tilfælde følge den ovenfor skitserede. Direktivbestemmelserne kan således få en vis horisontal direkte virkning i den anden og tredje situation. Denne virkning adskiller sig dog klart fra den egentlige direkte virkning, derved at det ved den egentlige direkte virkning er fællesskabsretten, der udgør det bærende retsgrundlag. I forhold til *horisontal direkte virkning* er det bærende retsgrundlag derimod den nationale ret med fællesskabsretten som mere eller mindre tungtvejende fortolkningsfaktor. Det påpeges afslutningsvist af *Wegener*, at den reelle forskel i fællesskabsrettens gennemslagskraft efter omstændighederne vil være forsvindende lille.[68]

I en nyere afgørelse har Domstolen konkretiseret indholdet af kravet om EU-konform fortolkning. Som begrundelse for pligten henviser Domstolen til, at *"Kravet om ensartet fortolkning af national lovgivning er uadskilleligt forbundet med traktatens system, idet traktaten giver den nationale ret mulighed for inden for rammerne af sin kompetence at sikre sig fællesskabsrettens fulde virkning, når den afgør den tvist, der er indbragt for den."*[69]

---

66 Dom af 14. juli 1994 i Sag C-91/92 Paola *Faccini Dori* mod Recreb Srl., Saml 1994, s. 3325.

67 Sag C-91/92, pr. 26 in fine.

68 Wegener, a. st., s. 238.

69 Forenede sager C-397/01-C-403/01, Pheiffer, pr. 114. For en fuldstændig henvisning se note 37, s. 55.

2.3.2 *Forholdet mellem folkeret og national ret*

I denne afhandlings sammenhæng vil folkeretten primært være karakteriseret ved EMRK, men den ovenfor omtalte Europarådskonvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk behandling af personoplysninger vil også være en del af folkeretten. I forhold til EMRK er det i og for sig bemærkelsesværdigt, at Danmark var medunderskriver af konventionen og foretog ratifikation i 1953, hvorimod inkorporeringen i dansk ret først skete i 1992.[70] Forholdet mellem folkeret og national ret har altid været et af folkerettens kernespørgsmål. Folkeretsteoretikere har været delt i to lejre: de såkaldte *monister*, der fremhæver enheden og sammenhængen mellem det folkeretlige system og de nationale systemer, og de såkaldte *dualister*, der understreger de grundlæggende forskelle mellem det folkeretlige system og de nationale systemer. Det meste af diskussionen har været retsfilosofisk og har taget udgangspunkt i spørgsmålet om, hvad man kan udlede af folkerettens begreb. Diskussionen er uden særlig betydning for en beskrivelse af gældende folkeret.[71]

Udgangspunktet er, at folkeretten stiller et almindeligt krav om, at staterne loyalt opfylder deres folkeretlige forpligtelser uanset grundlag for disse, jf. Traktatkonventionens art. 26.[72] Den heri indeholdte grundsætning om pacta sunt servanda, suppleres af konventionens art. 27, hvorefter en stat ikke må påberåbe sig bestemmelser i den nationale retsorden til retfærdiggørelse af sin undladelse af at opfylde en traktat.[73] Hvordan opfyldelsen nærmere skal ske beror i første række på indholdet af de folkeretlige regler, der er tale om. Det har sædvanligvis afgørende betydning, om det er meningen, at disse skal have interne virkninger i de pågældende stater i den forstand, at de berører retsforholdet mellem borgerne indbyrdes eller mellem disse og offentlige myndigheder eller, modsat, om sådanne virkninger ikke tilstræbes. I bekræftende fald må de enkelte stater på en eller anden måde drage omsorg for, at dette virkeliggøres.[74]

---

70 Ved lov nr. 285 af 29. april 1992 og senest ændret ved lov nr. 750 af 19. oktober 1998.

71 Den har dog haft en vis praktisk betydning på den måde, at den har haft indflydelse ved valget i en række stater af den forfatningsretlige regulering af spørgsmålet om, hvordan folkeretten gøres til en bestanddel af national ret.

72 Bestemmelsen har følgende ordlyd: *"Enhver ikraftværende traktat er bindende for dens deltagere og skal opfyldes af dem i god tro."*

73 Gulmann, m.fl.: Folkeret, s. 77, ligeledes Wegener, a. st., s. 156.

74 Gulmann, m.fl., a. st., s. 78f. og ligeledes Wegener, a. st., s. 157.

Folkeretten stiller som udgangspunkt ikke bestemte krav til den måde, opfyldelsen af folkeretlige forpligtelser sker på. Det er nok, at de folkeretlige regler respekteres i national ret, dels i den konkrete retsanvendelse, dels således at den nationale retsorden ikke afviger fra de folkeretlige regler, såkaldt løbende opfyldelse. Medens folkeretten alene fordrer løbende opfyldelse, stiller sagen sig noget anderledes, når man ser på, hvorledes de enkelte staters forfatninger eller forfatningsmæssige praksis behandler opfyldelsesspørgsmålet. Forskellene er her betydelige. I nogle landes forfatninger findes bestemmelser, hvorefter traktatbaserede folkeretlige regler, i hvert fald når de er offentliggjort, uden videre bliver en del af national ret. Der tales i sådanne tilfælde om automatisk eller generel inkorporering og om, at de pågældende stater anvender en *monistisk* model i forhold til opfyldelsen.[75] I andre stater er udgangspunktet det modsatte. Er der ikke allerede overensstemmelse mellem national ret og traktatreglerne, og skal disse have virkning i de enkelte lande, forudsætter dette udfærdigelse af en generel national retsakt herom. Denne kan have form enten af en udtrykkelig godkendelse af optagelsen af de folkeretlige regler i national ret eller en af en omskrivning af disse til nationale regler. Fremgangsmåden kaldes speciel inkorporering eller omskrivning, og de pågældende stater ses for så vidt angår opfyldelsen som tilhængere af en *dualistisk* model.[76] Noget kunne dog tyde på, at den dualistiske teori er under opblødning i Danmark.[77]

75 Til denne gruppe hører blandt andet USA, Frankrig, Holland og Den Europæiske Union i det omfang denne har traktatkompetence.

76 Storbritannien, Tyskland og de nordiske lande hører blandt andet hjemme i denne kategori. Gulmann, m.fl., a. st., s. 80ff. og ligeledes Wegener, a. st., s. 157f. og Nielsen, Ruth m.fl.: Retskilder & retsteorier, s. 143.

77 Gennemgang af opblødningen i praksis findes hos Jonas Christoffersen: Folkerettens virkning i dansk ret i UfR 2001B.143 og Ole Spiermann: Højesterets anvendelse af folkeret i det 20. århundrede i Juristen 2001, s. 1. Dette forhold har specielt baggrund i, at EU som folkeretssubjekt benytter sig af monistisk teori. Integrationen af EU-ret i nordisk ret bidrager til, men ikke entydigt forklarer, en opblødning af den dualistiske teori. I modsætning til tidligere er folkeretten i dag kun én blandt flere internationale regelsæt, hvor af andre, især EU-retten, er integreret således i dansk ret, at der hverken EU-retligt eller nationalt levnes lovgiver en frihed svarende den, som oprindeligt sås i folkeretten. Det bliver i stigende grad tvivlsomt, om domstolene vil blive ved med at opretholde lovgivers frihed til på den danske scene selv at bestemme, om man vil overholde folkeretlige forpligtelser, som man har påtaget sig, eller om princippet om pacta sunt servanda er ved at blive en integreret del af intern dansk ret. Sammenfattende synes der at være enighed i teorien om, at folkeretten mindst har den virkning i national ret, der følger af, at fortolknings-, formodnings- og instruktionsreglen anvendes. Det, der er tilbage at være uenige om, er, om dansk ret eller

2.3.3 *Forholdet mellem EU-retten og EMRK*

Når EU-retten går ind og regulerer et retsområde, som også er reguleret efter EMRK, er det væsentligt at få behandlet, hvorledes de to retssystemer, så at sige, spiller sammen i disse tilfælde.

Den europæiske Unions forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention berøres i TEF art. 6, stk. 2 (TEU art. F), som har følgende ordlyd: *"Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af Medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten."* Dette betyder, at på de områder, hvor fællesskabsretten finder anvendelse, skal grundrettighederne, som udtrykt i EMRK og i medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner, derfor respekteres. Det følger heraf, at der i EU-spørgsmål vil kunne argumenteres ud fra EMRK's forskrifter om f.eks. ytringsfrihed, foreningsfrihed, beskyttelse af privat- og familieliv, ligesom også uskrevne principper i form af legalitets-, ligebehandlings- og proportionalitetsprincippet finder anvendelse.[78]

Nan Rasmussen og Schønberg giver udtryk for, at EF-Domstolens udvikling af en menneskerettighedsbeskyttelse kan deles op i *fire* faser:

I *den første fase* afviste Domstolen klart, at spørgsmål om fællesskabsrettens forenelighed med menneskerettighederne overhovedet kunne pådømmes af Domstolen. Dette skete i to sager fra 1959 og 1960 mellem de stærke karteller i Ruhr-området og EKSF-Kommissionen.[79] Kartellerne påberåbte sig visse *Grundrechte* i den tyske forfatning som værn imod konkurrencestimulerende indgreb fra Kommissionens side. Domstolen nægtede, at en fællesskabsinstitutions mulige krænkelse af menneskerettighederne kunne tages

---

folkeret har forrang for dansk forum i tilfælde, hvor uoverensstemmelser ikke kan fjernes ved hjælp af fortolknings-, formodnings- eller instruktionsreglen, og om folkeretten er tilstrækkelig som hjemmelsgrundlag for offentlige myndigheders handlinger, jf. Nielsen, Ruth m.fl., a. st., s. 144f.

78 Werlauff: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 22.

79 Dom af 15. februar 1959 i Sag 1/58 Friedrich *Stork* & Co. Mod Den Høje Myndighed For Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab og Dom af 17. juli 1959 i Forenede sager 36-38, 40 og 41/59 Societa Industriale Metallurgica di Napoli (Simet) – Meroni E C., Industrie Metallurgiche, Erba – Meroni E C., Industrie Metallurgiche, Milan – Fer.Ro (Ferriere Rossi) – Acciaierie San Michele Mod Den Høje Myndighed For Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab.

under pådømmelse i fællesskabsregi. En prøvelse kunne ske i henhold til national ret, men denne afviste Domstolen at anvende.[80]

Den anden fase ændrer dette udgangspunkt. I 1969/70 udtalte Domstolen, at fællesskabsretten beskytter grundlæggende rettigheder. Dette skete i *Stauder*-dommen,[81] hvor Domstolen i en erkendelse af, at det ovenfor omtalte udgangspunkt ikke længere var bæredygtigt, indledte en ny æra. Sagen omhandlede en tysk statsborger, som mente sine rettigheder ifølge den tyske Grundgesetz krænket, fordi han efter den tyske sprogversion af en kommissionsforordning var nødt til at afsløre sin fulde identitet for at kunne købe billigt overskudssmør i henhold til en ordning om salg heraf til pensionister og modtagere af visse andre typer af sociale ydelser. Domstolen fortolkede forordningen på den måde, at de tyske myndigheder ikke havde behøvet at stille krav om billede og CPR-nummer, og svarede derefter meget kort på det stillede præjudicielle spørgsmål om foreneligheden med menneskerettighederne, at *"således fortolket indeholder den omstridte bestemmelse intet, der kan tydes som en krænkelse af de personlige grundrettigheder, som er omfattet af fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, hvis overholdelse domstolen skal sikre"*.[82] Det blev hermed klart, at fællesskabsretten kunne bringes til at omfatte visse grundlæggende rettigheder med grundlag i almindelige retsgrundsætninger, og at Domstolen faktisk var villig til at foretage en efterprøvelse af disses overholdelse.[83]

I *Internationale Handelsgesellschaft*[84] udbyggede Domstolen dette standpunkt og funderede nogle af grundpillerne i en grundrettighedsbeskyttelse, som endnu var på et spinkelt stadium. Domstolen udtalte: *"En vurdering af gyldigheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter ud fra nationalretlige regler eller begreber ville skade fællesskabsrettens enhed og effektivitet; disse retsakters gyldighed kan kun bedømmes efter fællesskabsretten; dersom nemlig den af traktaten, dvs. af en autonom retskilde, flydende ret skulle vige for nationale retsregler, af hvad art disse end måtte være, vil den miste sin karakter af fællesskabsret, og det retlige grundlag for selve Fællesskabet ville blive bragt i fare: derfor påvirkes en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat ikke af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som de er*

80 Nan Rasmussen og Schønberg: EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret, s. 39.

81 Dom af 12. november 1969 i Sag 29/69 Erich *Stauder* mod byen Ulm, Sozialamt, Saml. 1969, s. 107.

82 Sag 29/69, pr. 7.

83 Nan Rasmussen og Schønberg, a. st., s. 40.

84 Sag 11/70. Se note 12, s. 352 for en fuldstændig henvisning.

udformet i statens forfatning, eller grundsætningerne i en national forfatningsstruktur."[85]

Domstolen tilføjede videre: *"Det skal dog undersøges, om der ikke er sket en krænkelse af en tilsvarende fællesskabsretlig garanti; overholdelsen af de fundamentale rettigheder indgår nemlig i de almindelige retsprincipper, hvis overholdelse domstolen skal sikre; respekten for disse rettigheder skal, selv om de har sit grundlag i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, sikres inden for rammerne af Fællesskabets struktur og mål."*[86]

Ifølge Nan Rasmussen og Schønberg udbyggede denne udtalelse grundlaget for grundrettighedsbeskyttelsen på to punkter. For det *første* fastslog Domstolen, at det retsgrundlag, på basis af hvilket prøvelsen af EU-retsakter sker, er rent fællesskabsretligt, og at det er baseret på almindelige retsgrundsætninger udledt af de fællestræk, som kan genfindes i alle, eller dog de fleste af, medlemsstaternes forfatninger, og for det *andet* at beskyttelsen skal tilpasses de særlige krav, som et økonomisk fællesskab stiller.[87]

Det er introduktionen af forrangsprincippet, som er baggrunden for omsvinget i praksis. Den konsekvente følge af afgørelsen i *Costa mod ENEL*[88] er, at ingen national domstol kan tilsidesætte en fællesskabsretsakt. Der var overhængende fare for, at forrangsprincippet ikke ville blive respekteret af de nationale domstole, hvis EF-Domstolen ikke kunne underkende retsakter i strid med grundlæggende rettigheder, som var beskyttet i medlemsstaternes forfatninger. Kombinationen af forrangskravet og *ikke-beskyttelsesprincippet* fra Ruhrkul-sagerne var således åbenbart uholdbart, og løsningen blev introduktionen af de almindelige retsgrundsætninger.[89]

Den tredje fase begynder i 1974, hvorfra Domstolen udviklede beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder. Baggrunden for, at Domstolen videreførte den påbegyndte udvikling, var, at den tyske Bundesverfassungsgericht ikke fandt Domstolens bestræbelser på at udfylde beskyttelsestomrummet tilfredsstillende. I pro-

---

85 Sag 11/70, pr. 3.

86 Sag 11/70, pr. 4.

87 Nan Rasmussen og Schønberg, a. st., s. 41. Sidenhen har Domstolen fastslået, at den er processuelt enekompetent, for så vidt angår efterprøvelse af EU-retsakters menneskeretsmedholdelighed, og at en national domstol i tilfælde af tvivl skal forelægge EF-Domstolen et præjudicielt spørgsmål med henblik på at få afklaret retsaktens gyldighed, jf. dom af 22. oktober 1987 i Sag 314/85 Foto-Frost, Saml. 1987, s. 4191.

88 Sag 6/64. Se note 39, s. 55 for en fuldstændig henvisning.

89 Nan Rasmussen og Schønberg, a. st.

test afsagde Bundesverfassungsgericht i 1974 den såkaldte *Solange Besluß I*.[90] Her gjorde den tyske domstol gældende, at beskyttelsen, som den fremtrådte i Stauder og Internationale Handelsgesellschaft, ikke var tilstrækkelig til at imødekomme de krav, som den tyske Grundgesetz stillede til beskyttelsen af tyske borgere. Så længe der i fællesskabsretten ikke var opstillet sådanne tilfredsstillende garantier, ville den derfor underkende enhver fællesskabsakt, som stred mod den tyske forfatning. Bundesverfassungsgericht udtrykker dette forhold på følgende måde: *"Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 EWGV geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert."*[91]

Det er blevet fremført i den juridiske litteratur, at EF-Domstolen var bekendt med, at Solange I var under forberedelse, og at den forsøgte at komme den i forkøbet – og dermed undgå en krigserklæring mod forrangsprincippet – ved afsigelsen af den berømte dom i *Nold*.[92] Solange I blev imidlertid afsagt, og der gik en hel del år, førend Bundesverfassungsgericht erklærede sig tilfreds med EF-Domstolens beskyttelse.[93]

Uanset dette udgangspunkt kom Nold-dommen til at indlede den *tredje* fase i Domstolens praksis. I sagen, som omhandlede ejendomsretten og retten til fri erhvervsudøvelse, ændrede Domstolen sine egne tidligere udtalelser om, at kun rettigheder, som fulgte af medlemsstaternes *fælles* forfatningstraditioner, var beskyttet af fællesskabsretten. I stedet udtalte den: *"Domstolen [skal] lægge de forfatningsretlige traditioner i medlemsstaterne til grund og kan følgelig ikke anerkende foranstaltninger, der er uforenelige med de i disse staters*

90 BVerfGE 37, 271 af 29. maj 1974.

91 Problemstillingen er også behandlet hos Wegener, Juridisk metode, 3. udg., s. 220ff.

92 Dom af 14. maj 1974 i Sag 4/73 J. *Nold*, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung mod Kommissionen for Det europæiske Fællesskaber, Saml. 1973, s. 491.

93 Nan Rasmussen og Schønberg, a. st., s. 41f.

forfatninger anerkendte og beskyttede grundrettigheder."[94] Herved blev beskyttelsesniveauet – i hvert tilfælde for en umiddelbar betragtning – hævet væsentligt: I de mest radikale fortolkninger af dommen er den blevet forstået derhen, at en fællesskabsbeskyttelse måtte eksistere, selv når en rettighed kun beskyttedes af en enkelt forfatning. Herved måtte fællesskabsretten siges at rumme en beskyttelse på højest tænkelige niveau. Nan Rasmussen og Schønberg mener dog, at dette er en for vidtgående opfattelse, og at den næppe støttes af praksis, som den siden har udviklet sig.[95]

Werlauff beskriver betydningen af Solange I følgende måde: *"Det var BVerfG's afgørelse af 29. maj 1974 - den såkaldte Solange I dom - der fremprovokerede EFD's anerkendelse af grundrettighederne som en bestanddel af fællesskabsretten."*[96]

Afgørelsen i *Solange I* efterfølges i 1986 af *Solange II*[97], hvor Bundesverfassungsgericht anerkender EF-Domstolens anerkendelse af grundrettighederne som en bestanddel af fællesskabsretten. Dette sker konkret med følgende udtalelse fra den tyske forfatningsdomstol: *"Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen."*

EF-Domstolens anvendelse af grundrettighederne fik nogle forfattere til at efterlyse en *Solange III*-dom med en tilbagevenden til situationen i *Solange I* - en garanti fra Bundesverfassungsgericht for denne domstols *overopsyn* med grundrettighedernes overholdelse i fællesskabsretten. Man kan i nogen grad sige, at dette ønske blev opfyldt i *Maastrict*-dommen[98], som vedrører Tysklands tiltrædelse af Unionstraktaten, dog selv om der ikke er sket en fuldstændig tilbagevenden til den retstilstand, som var gældende på tidspunktet for

---

94 Sag 4/73, pr. 13.

95 Nan Rasmussen og Schønberg, a. st., s. 42.

96 Werlauff: Fælleseuropæisk procesret, 2. udg., s. 222 og ligeledes Werlauff: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 21.

97 BVerfGE 73, 339 af 22. oktober 1986.

98 BVerfGE 89, 155 af 12. oktober 1993.

afsigelsen af *Solange I*.[99] Andre forfattere anser en helt anden dom for at være en *Solange III*-dom, nemlig afgørelsen i *Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*[100]. Her tog Bundesverfassungsgericht stilling til spørgsmålet om at forsyne bl.a. cigaretpakker med sundhedsmæssige advarsler. Påbuddet stammer fra et EU-direktiv, men den tyske forfatningsdomstol bemærker i præmisserne, at de hidhørte fra tysk ret, og efterprøvede dem herefter forfatningsretligt, og frifandt staten.[101]

I EU-ret, 4. udg. henvises til en afgørelse fra Bundesverfassungsgericht fra 2000,[102] hvor den tyske forfatningsdomstol viste tilbageholdenhed med grundretskontrollen med EU-retten. Konkret drejede sagen sig om EU's regulering ved hjælp af forordninger af markedet for bananer. En gruppe importører af bananer hævdede, at forordningerne stred mod den tyske Grundgesetz. Den tyske forfatningsdomstol afviste at behandle klagen. Den fastslog, at sekundær EU-ret kun kan grundretskontrolleres af Bundesverfassungsgericht, hvis klageren godtgør, at EU's grundretsværn, inklusive Domstolens praksis, er sunket under den grundretsstandard, der kan kræves. En forfatningsklage må påvise, at grundretsbeskyttelsen i EU generelt ikke lever op til den efter tysk ret nødvendige grundretsstandard gennem en sammenlignende opstilling af grundretsværnet i tysk ret og EU-retten.[103]

1976 markerer begyndelsen på *den fjerde fase*, hvori der har været tiltag i retning af at udvide pligten for EU's egne institutioner til at respektere fællesskabsgrundrettighederne til også at omfatte medlemsstaterne. EF-Domstolens udvikling af en menneskerettighedsbeskyttelse udsprang, som tidligere nævnt, primært af et ønske om at beskytte forrangsprincippet, og det var som sådan alene rettet mod institutionerne i fællesskabet, som oprindeligt var de eneste pligtsubjekter for rettighederne. Siden afgørel-

99 Werlauff, a. st., s. 222.

100 BVerfGE 95, 173 af 22. januar 1997.

101 Werlauff, a. st., s. 224. Dommen er også interessant, fordi den tyske forfatningsdomstol foretager en egentlig treleddet proportionalitetsvurdering, jf. følgende passus med forfatterens fremhævninger: *"Die Bundesregierung sei im Gegensatz zu den Beschwerdeführerinnen auch der Auffassung, daß es die gesundheitlichen Gefahren des Rauchens* ***erforderlich*** *machten, dem Raucher die Gesundheitsschädlichkeit des Rauchens nachdrücklich und regelmäßig vor Augen zu führen. Die entsprechenden Aufdrucke auf den Zigarettenpackungen seien eine dafür* ***notwendige*** *Maßnahme, auch wenn sich nicht jeder Raucher durch solche Warnhinweise in seinem Verhalten beeinflussen lasse. Die vorgeschriebenen Warnhinweise seien schließlich* ***zumutbar****, weil der Schutz der Gesundheit gegenüber den wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen das höhere Rechtsgut darstelle"*, jf. BVerfGE 95, 173 (180).

102 BVerfGE 102, 147 af 7. juni 2000.

103 Neergaard, Ulla, m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 202.

sen i *Rutili*[104] har Domstolen imidlertid i stadigt stigende omfang pålagt de enkelte medlemsstater at udvise respekt for EU-rettens menneskerettigheder, når de handler på områder med tilknytning til EU.[105]

Med vedtagelsen af Amsterdam-traktaten kunne man måske tale om en *femte fase*, da det nu er direkte traktatfæstet, at EU skal overholde de grundlæggende rettigheder i EMRK. Fremtiden ser endog ud til at bringe en *sjette fase*, da udkastet[106] til Den Europæiske Forfatningstraktat i del II indeholder Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder.

2.3.4 Forholdet mellem dansk og anden national ret

Hvis man ser bort fra domme fra EF-Domstolen og EMD, er det forholdsvis sjældent, at danske domstole har taget hensyn til udenlandske domme som mulige fortilfælde. I den beskedne udstrækning sådanne afgørelser er blevet inddraget i overvejelserne, har der i langt de fleste tilfælde været tale om domme fra andre nordiske lande inden for områder, hvor der har foreligget samme eller tilnærmelsesvist samme retstilstand som i Danmark. *Wegener* er af den opfattelse, at dette er en praksis, som ikke kan og som heller ikke bør opretholdes. Efter forfatterens opfattelse er det mest nærliggende at pege på, at den *ensartetgørelse* af retstilstanden i medlemslandene i EU, som sker gennem fællesskabsmyndighedernes regeludfærdigelse og Domstolens praksis, nødvendigvis også må give sig udslag i en ensartet retsanvendelse i de enkelte medlemsstater. Herved bliver afgørelser fra de hierarkisk højst placerede domstole i ét af disse af klar betydning for retterne i øvrige.[107] Ruth Nielsen m.fl. er af den opfattelse, at baggrunden for den manglende henvisning til fremmed ret i afgørelser er manglende kendskab. Dette forhold vil antagelig ændres i takt med den teknologiske udvikling, hvor mange lande er i færd med at udvikle IT-baserede domsdatabaser, som uden problemer vil kunne konsulteres via Internettet.[108]

---

104 Dom af 28. oktober 1975 i Sag 36/75 Roland *Rutili* mod Indenrigsministeren, Saml. 1975, s. 1219.

105 Nan Rasmussen og Schønberg, a. st., s. 42.

106 CONV 850/03.

107 Wegener, a. st., s. 273f.

108 Nielsen, Ruth m.fl., a. st., s. 182.

2.4 Domstolenes fortolkningsmetoder

Når man skal beskæftige sig med de forskellige fortolkningsmetoder, som anvendes af de enkelte domstole, kan man diskutere, hvilket udgangspunkt der skal anvendes. I og med at nærværende afhandling tager sit udgangspunkt i den danske persondatalov, vil det som udgangspunkt være de danske domstoles fortolkning af denne lov, som skal lægges til grund i forbindelse med udfyldelsen. Det persondataretlige område er karakteristisk derved, at der stort set ikke foreligger nogen domstolsafgørelser. Administrative afgørelser fra Datatilsynet får derfor afgørende betydning for fortolkningen af persondataloven. Persondatadirektivet ligger til grund for persondataloven, og derfor vil de principper, som EF-Domstolen anvender i forbindelse med sin fortolkning, også skulle tillægges betydelig vægt. Endelig reguleres området også via specielt EMRK art. 8 og derfor skal der også lægges vægt på den fortolkningsstil, som anvendes af EMD.

2.4.1 EF-Domstolen

De *fortolkningsprincipper*, som anvendes af EF-Domstolen, er som udgangspunkt ikke væsensforskellige fra dem, som anvendes af danske domstole. Domstolen vil tage udgangspunkt i ordlyden af den bestemmelse, som skal fortolkes, og i øvrigt læse den ud fra dens sammenhæng med andre regler og ud fra dens formål.[109] Udgangspunktet for fortolkningen er praktisk taget altid tekst. Som det påpeges nedenfor, foreligger denne for EU-rettens vedkommende typisk i flere autentiske sproglige versioner. Den sproglige kompleksitet øges således med udviklingen af EU, da alle sproglige versioner af EU-kilder har samme gyldighed og skal tages i betragtning ved fortolkningstvivl. Alle sproglige versioner er gyldige i alle medlemsstater. Fællesskabsretlige bestemmelser kan således først fortolkes efter en sammenligning af de sproglige versioner. Desuden skal der tages hensyn til, at der anvendes en særlig sprogbrug i fællesskabsretten, og at indholdet af de retlige begreber ikke nødvendigvis er det samme i fællesskabsretten, som i de forskellige nationale retsordner. Selv om de sproglige versioner er ens og enslydende med ordlyden i nogle nationale retssystemer, kan der være tvivl om fortolkningen, fordi begreberne er indholdsmæssigt

[109] Gulmann og Hagel-Sørensen, a. st., s. 159.

forskellige. I sådanne tilfælde har nationale domstole i sidste instans pligt til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen efter TEF art. 234.[110]

På trods af dette udgangspunkt kan EF-Domstolens *fortolkningsstil* også siges at adskille sig fra den stil, som kendes her i landet. *Gulmann og Hagel-Sørensen* fremhæver, at det *"ganske vist altid er vanskeligt at tale om en bestemt fortolkningsstil, for der findes et stort antal fortolkningsprincipper og få eller ingen almindeligt accepterede og få eller ingen almindeligt accepterede og faste kriterier for, hvornår det ene eller det andet skal bruges."*[111] Det særlige ved EF-Domstolens fortolkningsstil er, at den har understreget betydningen af visse fortolkningsprincipper og lagt mindre vægt på andre. I denne forbindelse kan det være hensigtsmæssigt at nævne Domstolens udprægede anvendelse af formålsbestemte fortolkninger (den teleologiske fortolkningsmetode). Den lægger først og fremmest vægt på bestemmelsernes formål, navnlig set på baggrund af formålsangivelserne i Traktatens præambel og indledende bestemmelser.[112] Metoden praktiseres også i forhold til den sekundære fællesskabsret.[113] I forhold til problemstillingen betyder dette udgangspunkt, at formålsangivelsen i persondatadirektivet skal tillægges stor vægt ved fortolkningstvivl, også selv om en tilsvarende formålsangivelse ikke findes i den danske persondatalov.[114]

Domstolen fremhæver nødvendigheden af at tage hensyn til fællesskabsrettens dynamiske karakter, og den afviser normalt, at Traktatens bestemmelser kan fortolkes ud fra forarbejderne (som i øvrigt for størstedelens vedkommende er ukendte). Det vil kunne ses, at Domstolen har lagt vægt på netop de fortolkningsprincipper, der gør det muligt for den at undgå en snæver binding til traktatbestemmelsernes ordlyd. De valgte principper giver Domstolen en betydelig frihed til at fortolke bestemmelserne i lyset af dens opfattelse af, hvad der bedst tjener til at realisere Traktatens formål.[115] I EU-ret, 4. udg. karakteriseres EF-Domstolens fortolkningsstil som *"dynamisk,*

---

110 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 163.

111 Gulmann og Hagel-Sørensen: EU-ret, 3. udg., s. 158.

112 Gulmann og Hagel-Sørensen, a. st., s. 159.

113 Wegener, s. 310 ligeledes Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 164f.

114 Den konkrete ordlyd af formålsbestemmelsen i persondatadirektivet findes ovenfor i afs. 1.1.2, s. 27. På de efterfølgende sider behandles problemet i relation til, at den danske persondatalov ikke indeholder en egentlig formålsangivelse, som stemmer overens med direktivet. Formålsangivelserne fra den norske, svenske og finske implementering af direktivet inddrages.

115 Gulmann og Hagel-Sørensen, a. st.

kreativ og integrationsfremmende".[116] I forbindelse med vedtagelsen af Amsterdam-Traktaten knyttede man en Protokol om subsidiaritetsprincippet til EF-Traktaten. I denne siges det i overensstemmelse med den ovenfor omtalte dynamiske fortolkningsstil i EU-retten, at subsidiaritetsprincippet[117] er et begreb, som bør anvendes i lyset af Traktatens målsætninger. Dette åbner mulighed for, at Fællesskabets handling inden for rammerne af dets beføjelser kan udvides, når omstændighederne kræver det, og omvendt indskrænkes eller indstilles, når den ikke længere er berettiget. Domstolen begrunder ofte sine afgørelser med henvisning til, at det ene eller det andet må antages eller ikke kan antages på *fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin*.[118]

Betydningen af formålsfortolkninger understreges af og forklarer anvendelsen af *princippet om den effektive virkning* (*effet utile*) af de fortolkede regler.[119] Domstolen selv henviser kun i meget sjældne tilfælde til effet utile, men generaladvokaterne gør det i noget videre omfang.[120]

Domstolen vil, hvor Traktatens tekst gør det muligt, vælge den fortolkning, der mest effektivt vil medvirke til at fremme realiseringen af bestemmelsens formål, set i lyset af Traktatens grundlæggende formål, ikke mindst integrationsformålet, forstået som ønsket om at skabe snævrere forbindelser mellem medlemsstaterne. Domstolen vælger en udvidende fortolkning af Traktatens påbuds- og forbudsregler og en snæver fortolkning af undtagelserne fra disse bestemmelser. Domstolen har herved utvivlsomt i væsentlig omfang været medvirkende til at styrke den europæiske integration.[121]

Domstolens afgørelse i *CILFIT*-sagen[122] opsummerer EU-rettens fortolkningsprincipper således:

---

116 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 162.

117 Eller nærhedsprincippet.

118 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 165.

119 Gulmann og Hagel-Sørensen, a. st.

120 EU-ret, 4. udg. henviser i denne forbindelse til følgende udtalelse fra generaladvokat van Gerven i Dori-sagen, hvor han påpeger, at undladelsen af at gennemføre et direktiv berøver dette direktiv dets *effet utile*, jf. Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 164.

121 Gulmann og Hagel-Sørensen, a. st., s. 159f. og Wegener, s. 311.

122 Dom af 6. oktober 1982 i Sag 283/81 SRL *CILFIT* og Lanificio di Garvado Spa mod Sundhedsministeriet, Saml. 1982, s. 3415.

> *"Der skal først og fremmest tages hensyn til den omstændighed, at de EF-retlige bestemmelser er affattet på flere forskellige sprog, og at alle sproglige versioner er autentiske. Fortolkningen af en EF-retlig bestemmelse kan derfor først ske efter en sammenligning af de sproglige versioner."*[123]
>
> *"Det bemærkes dernæst, at der i EF-retten – selvom de sproglige versioner er nøje overensstemmende – anvendes en særlig sprogbrug. Det skal i øvrigt understreges, at indholdet af retlige begreber ikke nødvendigvis er det samme i EF-retten og i de forskellige nationale retsordener."*[124]
>
> *"Endelig skal de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagvedliggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse."*[125]

Fortolkningen af en fællesskabsretlig bestemmelse kan derfor først ske efter en sammenligning af ordlyden af de forskellige sproglige versioner. De enkelte fællesskabsregler skal vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af fællesskabsrettens bestemmelser som helhed, den bagvedliggende målsætning og fællesskabsrettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse.[126]

Sluttelig skal EF-Domstolens brug af *generaladvokater* berøres. Ud fra et nordisk synspunkt kan generaladvokatinstitutionen forekomme fremmed. Embedet som generaladvokat er inspireret af det franske Conseil d'Etat, hvortil der er knyttet en Commissaire du gouvernement, hvis funktion i det store hele minder om generaladvokatens. Ifølge TEF art. 222 bistås Domstolen af otte generaladvokater. Disse fremsætter forslag til afgørelse, som ofte indeholder mere omfattende teoretiske diskussioner og en videregående inddragelse af litteraturen og komparativ ret, end det er tilfældet i Domstolens domme. Generaladvokaterne er på den ene side medvirkende til, at det tager lang tid at behandle en sag ved Domstolen, men medvirker på den anden side til, at en sag bliver behandlet særdeles grundigt, før der afsiges dom. Domstolen er på ingen måde forpligtet til at følge generaladvokatens forslag til afgørelse. På områder hvor retsstillingen endnu ikke har fæstet sig, giver udtalelserne fra

---

123 Sag 283/81, pr. 18.
124 Sag 283/81, pr. 19.
125 Sag 283/81, pr. 20.
126 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 162.

generaladvokaterne, på trods af den tvivlsomme retskildemæssige værdi, ofte et godt indtryk af problemstillingerne og de modstående synspunkter. Da Domstolens domme afgives uden dissens, vil forskellige opfattelser af fællesskabsretten ikke fremkomme her.[127]

2.4.2 *Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol*

Van Dijk og van Hoff karakteriserer Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) fortolkningsstil på følgende måde: *"The standards of the Convention are not regarded as static, but as reflective of social changes. This evolutive approach towards interpretion of the Convention implies that the Commission and the Court take into account contremporary realities and attitudes, not the situation prevaling at the time of the drafting of the Convention in 1949-1950."*[128] EMD's fortolkningsprincipper og -stil har navnlig betydning, når der ikke findes praksis, der afklarer en aktuel fortolkningstvivl, og hvor der derfor opstår spørgsmål om, hvordan EMD ville behandle det pågældende spørgsmål, hvis den fik det forelagt. I forhold til, hvad der er gældende for så vidt angår EU-retten, er det alene den engelske og den franske tekst, der er autoritative. Fortolkning og anvendelse foregår som udgangspunkt på grundlag af disse to sproglige versioner. I praksis kan det derfor være nødvendigt at foretage en sammenligning og vurdering af eventuelle sproglige forskelle og nuancer. Eventuelle forskelle vil i almindelighed ikke kunne anføres til støtte for en indskrænkende fortolkning, som indebærer en ringere beskyttelse af borgeren.[129]

De løsninger, som den almindelige folkeret opstiller vedrørende fortolkning, kan ikke uden videre overføres til menneskeretsområdet. Særlige forhold, herunder især forholdet at sikre individet mod staten, snarere end at regulere forholdene mellem staterne indbyrdes, udskiller retsområdet fra den almindelige folkeret. I Europarådets regi fremgår dette dels direkte af EMRK, dels af praksis fra EMK og EMD.[130] Med Domstolens egne ord indebærer dette følgende: *"In interpreting the Convention regard must be had to its special*

127 Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 161f. og Engsig Sørensen m.fl.: EU-retten, 3. udg., s. 82.

128 van Dijk og van Hoff: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. udg, s. 77f.

129 Kjølbro, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 18f.

130 Rehof og Trier: Menneskeret, s. 110.

character as a treaty for collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Thus the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective."[131]

I sin praksis er EMD i en del tilfælde gået længere end en strikt fortolkning af EMRK's ordlyd og forarbejder har kunnet føre til. EMD har haft en aktiv rolle i uddybningen af de menneskeretlige forpligtelsers omfang og anvendelsesområde igennem de årtier, som er gået, siden staterne fastlagde ordlyden i Konventionen. Ved en *formålsfortolkning* forsøger den retsanvendende myndighed at udfinde den pågældende traktats rette betydning i den konkrete sag, også selvom bestemmelsens strikte ordlyd måtte tilsige et andet resultat. Spørgsmålet er, hvor frit den enkelte dommer føler sig stillet i forhold til ordlyd og forarbejder.[132] Man kan ikke sige, at der gælder et entydigt fortolkningsprincip i EMRK-praksis, som fremviser eksempler på både den restriktive (forsigtige) fremgangsmåde og en mere fri retsanvendelse (retsdannelse).[133]

En fortsat udvikling af den gældende retstilstand under EMRK muliggøres blandt andet af doktrinen om, at konventionen betragtes som et *levende instrument*, som til stadighed skal fortolkes i lyset af nutidens forhold, *present-day conditions*. Denne fasttømrede doktrin medfører, at alderstegn i praksis ikke nødvendigvis kan betragtes som udtryk for gældende ret i nutiden.[134]

Det fremføres ofte, at EMD har en *dynamisk fortolkningsstil*, og det kan ikke nægtes, at den efterhånden ganske omfattende praksis har vist talrige eksempler på dette. Rehof og Trier understreger imidlertid, at praksis varierer betydeligt, med mange, ikke altid konsistente, afvisninger af at strække EMRK's bestemmelser længere, end ordlyden direkte kan begrunde. EMD har spillet en meget væsentlig rolle ved afsigelse af en række principielle og vidtrækkende domme, som ingen konventionsstat har kunnet sidde overhøring. I hvert fald har EMK og EMD vist en vilje til og et ønske om at følge med tiden og at have reel indflydelse på udviklingen af men-

131 Dom af 7. juli 1989, *Soering*, pr. 87.

132 Rehof og Trier finder, at dommerne, noget forenklet, kan inddeles i to skoler: en teleologisk, som vil stå for en vis aktivisme i form af en dommerskabt ret, og en mere restriktiv, som vil udvise tilbageholdenhed med udfindelse af gældende ret under anvendelse af andre kilder end Konventionens ordlyd, jf. s. 112.

133 Rehof og Trier, a. st., s. 112f.

134 Rehof og Trier, a. st., s. 113.

neskeretten, hvilket ofte vil være ensbetydende med en dynamisk fortolkningsstil. Fortolkningen af EMRK med en relativt dynamisk stil bevirker, at en beskrivelse af gældende ret er ganske ufuldstændig uden kendskab til praksis fra Strasbourg-organerne. En stadig opmærksomhed omkring udviklingen i praksis er således nødvendig.[135]

Ved en fortolkning af konventionens bestemmelser inddrager EMD ofte andre internationale konventioner og folkeretlige retskilder i øvrigt. Domstolen har udtalt, at konventionen så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med andre folkeretlige regler og principper, som konventionen er en del af.[136] Dette er blandt andet tilfældet i *Amann*-sagen,[137] hvor Domstolen henviser til Europarådets konvention 108/81 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med databehandling af personoplysninger og i den forbindelse udtaler, at begrebet privatliv ikke skal fortolkes indskrænkende, idet en bred fortolkning er bedst stemmende med den pågældende konvention, som omfatter enhver information med forbindelse til et identificeret eller identificerbart individ.

EF-Domstolen og EMD tager således begge udgangspunkt i en formålsbestemt og dynamisk fortolkning. På et område som det persondataretlige er dynamikken særdeles vigtig, da den teknologiske udvikling har stor betydning for retsområdet. Da persondatadirektivet blev vedtaget i 1995, var internettet kun i sin spæde vorden. I dag er de fleste klar over, at der er uanede muligheder for behandling af personoplysninger i dette verdensomspændende netværk, og at den behandling af personoplysninger, som sker her, skal omfattes af den retlige regulering på det persondataretlige område. Tilsvarende kunne man forestille sig fremtidige teknologier, som ville medføre en øget eller anderledes behandling af personoplysninger.

Med hjemmel i persondatadirektivets art. 29 blev der nedsat en *gruppe vedrørende beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger*, den såkaldte *art. 29-Gruppe*. Gruppen er rådgivende og uafhængig og består af en repræsentant for den eller de tilsynsmyndigheder, som hver medlemsstat har udpeget, og af en repræsentant for den eller de myndigheder, der er oprettet for fællesskabsinstitutionerne og -organerne, samt af en repræsentant for Kommissionen. Gruppen træffer sine afgørelser med simpelt flertal blandt repræsentanterne for tilsynsmyndighederne.

135 Rehof og Trier, a. st., s. 118f.
136 Kjølbro, Jon Fridrik, a. st., s. 24.
137 Amann mod Schweiz, dom af 16. februar 2002, pr. 65.

Gruppens opgave er defineret i direktivets art. 30:

- at undersøge ethvert spørgsmål vedrørende anvendelse af de nationale bestemmelser, der vedtages til gennemførelse af dette direktiv, med henblik på at bidrage til en ensartet anvendelse heraf
- at give Kommissionen en udtalelse om beskyttelsesniveauet i Fællesskabet og i tredjelande
- at rådgive Kommissionen om ethvert udkast til ændring af dette direktiv og om, hvilke supplerende eller specifikke foranstaltninger der bør træffes for at sikre fysiske personers rettigheder og frihedsrettigheder for så vidt angår behandling af personoplysninger, samt om ethvert andet udkast til fællesskabsforanstaltninger, der har indvirkning på sådanne rettigheder og frihedsrettigheder
- at afgive udtalelse om de adfærdskodekser, der udarbejdes på fællesskabsplan

Hvis art. 29-Gruppen konstaterer forskelle mellem medlemsstaternes lovgivning eller praksis, der kan være til fare for en ensartet beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for Fællesskabet, har gruppen pligt til at underrette Kommissionen, jf. artikel 30, stk. 2. Gruppen kan på eget initiativ fremsætte henstillinger om ethvert spørgsmål vedrørende beskyttelsen af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger inden for Fællesskabet, jf. art. 30, stk. 3. Præamblen til persondatadirektivet giver i pkt. 65 et yderligere fortolkningsbidrag i forbindelse med art. 29-Gruppen. Det forhold, at gruppen skal være fuldt uafhængig i udøvelsen af sine funktioner, skal anvendes i forbindelse med rådgivning af Kommissionen samt navnlig bidrage til, at de nationale regler, der er vedtaget til gennemførelse af direktivet anvendes ensartet.

Gruppen har vedtaget en række henstillinger, udtalelser og notater, som er blevet offentliggjort på internettet. Det er således spørgsmålet, hvilken værdi disse dokumenter skal tillægges i retskildemæssig henseende. I denne forbindelse skal det tillægges betydning, at gruppen er sammensat af repræsentanter fra de nationale tilsynsmynder. Det skal yderligere tillægges betydning, at de dokumenter, som vedtages af gruppen, rent faktisk anvendes i tilsynsmyndighedernes afgørelsesvirksomhed. Der findes henvisninger til gruppens dokumenter i afgørelser fra både den norske og den svenske tilsynsmyndighed.

2.4.3 Danske domstole

Det er måske ikke helt dækkende at nærværende afsnit bærer overskriften *danske domstole*. Baggrunden for dette forhold er, at det næsten udelukkende er Datatilsynet, som hidtil har truffet afgørelser på det persondataretlige område. Datatilsynet er tillagt sine beføjelser efter persondatadirektivets art. 28, stk. 1, om tilsynsmyndighed. Efter denne bestemmelse drager hver medlemsstat omsorg for at der udpeges en eller flere offentlige myndigheder, der har til opgave på dens område, at påse overholdelse af de bestemmelser, medlemsstaten vedtager til gennemførelse af persondatadirektivet. Denne direktivbestemmelse er implementeret i persondatalovens §§ 56 og 58. Den først nævnte af disse bestemmelser fastslår, at Datatilsynet udøver sine funktioner i fuld afhængighed. Datatilsynet har en finanslovsmæssig og personalemæssig tilknytning til Justitsministeriet, men tilsynet har en *funktionel uafhængighed*, da tilsynet under udførelsen af sine funktioner som tilsynsmyndighed ikke er undergivet tjenestebefalinger fra Justitsministeriet eller anden administrativ myndighed. Efter § 58, stk. 1, påser Datatilsynet af egen drift eller efter klage fra en registreret, at en given behandling finder sted i overensstemmelse med loven og regler udstedt i medfør af loven.[138] Efter persondatalovens § 61, kan de afgørelser, som Datatilsynet træffer efter persondataloven ikke indbringes for en anden administrativ myndighed. Datatilsynet er omfattet af Folketingets Ombudsmands kompetence. § 61 er således ikke til hinder for, at en afgørelse fra Datatilsynet indbringes for Folketingets Ombudsmand i medfør af reglerne i ombudsmandslovens kapitel 4. Datatilsynets afgørelser vil herudover kunne indbringes for domstolene efter grundlovens § 63, hvorefter domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser. På trods af at denne mulighed består, er der endnu ikke indbragt nogle afgørelser fra Datatilsynet for domstolene. Dette medfører, at Datatilsynet er at betragte som den præjudikatskabende retsinstans på det persondataretlige område.

De administrative afgørelser er traditionelt set ikke blevet tillagt samme retskildemæssige betydning som domstolsafgørelser. *Blume* giver udtryk for, at dette forhold umiddelbart er mærkeligt, da

138 Under de tidligere gældende registerlove var der heller ikke tradition for anlæggelse af registerretlige sager for domstolene. I den kommenterede persondatalov henvises til tre tilfælde, hvor der ved domstolene blev anlagt anerkendelsessøgsmål mod Registertilsynet, jf. Henrik Waaben og Korfits Nielsen, s. 436.

antallet af administrative afgørelser er langt større end antallet af domstolsafgørelser. Forskellen skyldes som udgangspunkt, at der ved en dom træffes en endelig afgørelse, medens den administrative afgørelse som ovenfor nævnt altid vil kunne indbringes for domstolene i medfør af grundlovens § 63. Der har været en tendens til at underkende betydningen af den administrative afgørelse. I denne sammenhæng bør det fremhæves, at langt de fleste administrative afgørelser ikke indbringes for domstolene, og på en række retsområder er det dermed disse afgørelser, som fastlægger fortolkningen og anvendelsen af retsforskrifterne. På sådanne retsområder er disse administrative afgørelser dermed vigtigere end domme, og de udgør en væsentlig retskilde, der samlet på de enkelte områder danner den administrative praksis.[139] Ovenstående er netop tilfældet på det persondataretlige område, hvor man altså ikke kan underkende den retskildemæssige betydning af Datatilsynets afgørelser, da disse fastlægger den umiddelbare forståelse af persondatalovens regler. Man må dog ikke underkende betydningen af persondatalovens EU-retlige ophav, således det i sidste ende er EF-Domstolen, som står for den endelige udfyldning af lovens bestemmelser.

I forbindelse med fortolkningen af persondataloven bliver spørgsmålet således, om Datatilsynet vil lægge sig op ad de danske domstoles fortolkningsstil, eller om påvirkningen fra EU-retten er så stor, at tilsynet retter sit blik mod dennes fortolkningsstil. Danske domstoles tolkningsproces indledes ofte, ligesom det er tilfældet for de to tidligere berørte domstole, med en sproglig analyse af den foreliggende lovtekst. I denne fase drejer det sig om at fastslå betydningen af de anvendte ord, herunder ved hensyntagen til disses forbindelse i sætningsbygningen. Det er en misforståelse at tro, at den sproglige mening med teksten fremstår som resultatet af en simpel addition af hvert enkelt ords betydning. Denne ligger ikke fast, men veksler med den sammenhæng, som ordet er benyttet i.[140] Fastlæggelsen af den kontekst, der bør tages i betragtning, spiller en væsentlig rolle for fortolkningen. Hele den lov, hvori en given bestemmelse findes, henregnes normalt til en lovbestemmelses kontekst. Grænsen sættes dog næppe her i praksis. Det kan således være nærliggende – ud fra antagelser om konsekvens og konsistens i retsordenen – som kontekst at medtage i hvert tilfælde den del af denne, hvortil den pågældende lov hører, her se på bestemmelsens plads og funktion og lade forståelsen påvirke af de fordringer, som systematisk

139 Blume: Juridisk metodelære, 3. udg., s. 133.
140 Wegener, a. st., s. 283.

konsekvens formodes at stille. Når der er tvivl om forståelsen af en lovtekst, siges det ofte, at fortolkningsopgaven går ud på at fastslå ordenes eller ytringens naturlige sproglige forståelse.

Indtil de senere årtiers retspraksis er udviklingen gået i retning af en øget inddragelse af forarbejderne i domstolenes overvejelser, således at det for en gennemgående betragtning må siges, at forarbejder spiller en væsentlig rolle. Denne udvikling, som ikke er uproblematisk i et retssikkerhedsperspektiv, har måske kulmineret. Hverken EF-Domstolen eller de nationale domstole i de øvrige lande (bortset fra Norge og Sverige) tillægger forarbejder tilnærmelsesvis samme betydning som danske domstole. En fortsat udbygning af samarbejdet i Unionen kan derfor meget vel komme til at indebære, at forarbejderne i retskildemæssig henseende efterhånden henvises til en mindre fremtrædende plads end det hidtil har været tilfældet.[141] Betingelsen for at tage hensyn til lovforarbejder har gennem tiderne været debatteret livligt mellem tilhængere af den såkaldte *subjektive fortolkningstype* på den ene side og på den anden side dem, der er gået ind for såkaldt *objektiv tolkning*. Ved subjektiv tolkning ses formålet med tolkningsvirksomheden som en fastlæggelse af *lovgiverens hensigt* med den pågældende retsakt. Omstændighederne omkring loves tilblivelse, og i særdeleshed disses forarbejder og øvrige forhistorie, antages at kunne give vigtige oplysninger om baggrunden for og forståelsen af tvivlsomme regler. Det karakteristiske for objektiv lovfortolkning er derimod at finde *lovens hensigt*. Bedømmelsen antages altså at skulle frigøres fra lovgiverens intentioner og i stedet at måtte knyttes til omstændigheder ved tilkendegivelsen i retsakten som sådan, således som denne i almindelighed opleves af adressaterne. Forarbejderne ses der bort fra, og konteksten ved objektiv tolkning bliver følgelig mindre omfattende end ved subjektiv. At der ses bort fra forarbejder, er dog ikke ensbetydende med, at der ved objektiv tolkning kun tages hensyn til rent sproglige forhold. Ofte inddrages andre omstændigheder, typisk af mere eller mindre vurderingspræget karakter, som eksempelvis antagelser om lovens formål og den foreliggende regels forhold til andre regler i den øvrige del af retsordenen.[142] På trods af ovenstående udsagn om en øget inddragelse af lovforarbejder i domstolenes overvejelser bør det ifølge Wegener alligevel ikke sluttes, at danske retsanvendende myndigheder i almindelighed præfererer en subjektiv fortolkningstype. Med hensyn til

141 Wegener, a. st., s. 88.
142 Wegener, a. st., s. 287.

domstolene er det givet, at der for disse hverken foreligger eller i almindelighed opleves nogen egentlig pligt til at tage hensyn til forarbejder, endsige til at følge disse. Lovforarbejderne tjener, ligesom de øvrige fortolkningsfaktorer, i praksis højst som holdepunkter for vurderende virksomhed. Yderligere kan der ikke på grundlag af praksis opstilles almindelige, detaljerede og sikre anvisninger om, hvornår forarbejde overhovedet benyttes, hvilken (relativ) vægt de i givet fald tillægges, og hvilke elementer i forarbejderne som findes at have størst betydning. Formodningsvis inddrages forarbejder først og fremmest i overvejelserne i tilfælde, hvor det foreliggende konkrete tilfælde befinder sig i eller i nærheden af periferien af den pågældende regels sproglige dækningsområde, hvor forarbejderne er forholdsvis nye, og hvor de efter deres beskaffenhed skønnes at tale med betydelig autoritet.[143] Sikre efterretninger om, hvor langt den nævnte formodning holder, savnes imidlertid. Selv om der i præmisserne til en given afgørelse henvises til forarbejder til støtte for resultatet, er det videre ofte vanskeligt at afgøre, hvor stærkt de pågældende data har talt med ved siden af andre tolkningsfaktorer. Det er klart, at forarbejder benyttes, men nok i almindelighed med større frihed end det, en egentlig subjektiv tolkningstype i den omtalte forstand skulle føre til.[144]

[143] Wegener, a. st., s. 288.
[144] Wegener, a. st., s. 289.

Del II

Persondataretten

Kapitel 3

Dansk ret og EU-ret

3.1 Indledning

Nærværende kapitel forsøger at fastlægge indholdet af det nødvendighedskrav, som findes i de grundlæggende behandlingsbestemmelser i persondatalovens §§ 6-8. Indholdet i kravet om nødvendighed forsøges belyst ud fra persondataloven og dennes forarbejder samt det bagvedliggende direktiv. I denne forbindelse inddrages løbende den efterhånden omfattende praksis fra Datatilsynet. Nærværende kapitel fører til, at konturerne af det nødvendighedskriterium, som findes i persondatalovens §§ 6-8, viser sig. Dette persondataretlige krav om nødvendighed vil så i afhandlingens kapitel 10 forsøges endelig udfyldt som følge af den kortlægning af det mere generelle proportionalitetsprincip, som sker i kapitlerne 6-8, som omhandler proportionalitetsprincippet i tysk ret, EU-retten og nordisk offentlig ret.

Inden den egentlige belysning af nødvendighedskravets umiddelbare indhold fastlægges først indholdet af to helt centrale persondataretlige begreber, nemlig *personoplysning* og *behandling*. Begreberne bliver væsentlige i forhold til en udfyldning af kravet om nødvendighed, fordi de indgår i de bestemmelser, som er relevante i forbindelse med denne fremstilling. På ét og samme tidspunkt er begreberne både velkendte og nye i persondataretten. Begrebet personoplysning blev også benyttet i registerlovene, men indholdet er ændret i forhold til oplysninger om bipersoner og afdøde. Den teknologiske udvikling tvang Registerlovsudvalget til at tage stilling til, hvordan krypterede oplysninger skulle placeres i forhold til den definition, som findes i persondatadirektivet. Behandlingsbegrebet er derimod nyt i forhold til den tidligere gældende registerlovgivning og samtidig også betydelig bredere end de tidligere benyttede begreber (registrering, videregivelse, samkøring). Brugen af et mere vidtspændende begreb har medført, at nye situationer reguleres af loven. Dette gælder blandt andet indsamling, intern anvendelse og blokering. Videregivelsessituationen er dog stadig meget central,

da denne form for behandling kan have vidtrækkende og uigennemskuelige konsekvenser for den registrerede.

Efter gennemgangen af de to centrale persondataretlige begreber flyttes fokus over på de grundlæggende betingelser for behandling af personlige oplysninger i persondatalovens § 5. Disse grundlæggende betingelser skal respekteres ved enhver form for behandling af personoplysninger, men skal hele tiden ses i sammenhæng med lovens §§ 6-8[1], som er de bestemmelser, der er centrale for denne afhandling. Som det også vil fremgå nedenfor i afsnit 3.3, indeholder disse regler overordnet set krav om, at oplysninger skal behandles i overensstemmelse med god databehandlingsskik (§ 5, stk. 1), som i de efterfølgende bestemmelser er eksemplificeret ved regler om formålsbestemthed (stk. 2), relevans og proportionalitet (stk. 3), korrekt datakvalitet (stk. 4) og tidsbegrænsning (stk. 5). For en umiddelbar betragtning vil § 5, stk. 3, 2. led, om proportionalitet være den centrale bestemmelse i forhold til problemstillingen i denne afhandling, men som det fremgår nedenfor, vil både den overordnede regel om god databehandlingsskik og reglerne om formålsbestemthed og tidsbegrænsning også være yderst relevante.

Efter gennemgangen af centrale persondataretlige begreber og grundlæggende betingelser for databehandling kommer det centrale for denne afhandlings kapitel 3, nemlig den egentlige belysning af nødvendighedskravet efter persondataretten. Denne belysning tager udgangspunkt i de relevante bestemmelser i persondatalovens §§ 6-8, som er alle de bestemmelser, hvor en behandling af oplysninger kan finde sted, hvis den kan anses som værende *nødvendig* i forhold til forskellige situationer, f.eks. overholdelse af en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige eller i forhold til udførelsen af en opgave i samfundets interesse. Den tætte sammenhæng mellem behandlingsreglerne i §§ 6-8 gør, at det ikke er muligt at se isoleret på bestemmelserne i §§ 6-8. De grundlæggende betingelser for behandling af personoplysninger vil derfor løbende blive inddraget.

For de *almindelige oplysningers* vedkommende er det karakteristisk, at hovedparten af Datatilsynets praksis findes i forbindelse med reglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, hvorefter det skal vurderes, om en given behandling er nødvendig for, at den dataansvarlige kan forfølge en berettiget interesse, og at hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse. Når hovedparten af

[1] Og i sammenhæng med de øvrige bestemmelser i lovens kapitel 4 vedrørende behandling af oplysninger.

Datatilsynets afgørelser er truffet i forhold til en bestemmelse, som både indeholder et krav om nødvendighed og et krav om afvejning af modsatrettede interesser, vil udfyldningen af kravet om nødvendighed blive endnu mere centralt end i forhold til de øvrige bestemmelser i § 6, hvor nødvendighedsvurderingen bliver sat i forhold til en på forhånd fastlagt behandlingssituation, eksempelvis i forbindelse med opfyldelse af en aftale, som den registrerede er part i eller i forhold til offentlig myndighedsudøvelse. Det forhold, at nødvendighedsvurderingen så at sige læner sig op af en interesseafvejning, gør det endnu mere væsentligt, at indholdet i kravet om nødvendighed kan fastlægges, da rammerne for interesseafvejningen ikke er fastsat på forhånd.

For så vidt angår de *følsomme og semi-følsomme oplysninger* er Datatilsynets praksis ikke i samme grad, som det er tilfældet med de almindelige oplysninger, knyttet til en bestemt behandlingssituation. Nødvendighedsvurderingen vil dog stadig være væsentlig, da der er tale om behandling, som er særligt indgribende for den registrerede. Spørgsmålet er, om ikke den særlig indgribende form for behandling kan siges at øge behovet for en udfyldelse af nødvendighedskravet. I denne forbindelse vil det kunne få betydning for nødvendighedsvurderingen, at Danmark har valgt at implementere direktivet, således at der findes tre oplysningskategorier i stedet for direktivets to, og yderligere med den modifikation, at bestemmelserne vedrørende de semi-følsomme oplysninger ud over den almindelige, generelle behandlingssituation specifikt omhandler den konkrete behandlingssituation *videregivelse*. Med baggrund i dette forhold behandler afs. 3.7 lovgivningshistorikken vedrørende persondatalovens §§ 7 og 8.

3.2 Centrale persondataretlige begreber

3.2.1 Personoplysninger

Efter persondatalovens § 3, nr. 1, skal der ved begrebet personoplysning forstås følgende: *"Enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person (den registrerede)."*[2]

[2] Begrebet *den registrerede* er hverken defineret i persondataloven eller i det bagvedliggende direktiv. Ud fra definitionen af begrebet personoplysning kommer man dog frem til, at den registrerede er en identificeret eller identificerbar fysisk person. Det kan forekomme uheldigt, at der hverken i direktivet eller i

Denne definition skal sættes i forhold til det tilsvarende begreb i direktivets art. 2, litra a. Herefter skal der ved begrebet *personoplysning* forstås følgende: *"Enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person (den registrerede); ved identificerbar person forstås en person, der direkte eller indirekte kan identificeres, bl.a. ved et identifikationsnummer eller et eller flere elementer, der er særlige for denne persons fysiske, fysiologiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sociale identitet."* I direktivets præambel punkt 26 er der givet et fortolkningsbidrag til fastlæggelse af, hvornår en person skal anses som værende identificerbar. Dette er tilfældet, når alle de hjælpemidler, der med rimelighed kan tænkes bragt i anvendelse for at identificere den pågældende, er taget i betragtning.

Definitionen i direktivet stemmer overens med definitionen i Europa-Rådets konvention nr. 108/81, som i art. 2, litra a) indeholder følgende definition på begrebet: *"Enhver oplysning vedrørende en fysisk person hvis identitet er fastslået eller kan fastslås."*

I forbindelse med den danske implementering af persondatadirektivet blev det i betænkning 1345/1997 antaget, at den dagældende legale definition af begrebet i registerlovene, og definitionen i udkastet til persondataloven stemte overens.[3] Lov om offentlige myndigheders registre § 1, stk. 3, og lov om private registre § 1, stk. 2, indeholdt følgende definition på begrebet: *"Ved personoplysninger forstås oplysninger, som kan henføres til bestemte personer, selv om det forudsætter kendskab til personnummer, registreringsnummer eller lignende særlige identifikationer."* Dog skal det i denne sammenhæng bemærkes, at persondataloven omhandler *en* fysisk person, mens registerlovene omhandlede *bestemte* personer. Ved registerlovens brug af ordene bestemte personer blev det angivet, at der skulle være tale om en så præcis oplysningstype, at den kunne henføres til et enkelt individ, men det kunne samtidig ikke anses for nødvendigt, at oplysningen entydigt lod sig henføre til en enkelt person. I registerlovgivningen var der altså tale om en personoplysning, selvom der forelå en forvekslingsmulighed mellem flere personer.[4] I alle de nævnte tilfælde er der således tale om en meget bred defi-

---

persondataloven er medtaget en egentlig definition af begrebet, som går igen i hovedparten af persondatalovens bestemmelser.

Ifølge *Blume* er anvendelsen af denne betegnelse ikke hensigtsmæssig, da persondatalovens regulering ikke er forbundet med registerbegrebet. Dansk ret har et ikke begreb, der svarer til det i engelsk ret anvendte *data subject*. Begrebet bliver derfor ikke dækkende for den rolle, som en given person indtager, jf. Blume: Personoplysningsloven, s. 43.

3 Betænkning nr. 1345/1997, s. 211 og 431.

4 Blume: Personregistrering, 3. udg., s. 34.

nition af begrebet, som omfatter alle oplysninger, der kan henføres til en fysisk person, selv om det forudsætter kendskab til personnummer, registreringsnummer eller lignende særlige identifikationer som f.eks. løbenummer.[5] Dette understreges også af direktivets meget brede eksemplificering i definitionen af begrebet. En opregning, der spænder lige fra et konkret identifikationsnummer til elementer (fysiske, fysiologiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sociale), der kan være mindre konkrete, men stadig særlige for en persons identitet.

I en række afgørelser har Datatilsynet beskæftiget sig med at fastlægge de typer af oplysninger, som er omfattet af begrebet *personoplysninger*. I en sag vedrørende behandling af oplysninger om ofre, som har været udsat for en seksuel krænkelse,[6] har Datatilsynet fastslået, at forbindelsen mellem de personlige oplysninger og den registrerede kan være meget lille, og alligevel kan de pågældende oplysninger falde ind under begrebet. Her konstateres indledningsvis, at det er uden betydning, hvorvidt identifikationsoplysningen er alment kendt eller umiddelbart tilgængelig. Definitionen omfatter også de tilfælde, hvor det kun vil være muligt for indviede at forstå, hvem en oplysning vedrører. I forhold til den konkrete sag er det Datatilsynets opfattelse, at oplysningerne om ofret som udgangspunkt må anses for personoplysninger, selv om det pågældende projekt ikke i alle tilfælde er bekendt med navnet eller andre umiddelbare identifikationsoplysninger på ofret. I denne vurdering er der lagt vægt på, at projektet ofte får oplysninger om ofret fra de sociale myndigheder i forbindelse med en visitering af den unge krænker til projektet. De sociale myndigheder kender således i de fleste tilfælde ofrets identitet. Det vil derfor med alle hjælpemidler taget i betragtning være relativt let at finde frem til ofrets identitet.

Relationen mellem den registrerede og personoplysningen er yderligere behandlet i to afgørelser om henholdsvis videregivelse af ejendomsoplysninger[7] og offentliggørelse af oplysninger om mulig jordforurening.[8] I sagen om videregivelse af ejendomsoplysninger fra Randers Kommunes BBR-register til Randers Energi er det Datatilsynets opfattelse, at oplysninger om en ejendom, og herunder oplysninger om matrikelnummer, ikke i sig selv udgør personoplysninger. Efter omstændighederne vil der kunne være tale om oplys-

5 Betænkning nr. 1345/1997, s. 432.
6 2004-54-1508. Afgørelsen er indgående behandlet nedenfor i afsnit 3.5, s. 207ff.
7 2003-323-0101.
8 2003-321-0269, DÅ 2003, s. 118ff.

ninger, der kan henføres til ejeren, og dermed personoplysninger. Selvom ejerens navn ikke videregives i det konkrete tilfælde, vil dette kunne findes på anden vis, f.eks. via tinglysningen eller andre offentlige registre. Efter omstændighederne vil der derfor være tale om oplysninger, der kan henføres til ejeren, og dermed altså personoplysninger. Datatilsynet lægger også vægt på muligheden for sammenkædning af oplysninger i forhold til en registreret i sagen om et amts offentliggørelse af oplysninger om mulig jordforurening. Yderligere tillægges det vægt, at offentliggørelsen vil kunne få betydning for grundejernes anvendelse af ejendommen, herunder værdiansættelsen af ejendommen.

Datatilsynet har i tre tilfælde behandlet spørgsmålet, hvorvidt menneskelige kendetegn er personoplysninger. I 2000 gav Datatilsynet udtryk for en opfattelse af, at humant biologisk materiale indeholder personoplysninger, hvis det kan henføres til enkeltpersoner.[9] I to tilfælde er det fastslået, at den værdi af en persons fingeraftryk (matchværdien), som lagres i forbindelse med anvendelse af biometri til identifikation, er at betragte som personoplysninger omfattet af persondataloven.[10]

I betænkningen til persondataloven bliver det bemærket, at elektronisk behandling af oplysninger om bestemte personer vil være omfattet af lovgivningen, uanset om personerne kun er *bipersoner* i behandlingen. Som bipersoner forstås personer, hvis personlige oplysninger ikke er den egentlige genstand for behandlingen, men derimod optræder accessorisk eller sekundært i tilknytning til oplysninger om den registrerede eller hovedpersonen. Oplysningerne om den pågældende er ikke den egentlige genstand for den behandling, der finder sted.[11] Datatilsynet har berørt problematikken i en afgørelse fra 2001 om overvågning af statsvejene.[12] Det konstateres indledningsvis, at der vil være tale om oplysninger omfattet af persondataloven, i det omfang en bilist vil kunne identificeres ud fra de foreliggende oplysninger om bl.a. bilens kendetegn, billede af den pågældende bilist samt (dele af) nummerpladen. I forbindelse med spørgsmålet om opfyldelse af den dataansvarliges oplysningspligt efter § 29 er det Datatilsynets opfattelse, at de over-

9 2000-321-0049, DÅ 2000, s. 27f.

10 2003-212-0143, DÅ 2003, s. 85ff. og 2004-219-0208 Begge afgørelserne behandles indgående nedenfor i afs. 3.3.3.1, s. 134ff. og s. 135ff.

11 Vejledning nr. 126 af 10. juli 2000, pkt. 1.5 og Blume: Beskyttelse af oplysninger om bipersoner i UfR 2002B.112 (s. 112).

12 2001-321-0132.

vågede bilister betragtes som bipersoner. Det er ikke den enkelte bilist, der er interessant i forbindelse med overvågningen, men derimod den samlede trafik, som er overvågningens genstand.

I Datatilsynets Årsberetning 2001, s. 37ff.[13] omtales en sag vedrørende Århus Amts behandling af oplysninger om stofmisbrugere og alkoholikere. Misbrugssystemet indeholdt særdeles følsomme oplysninger om misbrugerne og disses pårørende. Om misbrugerne blev der bl.a. behandlet helbredsoplysninger, oplysninger om sociale forhold, kriminalitet og øvrige baggrundsoplysninger af betydning for behandlingen af den pågældende sag. Om de pårørende blev der bl.a. behandlet oplysninger om misbrug, selvmord, selvmordsforsøg, oplysninger om psykiske problemer samt oplysninger om følelsesmæssige, fysiske og seksuelle overgreb. Vedrørende behandling af oplysninger om de pårørende udtalte Datatilsynet, *"at tilsynet fandt det betænkeligt, at der blev behandlet så følsomme oplysninger om disse personer"*. Tilsynet fandt derfor, at Århus Amts behandling af oplysninger om de pårørende i videst muligt omfang burde ske på baggrund af et udtrykkeligt samtykke. Det blev dog tilkendegivet, at der rent undtagelsesvis kunne behandles oplysninger uden samtykke efter bestemmelsen i persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 4,[14] hvis det måtte vise sig umuligt at indhente samtykke fra den pårørende. Datatilsynet henstillede videre over for amtet, at der ved behandling af oplysninger om pårørende uden samtykke skulle gøres et notat herom.

I den ovenfor omtalte sag vil de pårørende utvivlsomt være at betragte som bipersoner. Og som Datatilsynet kommer frem til i sagen, er de oplysninger, der er indsamlet om de pårørende at betragte som personoplysninger i lovens forstand. I den omtalte sag ville det også være vanskeligt at skulle argumentere for en differentieret behandling af de omtalte oplysninger, som for både hoved- og bipersonernes vedkommende er at betragte som særdeles følsomme.

Det er ikke kun i situationer, hvor der er tale om behandling af særdeles følsomme oplysninger, at man bliver nødt til at forholde sig til den personkreds, der er at betragte som sekundære i forhold til den egentlige behandling. Problemstillingen kan også aktualiseres i forbindelse med overvågning af ansattes e-post og tv-overvågning.

---

13 2000-53-0118, DÅ 2001, s. 37ff.

14 For gennemgang af bestemmelsen se afs. 3.5.3 Bestemmelsen regulerer den situation, hvor behandling af følsomme oplysninger er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

I de tilfælde, hvor der er tale om overvågning af ansattes e-post, vil situationen opstå, når den elektroniske post indeholder oplysninger om andre identificerede personer end arbejdstageren, fordi der sker en behandling af personoplysninger, som ikke er omfattet af overvågningens formål.[15] Dette resultat vil man også komme frem til i forbindelse med tv-overvågning, som i en del situationer vil omfatte identificerbare bipersoner, da mange af de filmede personer ikke har nogen forbindelse med overvågningens formål,[16] jf. også den ovenfor omtale sag om overvågning af statsvejene.

Det har altså ikke været muligt at opretholde den under registerlovene gældende retstilstand, idet bipersoner nu som udgangspunkt har samme rettigheder som andre registrerede personer. I denne sammenhæng må man dog hele tiden have for øje, at det som udgangspunkt er hovedpersonens databeskyttelse, der er det centrale. Bipersoner bør derfor alene beskyttes, i det omfang dette ikke medfører en forringelse af hovedpersonens beskyttelse.[17]

Krypterede[18] *oplysninger* er også omfattet af definitionen, så længe det er muligt at gøre de pågældende oplysninger læsbare og dermed identificere den person, som oplysningerne vedrører.[19] Dette vil også være tilfældet, hvis nøglen[20] til dekryptering er overladt til en tredjepart. I forbindelse med kryptering af oplysninger er der dog mulighed for, at krypteringen kan være gennemført på en sådan måde, at oplysningerne, reelt set må siges at være anonymiserede og derved falder uden for definitionen af personoplysninger. Dette er tilfældet ved såkaldt envejskryptering[21], eller hvis krypteringsnøglen destrueres efter krypteringen. På trods af at enhver kryptering

15 Blume, a. st., s. 115-116.

16 Blume, a. st., s. 116.

17 Blume, a. st., s. 117.

18 Kryptering: Den proces, hvorved en mængde information, der er sammensat ved brug af et alment tilgængeligt sprog, transformeres til en mængde data, der ikke er alment tilgængelig, jf. Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg., s. 48.

19 Betænkning nr. 1345/1997, s. 432.

20 Krypteringsnøgler genereres i dag vha. computere, der benytter sig af avancerede matematiske algoritmer. Flere kryptografiske metoder betragtes i dag som reelt umulige at bryde, jf. Heine m.fl.: Internetjura, 2. udg., s. 193.

21 Krypteringen foregår kort fortalt ved, at man anvender en privat og en offentlig nøgle. Når man vil sende en krypteret e-mail, krypterer man den med modtagerens offentlige nøgle, som modtageren har gjort tilgængelig for alle. Modtageren skal så bruge sin private nøgle til at afkode (dekryptere) e-mailen. Man taler om envejskryptering, hvilket indebærer, at det ikke er muligt for andre at afkode en e-mail med den offentlige nøgle. Det kræver, at man har den private nøgle og adgangskoden.

teoretisk set kan dekrypteres, skal grænsen mellem envejskrypterede oplysninger og anonymiserede oplysninger trækkes sådan, at man ikke tager alle teoretiske muligheder for dekryptering i betragtning.[22]

I betænkning 1345/1997 blev spørgsmålet, om *oplysninger om afdøde* skal anses som personoplysninger, gjort til genstand for en særskilt behandling. Denne særskilte behandling var begrundet i to forhold. For det *første* anså udvalget ikke den tidligere gældende retstilstand for at være klar. For det *andet* fremgik det ikke udtrykkeligt af direktivet, om oplysninger om afdøde personer skulle anses som personoplysninger i direktivets forstand. Det fremgik dog af Rådets mødeprotokol vedrørende direktivet (erklæring nr. 5),[23] at det blev overladt til medlemsstaterne at træffe beslutning om, i hvilken udstrækning direktivet fandt anvendelse for så vidt angår afdøde.[24]

Registerlovsudvalget anbefalede, at oplysninger om afdøde personer kun omfattedes af lovgivningen, hvis oplysningerne direkte eller indirekte kunne knyttes til identificerbare levende personer.[25]

Denne anbefaling blev dog ikke videreført i forbindelse med Folketingets behandling af det genfremsatte lovforslag[26] til persondataloven. Her gav Registertilsynet overfor Justitsministeriet udtryk for, at den afgræsning af personoplysninger i forhold til afdøde, der var foreslået af Registerlovsudvalget, var for snæver. Det var i denne forbindelse Registertilsynets opfattelse, at persondataloven skulle give mulighed for, at tilsynets hidtidige praksis på området blev opretholdt, således at allerede behandlede oplysninger forsat er omfattet af loven efter en persons død – i hvert tilfælde i en vis tid. Dette vil også indebære, at indsamling og efterfølgende behandling af oplysninger om en afdød skal opfylde lovens betingelser, hvis der foreligger et særligt beskyttelsesbehov. Dette vil specielt være tilfældet i forbindelse med behandling af følsomme oplysninger.[27] Dog er man i denne forbindelse opmærksom på, at reglerne om samtykke og oplysningspligt efter sagens natur ikke kan finde anvendelse i forbindelse med behandling af oplysninger om afdøde personer.[28]

22 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 88.

23 Bilag 2 i Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 567-571.

24 Betænkning nr. 1345/1997, s. 212.

25 Betænkning nr. 1345/1997, s. 213.

26 L 44, Folketingstidende 1998-1999, tillæg A, s. 943-1094.

27 L 44, afs. 4.2.2.3 (s. 37).

28 L 44, afs. 4.2.2.3 (s. 37-38).

Videre var det Registertilsynets opfattelse, at det burde overlades til Datatilsynet gennem sin praksis at fastlægge de nærmere grænser for lovens anvendelse på oplysninger om afdøde personer.[29]

Sammenfattende kan man sige, at personoplysningsbegrebet bliver afgrænset således, at det også omfatter de situationer, hvor der ikke umiddelbart er tale om personoplysninger i persondatalovens forstand, men hvor de pågældende oplysninger fremkommer ved, at sammenkædningen mellem den registrerede og de personlige oplysninger ses i et større perspektiv, som er den medvirkende faktor til, at den personlige relation fremkommer.

3.2.2 Behandling

Behandlingsbegrebet fandtes ikke i registerlovgivningen, og selve definitionen af begrebet er væsentlig, fordi det indgår i langt hovedparten af lovens bestemmelser, og altså også i de materielle bestemmelser indeholdende et nødvendighedskrav, som er centralt for denne afhandling. Behandling defineres i persondatalovens § 3, nr. 2, hvorefter der er tale om *"enhver operation eller række af operationer med eller uden brug af elektronisk databehandling, som oplysninger gøres til genstand for"*. Denne definition er enslydende med direktivets art. 2, litra b, som dog yderligere eksemplificerer, hvad der skal forstås ved begrebet, nemlig *"indsamling, registrering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, selektion, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring samt blokering, slettelse eller tilintetgørelse"*. Opregningen i direktivet er ikke udtømmende, men illustrerer tydeligt, hvor vidtspændende behandlingsbegrebet er, og det vil således dække over enhver aktivitet, der er relateret til en personoplysning.[30] Ved at lade reguleringen angå behandling, og ikke hovedsageligt registrering og videregivelse, som det var tilfældet efter registerlovene, får denne et bredere sigte end tidligere.[31] Videre er behandlingsbegrebet teknologineutralt og tidløst, således at nye ukendte former for håndtering af personoplysninger uden vanskeligheder vil kunne indpasses i den fastsatte regulering.[32]

Behandlingsbegrebets centrale status i persondataloven viser sig

---

29 L 44, afs. 4.2.2.3 (s. 38).

30 Blume: Behandlingsbegrebet i databeskyttelsesretten i UfR 2000B.425 (s. 425).

31 Blume: Personoplysningsloven, s. 43-44.

32 Blume: Behandlingsbegrebet i databeskyttelsesretten i UfR 2000B.425 (s. 429).

også derved, at hovedparten af lovens regler anvender begrebet direkte, og dette især i de centrale bestemmelser i §§ 6-8,[33] som fastsætter, under hvilke betingelser personoplysninger i almindelighed må behandles. En umiddelbar betragtning ville således føre til, at det er den samme regel, der gælder for alle former af behandling. Hvis tankegangen fulgtes, ville det være ensbetydende med følgende: Hvis man med hjemmel i behandlingsbestemmelserne havde ret til at *indsamle* personoplysninger, ville man også have adgang til at *videregive* de indsamlede oplysninger uden videre. Denne form for forståelse er ikke hensigtsmæssig, da den kan føre til en regulering, der er i strid med de overordnede lovgivningsintentioner, da beskyttelsesniveauet ville blive for lavt. Bestemmelserne skal derimod anvendes, så der løbende sker en differentiering betinget af den aktuelle behandlingsform.[34] Dette betyder, at jo mere indgribende en behandlingsform der er tale om, desto større krav stilles til nødvendigheden af, at behandling finder sted. Der skal således stilles større krav til nødvendigheden af samkøring eller videregivelse end til nødvendigheden af, at der sker indsamling og registrering med henblik på den dataansvarliges eget brug. Det forhold, at persondataloven udstrækkes til at gælde for *"enhver operation eller række af operationer"*[35] fører således ikke til, at vurderingen af, om behandling kan finde sted, er den samme for hver enkelt form for behandling.[36] Den ovennævnte forståelse af behandlingsbegrebet har især betydning for de regler, som gør brug af retlige standarder[37] og typisk forudsætter, at behandlingen skal være nødvendig[38] – og altså i særdeleshed de bestemmelser i persondatalovens §§ 6-8, der er centrale for denne afhandling.

Det forhold, at *indsamling* af oplysninger er en del af persondatalovens brede behandlingsbegreb, medfører, at den databeskyttelsesretlige regulering finder anvendelse fra et tidligere tidspunkt end efter registerlovene, hvor det principielt var uden betydning, på hvilken måde en myndighed eller en virksomhed var kommet i besiddelse af de oplysninger, der blev registreret.[39] Selve indsamlingen sker normalt ved, at personoplysninger indhentes fra den registrerede eller fra andre kilder som f.eks. registre og databaser.

33 Gennemgås nedenfor i afsnit 3.4 - 3.6.
34 Blume, a. st., s. 428.
35 Jf. § 3, nr. 2, og 95/46 art. 2, litra b.
36 Betænkning nr. 1345/1997, s. 234.
37 Se nedenfor i afs. 3.3.1.1, s. 112 om retlige standarder.
38 Blume, a. st.
39 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 96.

I den nævnte situation er det forudsat, at den dataansvarlige foretager sig noget aktivt, og at det er på dennes initiativ, at oplysninger bliver indhentet. I praksis er man dog gået noget videre, idet indsamling omfatter alle de tilfælde, hvor den dataansvarlige bliver bekendt med en personoplysning – også når det sker på den registreredes initiativ.[40] Det afgørende for anvendelsen af de lovbestemmelser, der tillægger indsamlingsfasen betydning, er således blot, at den dataansvarlige har opnået *datakendskab*. Den fase, hvori oplysningerne indsamles, er styrende for vurderingen af, om en given behandling skal anses lovlig, jf. § 5, stk. 2.[41] Efter bestemmelsen skal indsamling af oplysninger ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og senere behandling må ikke være uforenelig med disse formål. Ydermere skal indsamlingen af oplysninger i sig selv være i overensstemmelse med de almindelige behandlingsregler i persondatalovens §§ 6-8. Endelig vil den registreredes ret til at opnå viden om persondatabehandlingen blive aktualiseret i forbindelse med indsamlingen.[42]

Persondatalovens brede behandlingsbegreb fører også til, at den dataansvarliges *interne anvendelse* af oplysninger omfattes af loven. Dette betyder, at anvendelsen af lovligt indsamlede og registrerede oplysninger inden for en myndighed skal være i overensstemmelse med behandlingsreglerne. Indtil videre har det været vanskeligt at vurdere, hvad dette betyder for den offentlige forvaltning.[43] Men der er ingen tvivl om, at der er en sammenhæng mellem reglerne om intern anvendelse i persondataloven og forvaltningslovens § 32. Efter denne bestemmelse må den, der virker inden for den offentlige forvaltning, ikke i den forbindelse skaffe sig fortrolige oplysninger, som ikke er af betydning for udførelsen af den pågældendes opgaver.[44]

---

40 Blume: Indsamling af personoplysninger i UfR 2002B.456 (s. 456) og Vejledning nr. 126 af 10. juli 2000, pkt. 2.1.1.

41 Se om denne bestemmelse nedenfor i afs. 3.3.2, s. 119ff. og i forhold til forvaltningsretten i Charlotte Bagger Laursen: Finalité-princippets betydning for forvaltningsretten i UfR 2003B.41.

42 Jf. persondatalovens §§ 28 og 29.

43 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 97.

44 I FOB2003. s. 69ff har Folketingets Ombudsmand udtalt sig om forholdet mellem forvaltningslovens § 32 og persondatalovens § 5, stk. 2 og 3, i en sag, hvor en kommunal medarbejder bl.a. havde indhentet oplysninger fra et register. Ombudsmanden fastslår, den ansatte ved opslaget i registeret ud over oplysninger om ejerskab af biler har skaffet sig adgang til andre oplysninger vedrørende den pågældende person og dennes hustru, som utvivlsomt er fortrolige. Dette drejer sig bl.a. om oplysninger vedrørende skatteforhold. Ombudsmanden er af den opfattelse at den pågældende både har handlet i strid med

Dog er det sikkert, at persondatalovens brede behandlingsbegreb medfører visse begrænsninger i myndighedernes interne anvendelse af personoplysninger i forbindelse med samkøring[45] af flere registre inden for en myndighed. Tidligere kunne denne samkøring ske frit, hvis registrene ikke varetog forskellige opgaver, jf. lov om offentlige myndigheders registre § 4, stk. 3.[46]

Videregivelse af en personoplysning indebærer, at oplysningerne meddeles en tredjemand, som herefter har en selvstændig ret til at behandle og udnytte oplysningerne i overensstemmelse med persondatalovens almindelige behandlingsregler. En *overladelse* giver alene den person, virksomhed mv., som oplysningerne meddeles til, ret til at behandle oplysningerne på den dataansvarliges vegne og i overensstemmelse med dennes instruks.[47] I registerlovene var selve videregivelsen en meget central behandlingsform, da lovene som tidligere nævnt ikke havde et bredt behandlingsbegreb, sådan som det er tilfældet i persondataloven. På trods af, at videregivelsen er blevet én blandt mange behandlingsformer, skal man stadig se videregivelsen som en central form for behandling, som kan have vidtrækkende konsekvenser i forhold til beskyttelsen af personoplysninger.

I forhold til denne fremstilling bliver videregivelse, som en speciel behandlingsform, særdeles vigtig i forbindelse med gennemgangen af bestemmelserne i persondatalovens § 8, stk. 2 og 5, da disse bestemmelser ikke benytter sig af det brede behandlingsbegreb, som er anvendt i §§ 6 og 7, men derimod specifikt anvender begrebet *videregivelse*.

Endelig skal blot nævnes en ny form for behandling, som ikke tidligere har været kendt i dansk databeskyttelsesret. *Blokering* er en behandlingsform, som er hentet fra tysk ret og nævnt i persondatalovens § 37. Blokering indebærer *"en markering af lagrede personoplysninger med henblik på at begrænse yderligere behandling eller brug af disse"*.[48] Det er antaget, at der i visse situationer vil

forvaltningslovens § 32, og persondatalovens § 5, stk. 2, og at det i denne forbindelse ikke er afgørende, hvor længe den pågældende har været inde på de skærmbilleder, som indeholdt de fortrolige oplysninger. I disputatsen Forvaltning & fællesskab giver Fenger udtryk for en opfattelse af, at bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 2, ikke er til hinder for forvaltningens interne anvendelse af personoplysninger, jf. yderligere nedenfor i afs. 3.3.2, s. 122.

45 Se afs. 3.4.4.5.2, s. 203ff.

46 Blume: Behandlingsbegrebet i databeskyttelsesretten i UfR 2000B.425 (s. 427).

47 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 98.

48 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 100.

> kunne træffes afgørelse om at foretage en såkaldt begrænset blokering, der er en mindre vidtgående foranstaltning, således at behandling af de pågældende oplysninger ikke kan omfatte bestemte typer behandling, f.eks. videregivelse eller behandling til bestemte formål, som f.eks. markedsføring.[49]

EF-Domstolen har fastlagt indholdet i behandlingsbegrebet i Lindquist-dommen.[50] Domstolen fastslår, at omtale af en person på en hjemmeside på internettet med navn eller navn og telefonnummer er at betragte som behandling i persondatadirektivets forstand. En operation, som består i at lægge personoplysninger ud på en hjemmeside på internettet, falder altså ind under behandlingsbegrebet.[51]

Datatilsynet har beskæftiget sig med afgrænsningen af behandlingsbegrebet i en række afgørelser. I den nedenfor omtalte afgørelse om behandling af personoplysninger i et biometrisk adgangssystem giver Datatilsynet udtryk for en opfattelse af, at de behandlinger, som finder sted i forbindelse med scanning af fingeraftryk, udregning af matchværdier og sammenligning i forhold til databasen, er behandlinger omfattet af persondatalovens behandlingsbegreb.[52]

Den mest omfattende behandling af behandlingsbegrebet er foretaget i forbindelse med Datatilsynets høringssvar til Strukturkommissionens betænkning 1434/2004 afgivet i forbindelse med strukturreformen for den offentlige sektor.[53] Det er Datatilsynets opfattelse, at inddelingsændringer og opgaveflytninger mellem stat, amter og kommuner rejser spørgsmål om, hvorvidt der er tale om en behandling i persondatalovens forstand. Hvis dette er tilfældet, kræver videregivelse af personoplysninger i forbindelse med en ressortomlægning af myndighedsopgaver selvstændig hjemmel i loven. Det er Datatilsynets opfattelse, at visse former for ressortomlægninger kan betragtes som en form for succession i behandlingen af personoplysninger, der kan finde sted, uden at behandlingsbetingelserne i persondatalovens kapitel 4 skal være opfyldt. Det er således tilsynets opfattelse, at f.eks. en sammenlægning af to kommuner, hvorved samtlige kommunale aktiviteter videreføres i en ny større kommune, efter omstændighederne ikke er en behandling, som falder ind under definitionen i persondatalovens § 3, nr. 2. Er

---

49 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 100.

50 Sag C-101/01. Fuldstændig henvisning til og indgående behandling af dommen nedenfor i afs. 3.7.5.2, s. 263ff.

51 Sag C-101/01, pr. 24 og 25.

52 2004-219-0208 og 2003-212-0143, DÅ 2003, s. 85ff. Afgørelserne behandles nedenfor i afs. 3.3.3.1, s. 134ff.

53 2004-122-0103.

der derimod tale om f.eks. enkelte opgaveflytninger eller nedlæggelse af amter, hvorefter de amtslige myndighedsopgaver fordeles til f.eks. selvejende institutioner, kommuner eller statslige myndigheder vil der efter tilsynets opfattelse være tale om en behandling i persondatalovens forstand. I det omfang en ressortomlægning må betragtes som en behandling af personoplysninger omfattet af persondataloven, er det Datatilsynets vurdering, at videregivelsen af personoplysninger må antages at kunne ske inden for rammerne af lovens kapitel 4.

Sluttelig skal nævnes, at Sverige allerede har været i gang med en revision af den nationale personoplysningslov. Formålet med betænkningen *Översyn av personuppgiftslagen*[54] var at undersøge, om det på trods af det gældende persondatadirektiv, er muligt at indføre regler, som regulerer *misbrug af personoplysninger*, i stedet for regler om behandling af disse oplysninger. Betænkningen anser dette for muligt i relation til spørgsmål om behandling af personoplysninger i ustruktureret materiale, f.eks. i form af løbende tekst, lyd og billede. Udgangspunktet er taget efter en analyse af de undtagelsesmuligheder, som findes i persondatadirektivet i lyset af den udvikling, som er sket siden den svenske personuppgiftslagen trådte i kraft i 1998, herunder bl.a. EF-Domstolens argumenter i Lindquist-sagen.[55] Betænkningen foreslår, at der laves en undtagelse i forhold til de fleste behandlingsregler i personuppgiftslagen for så vidt angår behandling af personoplysninger, som ikke indgår eller har til hensigt at skulle indgå i en samling af personoplysninger, som er struktureret for åbenbart at lette søgningen efter eller sammensætningen af lige netop personoplysninger. I praksis er der tale om personregistre og personsammenknyttende databaser. Betænkningens forslag medfører i korthed, at behandlingsreglerne i personuppgiftslagen ikke skal anvendes på bl.a. hverdagshåndtering af personoplysninger. Dette være sig produktion af løbende tekst i tekstbehandlingsprogrammer, publicering af løbende tekst på internettet, anvendelse af lyd- og billedoptagelser og korrespondance via e-mail under forudsætning af, at materialet ikke skal indføres i en database med en struktur, som har til hensigt at sammenstille personoplysninger.[56]

Den nye, endnu ikke vedtagne, bestemmelse i personuppgiftslagens § 5a har følgende ordlyd: *"Bestämmelserna i 9, 10, 13, 21, 23,*

54 SOU 2004:6.

55 Dommen er gennemgået nedenfor i afs. 3.7.5.2, s. 263ff.

56 SOU 2004:6, s. 11.

24, 28, 33 och 42 §§ skall inte tillämpas på behandling av personuppgifter som inte indgår i och inte heller är avsedda att indgå i en samlig av personuppgifter som har strukturerats för att påtagligt underlätta sökning efter eller sammanställning av just personuppgifter. Sådan behandling får utföras bara om den inte innebär ett otillbörligt intrång i den personliga integriteten."

Den henvisning til andre bestemmelser i personuppgiftslagen, som foretages i § 5a, sker bl.a. til tre bestemmelser, som har relevans i forhold til denne afhandling, nemlig grundlæggende krav til behandling af personoplysninger i personuppgiftslagens § 9, når behandling af personoplysninger er tilladt i personuppgiftslagens § 10, og endelig forbuddet mod behandling af følsomme personoplysninger i § 13. Der er således udsigt til, at svensk ret inden for en kortere årrække vil få en noget anden tilgang til behandlingsbegrebet.

3.3 Proportionalitetsprincippet i persondataloven

Persondatalovens kapitel 4 om behandling af oplysninger indeholder i § 5 en række principper, der skal respekteres ved behandling af alle oplysningstyper. Betingelserne skal derfor ses i sammenhæng med bestemmelserne i lovens §§ 6-13, hvor de nærmere betingelser for behandling af de enkelte oplysningstyper er fastsat. Reglerne giver således ikke dataansvarlige myndigheder, virksomheder mv. et selvstændigt retligt grundlag for at foretage en bestemt behandling af oplysninger. Hvis der er hjemmel til at behandle oplysninger efter behandlingsreglerne i §§ 6-13, persondatalovens kapitel 5-7 eller eventuelt i særlovgivningen, skal de grundlæggende regler i § 5 altid iagttages.[57] Principielt vil man godt kunne forestille sig den situation, hvor en behandling er lovlig efter behandlingsreglerne i §§ 6-13, men ikke er i overensstemmelse med principperne i § 5.

Principperne i § 5 er ikke altid lige enkle at anvende i praksis, fordi de er baseret på retlige standarder.[58] Ved en stillingtagen til konkrete problemstillinger er startpunktet dog i alle tilfælde indsamlingsformålet, der har en bestemmende betydning for den dataansvarliges anvendelse af personoplysninger.[59]

---

57 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 128.

58 Se nedenfor i afs. 3.3.1.1, s. 112 om retlige standarder.

59 Blume: Indsamling af personoplysninger i UfR 2002B.456 (s. 458).

Når man beskæftiger sig med bestemmelserne i persondatalovens § 5, skal man hele tiden være opmærksom på, at reglen om god databehandlingsskik i § 5, stk. 1, så at sige er *overbestemmelsen*. Eller sagt på en anden måde, danner kravet om god databehandlingsskik de ydre rammer, som enhver form for behandling af personoplysninger skal foregå inden for. Inden for disse rammer eksemplificerer de øvrige bestemmelser, hvad begrebet kan indeholde, og dermed er det også understreget, at bestemmelserne i § 5, stk. 2-5 ikke udtømmer det.

Den følgende fremstilling fokuserer på det generelle proportionalitetsprincip, som findes i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led. I denne forbindelse ville det måske have være mest nærliggende at tage afsæt i den centrale bestemmelse i § 5, stk. 3, 2. led, men jeg har valgt stort set at følge den systematik, som findes i persondatalovens § 5. Dette er begrundet i den tætte sammenhæng, som er mellem de principper, der findes i de enkelte bestemmelser, og disse bestemmelsers betydning for selve proportionalitetsvurderingen. Afsættet tages i god databehandlingsskik, som – med baggrund i sin status som overbestemmelse – kan siges implicit at indeholde proportionalitetskravet. Finalité-princippet indeholder krav om, at oplysninger skal indsamles til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og da en proportionalitetsvurdering altid skal foretages i forhold til formålet med en given foranstaltning – og altså i denne afhandlings sammenhæng en foranstaltning som overordnet set består i behandling af personoplysninger – vil det være hensigtsmæssigt at fastsætte dette formål inden selve proportionalitetsvurderingen. Persondatalovens § 5, stk. 3, omfatter både relevans- og proportionalitetsprincippet, og man kunne argumentere for, at relevansprincippet og proportionalitetsprincippet hænger så tæt sammen, at de burde behandles under ét, men i forhold til denne afhandlings problemstilling har jeg fundet det rigtigst at forsøge at isolere proportionalitetsvurderingen. Endelig har bestemmelsen om tidsbegrænsning i § 5, stk. 5, også relevans i forhold til en proportionalitetsvurdering. Bestemmelsen indeholder et krav om nødvendighed i forhold til, at det ikke må være muligt *"at identificere den registrerede i længere tidsrum end det, der er nødvendigt af hensyn til de formål, hvortil oplysningerne behandles"*.

Den tætte sammenhæng mellem specielt bestemmelserne i § 5 – herunder specielt stk. 1-3 – ses også i Datatilsynets praksis, hvor der ofte henvises til de pågældende bestemmelser under ét eller i tæt sammenhæng.

I den nedenfor omtalte sag omhandlende et udkast til en samtyk-

keerklæring forfattet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer[60] finder Datatilsynet, at det på det foreliggende grundlag vil være i strid med de grundlæggende principper i § 5, stk. 1-3, at registrere og udlevere de krævede oplysninger til PCAOB[61] selv med et samtykke. Herved er der lagt vægt på, at en revisors afgivelse af de omhandlede oplysninger ifølge A's vurdering i en række tilfælde kan kompromittere dennes tavshedspligt. Behandlingen kan derfor ikke anses for overensstemmende med god databehandlingsskik. Desuden er der lagt vægt på, at der er tale om en meget vidtgående forpligtelse til registrering og videregivelse af også fortrolige og følsomme oplysninger. Samtidig må lægges til grund, at behandlingen vil omfatte offentliggørelse på internettet og således ikke kun videregivelse til en myndighed i USA. Tilsvarende oplysninger er ikke offentligt tilgængelig i Danmark, idet offentliggørelse aktuelt kun finder sted i begrænset omfang og tilmed i delvis anonymiseret form. Efter tilsynets opfattelse er der således ikke den fornødne proportionalitet mellem omfanget af oplysninger og det fastsatte formål med registreringsordningen, herunder at behandlingen omfatter offentliggørelse på internettet. Datatilsynet anser det samtidig for tvivlsomt, hvorvidt behandlingerne vil være forenelige med reglerne i lovens § 5, stk. 4 og 5.

Persondatalovens § 5, stk. 1-3, sætter efter Datatilsynets opfattelse grænser for, i hvilke tilfælde der kan indhentes kreditoplysninger om jobansøgere. Datatilsynet finder således ikke, at en virksomhed efter persondatalovens ikrafttræden må indhente kreditoplysninger, medmindre der er tale om ansættelse i en særligt betroet stilling.[62]

I en sag om transmission af live-video fra en pub[63] var det Datatilsynets opfattelse, at der ikke måtte ske lagring af optagelserne, da dette næppe ville være i overensstemmelse med det angivne formål med optagelserne eller i overensstemmelse med god databehandlingsskik.

I en udtalelse om digital tilmelding til og ansøgning om optagelse på uddannelser[64], fastslår Datatilsynets indledningsvis, at det angive formål med eksamensdatabasen at lette tilmelding til ung-

60 2003-233-0028. Udtalelsen er behandlet nedenfor afsnit 3.4.2, s. 167ff.

61 Public Company Accounting Oversight Board er et almindeligt tilsynsorgan på det pågældende område.

62 2003-631-0118.

63 2002-631-0086, DÅ 2002, s. 61ff. Afgørelsen er behandlet nedenfor i afs. 3.4.3.2.2, s. 177ff.

64 2004-54-1396.

domsuddannelserne og ansøgning om optagelse på videregående uddannelser i sig selv er sagligt og anerkendelsesværdigt. Det kan imidlertid konstateres, at der ved etableringen af eksamensdatabasen bliver oprettet et register, der på sigt kommer til at indeholde hovedparten af den danske befolknings eksamensbeviser. Der vil således på sigt være tale om en meget stor mængde af data. Den centrale registrering af disse oplysninger vil være nyttig i de tilfælde, hvor de registrerede før eller siden søger ind på en uddannelse. Efter tilsynets opfattelse må det imidlertid antages, at eksamensdatabasen også vil komme til at indeholde en stor mængde data, som man – i hvert fald med de pt. tilsigtede anvendelser – aldrig vil få brug for, eller som der ikke er et aktuelt behov for, at Undervisningsministeriet ligger inde med. Hvis eksempelvis den registrerede ikke søger ind på en videregående uddannelse, eller den registrerede er blevet optaget på en videregående uddannelse. På denne baggrund findes det tvivlsomt, om der er den fornødne proportionalitet mellem registrering af alle eksamensbeviser i Danmark i 60 år og opfyldelsen af formålet om lettere tilmelding til ungdomsuddannelserne og ansøgning om optagelse på videregående uddannelser. Datatilsynet finder, at der ved fastsættelsen af en rimelig sletningsfrist er mulighed for at sikre den del af de registrerede, der inden for et nærmere fastsat tidsrum ikke benytter optagelsessystemet, mod at skulle være registreret i eksamensdatabasen. Med udgangspunkt i, at hovedformålet med eksamensdatabasen på nuværende tidspunkt er at lette tilmelding til ungdomsuddannelserne og ansøgning om optagelse på videregående uddannelser, vil en sletningsfrist for eksamensbeviser efter tilsynets opfattelse passende kunne fastsættes til 30 år efter, at de er lagt i databasen. Herved er lagt vægt på, at eksamensdatabasen ikke på nuværende tidspunkt er en autoritativ database, samt at gymnasierne og hf-skolerne fortsat har pligt til at opbevare karakterprotokoller i 30 år.

I en sag om behandling af personoplysninger hos Jubii A/S[65] sondres mellem logning og opbevaring af kommunikationsdata på en chat og opbevaring af indholdet af e-post. I relation til *logning og opbevaring af kommunikationsdata* udtaler Datatilsynet, at opbevaringen i et år – på trods af flere formål med logningen (skabelse af en sikker chat, hjælpe politiet i form af udlevering af oplysninger i tilfælde af mistanke om lovovertrædelser, udelukkelse af brugere, som skaber ballade eller misbruger chatten) – vil kunne ske inden for rammerne af § 5. Datatilsynet tillægger formålene og mange

[65] 2002-219-0136.

børns og unges anvendelse af den pågældende chat-service betydning. Behandlingen findes derfor at opfylde kravene i § 5. I relation til *opbevaring af indholdet af e-post* er formålet udelukkende at kunne hjælpe politiet i forbindelse med efterforskning. Under henvisning til § 5 er det tilsynets opfattelse, at udbydere af telenet og teletjenester som dataansvarlige kun må behandle – herunder opbevare – oplysninger, som de selv har et aktuelt behov for af hensyn til varetagelse af deres egne (civile) formål. Oplysningerne må kun opbevares, så længe udbyderne selv har et behov for dem af hensyn til varetagelse af deres egne (civile) formål – herunder til opfyldelse af en retlig forpligtelse, som påhviler dem, såsom lagring med henblik på fakturering eller andet legitimt øjemed. Registrering og opbevaring af oplysninger på baggrund af samtykke alene med henblik på politiets retshåndhævelse, dvs. med den begrundelse, at politiet i efterforskningsmæssig sammenhæng kan få behov for dem, kan efter tilsynets opfattelse ikke ske inden for rammerne af persondatalovens § 5. Tilsynet har herved ikke taget stilling til opbevaring af e-post med andre formål.[66] Datatilsynet anmoder Jubii om at ophøre med lagring af e-post kommunikation samt straks at slette allerede lagret e-post kommunikation.

Dette udgangspunkt følges i en sag vedrørende sletning i CPR.[67] Her er det Datatilsynets opfattelse, at det ikke er i overensstemmelse med sagligheds- og proportionalitetskravene i persondataloven, at et teleselskab løbende indsamler CPR-oplysninger om tidligere kunder til brug for eventuelle fremtidige klagesager. Tilsynet lægger vægt på, at oplysningerne vil kunne indhentes i forbindelse med en eventuel klage, enten fra den klagende selv eller ved, at teleselskabet indhentede de pågældende oplysninger fra CPR.

I forbindelse med høring over strukturkommissionens betænkning[68] er det Datatilsynets opfattelse, at det er meget vidtgående og vanskeligt at forene en generel adgang til alle borgerrelaterede oplysninger med persondatalovens § 5 og § 41, stk. 3 (generelle krav til datasikkerhed). I denne forbindelse er det videre tilsynets opfattelse, at antallet af sagsbehandlere, som er beskæftiget med sammenstilling og samkøring i kontroløjemed, skal begrænses mest muligt.

---

66 I denne forbindelse er der lagt vægt på, at der efter indsættelsen af § 786a i retsplejeloven som led i en efterforskning konkret kan meddeles udbydere af telenet eller teletjenester pålæg om at foretage sikring af elektroniske data, herunder trafikdata, i op til 90 dage (hastesikring).

67 2004-311-0406.

68 2004-122-0103.

Det er i øvrigt Datatilsynets vurdering, at en eventuel videre adgang til oplysninger i servicecentre kan aktualisere behovet for at stille større krav til behandlingssikkerheden, herunder bl.a. at der sættes fokus på interne kontrolordninger samt styring af brugerrettigheder.

De netop gennemgåede afgørelser illustrerer den tætte sammenhæng, som der er mellem de grundlæggende krav, som findes i persondatalovens § 5 – herunder specielt mellem bestemmelserne i stk. 1-3. Dette forhold underbygger påstanden om, at det i den følgende gennemgang vil være vanskeligt fuldstændigt at isolere den for afhandlingen centrale bestemmelse i § 5, stk. 3, 2. led, indeholdende et krav om proportionalitet.

Da bestemmelserne i persondatalovens § 5, stk. 3, 1. led, og § 5, stk. 4, om henholdsvis relevans og korrekt datakvalitet ikke har direkte betydning for denne afhandlings problemstilling, vil bestemmelserne udelukkende blive berørt indledningsvis.

Med udtrykkene *relevante og tilstrækkelige* er det i persondatalovens § 5, stk. 3, 1. led, præciseret, at oplysningernes art skal svare til det formål, der tilsigtes med behandlingen.[69] Der må således ikke foreligge såkaldt *overskudsinformation*, som er oplysninger uden betydning for behandlingens formål. Ingen af de udtalelser og afgørelser, som hidtil er kommet fra Datatilsynet, har direkte anvendt relevansprincippet i forbindelse med argumentationen, men i mange tilfælde henviser Datatilsynet til, at principperne i § 5, stk. 3, skal overholdes, dog uden at konkretisere dette i forhold til den enkelte udtalelse.

Bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 4, indeholder krav om *korrekt datakvalitet*. Dette medfører, at behandlingen af oplysninger skal tilrettelægges på en sådan måde, at *"der foretages fornøden ajourføring af oplysningerne"*. Bestemmelsen stiller videre krav om, at der *"foretages den fornødne kontrol for at sikre, at der ikke behandles urigtige eller vildledende oplysninger"*. Urigtige eller vildledende oplysninger skal slettes eller berigtiges hurtigst muligt. Kravet om ajourføring sikrer, at der påhviler den dataansvarlige en forpligtelse til om nødvendigt at foretage en ajourføring af oplysninger, som viser sig at være forældede. Alt efter den konkrete situations beskaffenhed vil den dataansvarlige kunne afvente førstkommende ajourføring, således at de pågældende oplysninger føres ajour. Hvis de ikke-ajourførte oplysninger vil kunne påføre den registrerede eller andre uoprettelig skade, bør ajourføringen finde sted umiddelbart efter, at

69 Betænkning 1345/1997, s. 443.

behovet herfor er konstateret. Omfanget af kontrollen vil afhænge af oplysningernes karakter, deres anvendelse, indsamlingens pålidelighed og om oplysningerne er af betydning for en eller flere myndigheder.[70] Med hjemmel i persondatalovens § 37 vil den registrerede selv kunne fremsætte anmodning om, at den dataansvarlige retter, sletter eller blokerer oplysninger, der viser sig at være urigtige eller vildledende eller på lignende måde er behandlet i strid med loven. På trods af dette udgangspunkt vil det ofte være sådan i praksis, at hverken § 5, stk. 4, eller § 37 fører til, at urigtige oplysninger skal slettes. Dette gælder, uanset om oplysningerne har været urigtige siden indsamlingen, eller de først er blevet det senere, fordi forholdene har ændret sig. Dette skyldes, at det ofte vil være nødvendigt for såvel offentlige myndigheder som private virksomheder mv. at kunne dokumentere det faktuelle grundlag, som en afgørelse eller en anden beslutning i sin tid blev truffet på. Offentlige myndigheder bør navnlig udvise en betydelig tilbageholdenhed med helt at slette oplysninger, som på et tidspunkt har udgjort en del af det faktuelle grundlag, som en afgørelse er truffet på.[71]

3.3.1 God databehandlingsskik

Persondatalovens § 5, stk. 1, fastsætter kort og godt, at *"oplysninger skal behandles i overensstemmelse med god databehandlingsskik"*. Reglen er enkelte steder i den juridiske litteratur blevet kaldt *databeskyttelsesrettens generalklausul*.[72] Bestemmelsen er en nydannelse i dansk databeskyttelsesret.

Bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 1, er baseret på direktivets art. 6, stk. 1, litra a, hvorefter personoplysninger *"skal behandles rimeligt og lovligt"*.

Et forsøg på at klarlægge indholdet i persondatadirektivets art. 6, stk. 1, litra a, kunne tage sit udgangspunkt i andre sproglige versioner af direktivet. Efter den engelsk version kræves, at *"personal data must be processed fairly and lawfully"*. Den tysk version af direktivet kræver, at *"personenbezogene Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden"*. Efter den franske version

70 Betænkning 1345/1997, s. 443-444.

71 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 135-136.

72 Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 53 og Blume: Personoplysningsloven, s. 54.

kræves, at personlige oplysninger skal *"traitées loyalement et licitement"*. Den svenske direktivtekst stiller krav om, *"att personuppgifter skall behandlas på ett korrekt och lagligt sätt"*.

Lee A. Bygrave har behandlet indholdet af kravet om *fair and lawful*[73] behandling af personoplysninger i fremstillingen *Data Protection Law. Approaching Its Rationale, Logic and Limits*.[74] Forfatteren giver udtryk for, at kravet er udtryk for det primære princip i forbindelse med behandling af personlige oplysninger. Dette skyldes, at princippet indbefatter og udvikler de andre generelle principper for databehandling. Kravet om lovlighed skulle give sig selv, medens indholdet i kravet om *fairness* er mindre åbenbart men muligvis bredere. Det vil ikke være muligt at komme med en udtømmende udlægning af begrebet på det abstrakte plan. Endvidere vil en generel fastsættelse af, hvad kan betegnes som *fair*, uvægerligt ændre sig over tid. Bygrave giver begrebet følgende indhold på et meget generelt plan: *"... the notion of fairness undoubtedly means that, in striving to achieve their data-processing goals, data controllers must take account of the interests and reasonable expectations of data subjects; controllers cannot ride roughshod over the latter"*.[75] Dette betyder, at indsamling og efterfølgende behandling af personlige oplysninger må foregå på en måde, som ikke på urimelig måde forstyrrer den registreredes privatliv eller dennes autonomi eller integritet. Bygrave giver udtryk for, at anvendelsen af begrebet *fairness* medfører krav om *balance* og *proportionalitet*.[76] Kravet om fairness, og altså kravet om god databehandlingsskik, bliver dermed centralt for problemstillingen i denne fremstilling.

I lyset af disse betingelser medfører kravet om fairness også, at en person ikke i urimelig grad kan presses til at levere personlige oplysninger om sig selv til en dataansvarlig eller acceptere, at den datasvarlige anvender oplysningerne til forskellige formål. Heraf følger det rimeligvis, at fairness indebærer en vis beskyttelse i forhold til, at dataansvarlige misbruger deres monopollignende position.[77]

Anvendelsen af begrebet *fairness* medfører yderligere, at behand-

---

73 Baggrunden for, at jeg i det følgende anvender den engelsk betegnelse *fairful* i stedet for den danske oversættelse *rimelig* er, at jeg er usikker på, om den danske oversættelse af det engelske begreb er dækkende.

74 Bygrave, Lee A.: Data Protection Law. Approaching Its Rationale, Logic and Limits.

75 Bygrave, a. st., s. 58.

76 Bygrave, a. st.

77 Bygrave, a. st.

lingen af personlige oplysninger skal være transparent eller gennemskuelig for den registrerede. Fairness modvirker ikke kun hemmelig indsamling af oplysninger og efterfølgende behandling af disse oplysninger. Det modvirker også misbrug af den registreredes oplysninger i forhold til behandlingens natur og formålet med denne. En andet muligt krav, som er en følge af forbindelsen mellem fairness og transparens er, at personlige oplysninger som udgangspunkt skal indsamles hos den registrerede og ikke hos tredjeparter.[78]

Som det er nævnt i citatet ovenfor, medfører kravet om fairness, at dataansvarlige må være opmærksomme på rimelige forventninger fra den registreredes side. Denne implikation har direkte konsekvenser for det formål, som oplysninger må indsamles til. Det hjælper med at motivere regler, som indbefatter finalité-princippet. Som en ledsagende omstændighed sætter det grænser for de sekundære formål, som indsamlede oplysninger kan anvendes til. Mere specifikt betyder dette, at den dataansvarlige skal indhente et nyt samtykke fra den registrerede, hvis det formål, hvortil oplysninger oprindeligt var indsamlet, ændres.[79]

I den betænkning, som ligger til grund for den svenske implementering af persondatadirektivets art. 6, stk. 1, litra a, sås der tvivl om den reelle betydning af det overordnede krav om rimelig og lovlig behandling. *"Det förefaller osäkert om den uttryckliga bestämmelsen i EG-direktivet om att personuppgifter skall behandlas på ett korrekt och lagligt sätt har någon självständig betydelse. Vi har emellertid för säkerhets och fullständighets skull valt att i den föreslagna persondatalagen ta med en sådan bestämmelse och därvid erinra om det viktiga kravet att den persondataansvarige skall hämta in samtycke när så krävs."*[80] Kravet er implementeret i den svenske *personuppgiftslagen* § 9, litra a og b. I denne forbindelse skal det dog bemærkes, at den endelige udgave af den svenske lov også indeholder et krav om at behandlingen skal ske i overensstemmelse med god skik, samtidig med kravet om lovlig og rimelig behandling. *Örman og Lindblom* giver også udtryk for, at det yderligere krav om, at oplysninger skal behandles i overensstemmelse med god skik er en rent indenlandsk konstruktion, som ikke har noget modstykke i persondatadirektivet, men at lignende konstruktioner findes i dansk og finsk ret.[81]

---

78 Bygrave, a. st, s. 59.
79 Bygrave, a. st, s. 59.
80 SOU 1997:39, s. 349.
81 Örman, Sören og Lindblom, Hans-Oluf: Personuppgiftslagen - en kommentar, s. 94.

Den norske personopplysningslov indeholder i § 11 grundlæggende krav til behandling af personoplysninger, men bestemmelsen indeholder intet krav om rimelighed og lovlighed.[82]

Hvis det danske krav om god databehandlingsskik skal sættes i forhold til direktivets ordlyd, vil kravet altså dække over, at behandlingen skal være rimelig og lovlig. Hvad der nærmere skal forstås ved dette, skal fastsættes igennem Datatilsynets virksomhed. Dog vil det hele tiden skulle vurderes i lyset af persondatalovens regler, om en behandling er i overensstemmelse med god databehandlingsskik. En rimelig behandling af oplysninger forudsætter eksempelvis, at registrerede personer får kendskab til en behandlings eksistens, og at de kan få nøjagtige og fyldestgørende oplysninger med hensyn til de nærmere omstændigheder ved indsamlingen, når der indsamles oplysninger hos dem.[83] Datatilsynet har dog selv givet udtryk for, at en overholdelse af princippet *"indebærer, at den dataansvarlige nøje skal overholde reglerne i loven, såvel i ånd som bogstav, og ikke må forsøge at omgå reglerne"*.[84] Umiddelbart er der ikke noget forkert i denne udtalelse fra Datatilsynet, men spørgsmålet er, om ikke begrebet *god databehandlingsskik* indeholder noget andet og mere, end Datatilsynet umiddelbart giver udtryk for. God databehandlingsskik kan siges at være den ydre ramme for det spillerum, som den dataansvarlige har i forbindelse med behandling af personoplysninger. Den ovenfor omtalte udtalelse fra Datatilsynet er yderligere uheldig, da Datatilsynet forsøger at give udtryk for lovens intentioner. Efter persondatalovens § 58, er Datatilsynet alene bemyndiget til at påse, om behandlingen finder sted i overensstemmelse med loven eller regler udstedt i medfør af loven.

I de behandlingssituationer, hvor det er det offentlige, som er dataansvarlig, vil følge af den formelle lovs princip, at forvaltningen er bundet til at overholde lovene under udøvelsen af deres virksomhed og følgelig ikke kan træffe afgørelser, der er uforenelige med loven.[85]

Ifølge *Blume* vil princippet have særlig betydning i forbindelse med udfyldning af lovens retlige standarder,[86] hvor klausuler er

82 Dette er også understreget af Lee A. Bygrave i Data Protection Law. Approaching Its Rationale, Logic and Limits, s. 58.

83 Betragtning 38 i direktivets præambel og persondatalovens §§ 28 og 29.

84 Datatilsynet: Persondataloven, s. 11 (Pjece udgivet af Datatilsynet i forbindelse med lovens ikrafttræden).

85 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 164.

86 Se umiddelbart nedenfor i afs. 3.3.1.1 om retlige standarder.

retningsgivende for vurderingen af den konkrete behandlingssituation.[87]

Kravet i § 5, stk. 1, skal vurderes i forhold til den person, oplysningerne angår, uden hensyn til hvilken sammenhæng oplysningerne indgår i inden for den offentlige forvaltning, og uden hensyn til om vedkommende er part i en sag eller ej. Med hensyn til parter i afgørelsessager bemærker *Vogter* i øvrigt, at kravene til en rimelig og lovlig behandling af vedkommendes personoplysninger allerede forud for direktivet i vidt omfang fulgte af god forvaltningsskik, reglerne om partshøring, partsaktindsigt og egenacces.[88]

I forhold til en yderligere fastsættelse af indholdet i det for dansk ret nye begreb god databehandlingsskik er det hensigtsmæssigt at se på, hvad der helt generelt ligger i god skik-regler. Det generelle indhold i god skik-regler kan være med til at fastsætte et mere reelt indhold i begrebet god databehandlingsskik. Endelig kan Datatilsynets hidtidige anvendelse af begrebet være med til at udfylde det.

3.3.1.1 Generelt om god skik-regler

Regler om god skik findes i mange forskellige varianter i lovgivningen. Disse pålægger blandt andet erhvervslivets udøvere at drive deres erhverv i overensstemmelse med *god skik*. Regler af denne type benævnes ofte som *retlige standarder*, der bedst kan defineres som *"en regel, der får sit væsentligste indhold ved en henvisning til en uden for lovgivningen liggende bedømmelsesmålestok af især faglig eller socialetisk karakter"*. Regler af denne type betegnes som *ekstralegale*.[89]

Sten Bønsing er af den opfattelse, at der ved god skik-regler er tale om, at lovgivningen bestemmer, at dommeren skal lade afgørelsen bestemme af en alment accepteret god opførsel inden for en bestemt branche, også selv om dette i det konkrete tilfælde rent praktisk kun svært lader sig oplyse. Hvis man tager udgangspunkt i ordlyden, kan man sige, at der er to *betingelser* eller kriterier, der indgår i god skik-regler. Dels skal der være tale om en *skik*, dvs. at der skal være tale om, at en handlemåde har en vis faktisk efterleven, regelmæssighed eller udbredelse. Dette forhindrer dog ikke, at der på nye områder eller i situationer, der ikke tidligere har været aktuelle, kan foretages en vurdering eller et gæt på, hvilken skik der ville blive lagt for dagen, men vurderingen må i denne sammenhæng baseres

87 Blume: Personoplysningsloven, s. 54.
88 Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 53.
89 Wegener, Morten: Juridisk metode, s. 38.

på, hvilken adfærd der ville blive udfoldet. Dels skal der være tale om, at skikken er *god*. I første omgang må det gå på den opfattelse, der er blandt de personer, der udøver handlingen. Disse skal således handle ud fra en overbevisning om, at denne handlemåde er den rigtige og korrekte. Når de to kumulative betingelser lægges sammen, kan det siges, at der skal være tale om handlinger, der af en bredere kreds opfattes og efterleves som rigtige.[90]

På grundlag af disse betingelser kan god skik-regler (retlige standarder) adskilles fra andre upræcise formuleringer i lovgivningen. Andre bestemmelser lægger op til, at det alene er domstolenes vurderinger og fortolkning, der fastlægger indholdet. Der er således intet ekstralegalt i disse. Herved kommer god skik-regler også til at adskille sig fra *rimeligheds-*, *redeligheds-*, *ærbarheds-* og lignende regler i lovgivningen. *Bønsing* er af den opfattelse, at den primære forskel på god skik-regler og rimelighedsregler er et spørgsmål om, hvilken *metode* lovgiver har valgt, at domstolene skal anvende ved fastlæggelsen af indholdet af reglen. Ved god skik-regler skal udgangspunktet tages i en herskende adfærd, som opfattes som god på det pågældende område. Ved rimelighedsregler skal domstolene selv foretage en vurdering ud fra almindelige moralopfattelser. Resultatet af de to *metoder* vil dog ofte nærme sig det samme materielle indhold, da en god skik på den ene side ofte må antages at være bestemt af en opfattelse af det moralsk rigtigste, og på den anden side vil det være ledende for, hvad der er moralsk rigtig (rimeligt), hvilken god skik der udøves på området.[91]

Hvis man sluttelig skal se på henholdsvis fordele og ulemper ved anvendelsen af retlige standarder, vil *fordelene* være, at der er tale om meget dynamiske regler, som konstant kan ændres i forhold til samfundsudviklingen – og dermed i forhold til retsudviklingen. De pågældende regler vil således ikke skulle gennem en kompliceret lovgivningsproces, inden de kan få virkning. Reglerne tager hensyn til specielle forhold i den enkelte sag, således at dels omgåelsestilfælde rammes, dels at der ikke dømmes for formalistisk i tilfælde, som efter ordlyden ville blive omfattet af en mere præcis bestemmelse, men som ikke ønskes ramt efter formålet. Bønsing karakteriserer reglerne som *"mere smidige og formålsorienterede"*.[92] Den helt

---

90 Bønsing, Sten: Brancheregler og brancheproces, s. 17.

91 Bønsing, a. st., s. 17f. med henvisning til Stig Jørgensen: Foreløbig redegørelse for formuerettens generalklausuler (1974), s. 28.

92 Bønsing, a. st., s. 20f. Bønsing henviser yderligere til, at bevæggrundene for anvendelsen af retlige standarder også kan anføres som fordele, således at der

overskyggende *ulempe* ved anvendelsen af retlige standarder er den usikkerhed, som består i, at den enkelte borger ikke præcis kan forudse, hvilke handlinger som er henholdsvis lovlige og ulovlige.[93]

Sluttelig skal gøres generelle bemærkninger om det forhold, at bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 1, er blevet omtalt som en *generalklausul*. *Wegener* anser det for karakteristik for regler af denne type, at der er tale om *"meget bredt formulerede skønsregler, som knytter sig til – og på grund af deres bredde også dækker – en i samme lovgivning foreliggende mere præcis og detaljeret regulering af bestemte sagsforhold"*.[94] Generalklausulen kommer derved til at fremstå som en slags *opsamler* i forhold til den mere detaljerede regulering, eller den detaljerede regulering kan ses som en eksemplifikation af det mere almene princip, som er udtrykt i generalklausulen.[95]

3.3.1.2 Det reelle indhold i begrebet god databehandlingsskik

Den databeskyttelsesretlige variant af god skik skal som udgangspunkt udfyldes således, at der er tale om god opførsel i forbindelse med behandling af personoplysninger. Mere specifikt er der tale om den dataansvarliges gode opførsel i forbindelse med dennes behandling af personoplysninger om den registrerede. På et særegent område som det persondataretlige er det min opfattelse, at fordelene ved anvendelse af en god skik-regel klart vil overskygge ulemperne. Denne opfattelse bygges på, at der er tale om et retsområde, som er under stor påvirkning fra den teknologiske udvikling samtidig med, at behandlinger af oplysninger om den enkelte kan være særdeles integritetskrænkende. Hvis der ikke fandtes en regel om god databehandlingsskik, som definerede de ydre rammer for den dataansvarliges behandling af personoplysninger, ville den teknologiske udvikling kunne medføre, at en ny form for behandling af oplysninger pludselig befandt sig uden for persondatalovens anvendelsesområde. Anvendelsen af en god skik-regel vil lige netop ramme disse forsøg på omgåelse. Det er klart, at den retsusikkerhed, som knytter sig til anvendelsen af en god skik-regel er

---

foretages en regulering, hvis der er behov for dette, selv om det ikke er muligt at foretage en præcis formulering.

93 Bønsing, a. st., s. 21. Af yderligere ulemper peges på, at det ikke kan forventes, at domstolene i alle tilfælde knytter retsfølger til dette retsfaktum, samt at retsudviklingen (muligvis) i nogen grad lægges i hænderne på brancheorganisationer mv.

94 Wegener, Juridisk metode, s. 37.

95 Wegener, a. st.

en ulempe, og at det i grænsetilfældene kan være vanskeligt for den dataansvarlige at vurdere, hvad der er lovligt og ulovligt, men i denne sammenhæng bør man være opmærksom på, at reglen om god databehandlingsskik i persondatalovens § 5, stk. 1, ikke står alene. Reglen er for det første eksemplificeret i § 5, stk. 2-5, og for det andet udgør de grundlæggende regler i persondatalovens § 5 ikke noget selvstændigt grundlag, hvorpå den dataansvarlige kan behandle personoplysninger.

Datatilsynet har set isoleret på begrebet god databehandlingsskik i en række tilfælde. Princippet om god databehandlingsskik medfører efter Datatilsynets opfattelse, at der i forbindelse med tv-overvågning i kontroløjemed som den absolutte hovedregel skal gives forudgående information til de ansatte.[96]

Det er Datatilsynets vurdering, at digital forvaltning i høj grad åbner mulighed for øget kontrol, herunder sammenstilling og samkøring i kontroløjemed. Datatilsynet forudsætter i sin praksis, at myndigheder i forbindelse med sammenstilling og samkøring i kontroløjemed bl.a. har et klart og utvetydigt retsgrundlag at arbejde på, og at de personer, der berøres af kontrolordningen, skal have forudgående information om denne, jf. § 5, stk. 1.[97]

Datatilsynets mest indgående behandling af reglen i persondatalovens § 5, stk. 1, findes i en undersøgelse fra 2005 vedrørende videregivelse af oplysninger fra CPR til private virksomheder.[98] Undersøgelsen er opdelt i to. Den *første del* vedrører Indenrigs- og Sundhedsministeriet, CPR-kontorets (CPR-kontoret) generelle videregivelse af CPR-oplysninger om en større kreds af personer (såkaldt masseudtræk) til private dataansvarlige.

> Udgangspunktet er, at denne form for behandling er reguleret efter CPR-loven.[99] Af CPR-lovens § 1, fremgår, at loven indeholder personoplysninger om enhver, som har et personnummer. Det fremgår desuden, at et af lovens formål er at sikre, at oplysningerne i CPR på hensigtsmæssig måde kan videregives til offentlige myndigheder og private med en berettiget interesse heri. Denne specifikke sag omhandler videregivelse i henhold til lovens kapitel 10 (§§ 38-40) om Indenrigs- og Sundhedsministeriets videregivelse af oplysninger til private. Lovens § 38 omhandler levering af CPR-oplysninger om en større afgrænset kreds af personer, som den private modtager af oplys-

96 2002-219-0110, DÅ 2003, s. 99ff.
97 2004-122-0103.
98 2005-632-0077.
99 Lovbekendtgørelse nr. 140 af 3. marts 2004 om Det Centrale Personregister.

ninger forud har identificeret. Efter § 38, stk. 6, er det en betingelse for levering af CPR-oplysninger efter § 38, at modtageren efter persondataloven er berettiget til at behandle oplysningerne.

Når en virksomhed anmoder om at modtage CPR-oplysninger, tager CPR-kontoret ud fra det oplyste formål stilling til, hvorvidt virksomheden efter persondataloven er berettiget til at behandle oplysningerne. Kontoret fører dog almindeligvis ikke nærmere kontrol med oplysningerne om formålet eller med oplysningerne om virksomhedens relation til de personer, der ønskes CPR-oplysninger om. Hvis kontoret ud fra det, som ansøgeren har skrevet, finder det tvivlsomt, om modtageren er berettiget til at behandle oplysningerne, anmoder kontoret om en nærmere redegørelse, før der træffes afgørelse om levering. Det er op til den enkelte virksomhed at sikre, at virksomhedens registrering af personoplysninger er i overensstemmelse med persondataloven, og at virksomheden herefter i medfør af CPR-loven kan modtage personoplysninger fra CPR. I en dataleverancekontrakts løbetid fører CPR-kontoret ikke kontrol med, om den virksomhed, som løbende modtager CPR-oplysninger (i forbindelse med abonnement), forsat er berettiget til at behandle oplysningerne efter persondataloven.

Datatilsynet fastslår indledningsvis, at CPR-lovens § 38 ikke kan antages at fratage CPR-kontoret ansvaret for, at de videregivelser af CPR-oplysninger, der sker i forbindelse med virksomheders abonnementer, er i overensstemmelse med persondataloven, og herunder principperne om saglighed og proportionalitet. Det er Datatilsynets opfattelse, at det ikke er i overensstemmelse med grundreglen om god databehandlingsskik, hvis en dataansvarlig videregiver oplysninger til en modtager, der *ikke* er berettiget til at indsamle og viderebehandle oplysningerne. Datatilsynet finder derfor, at CPR-kontoret ikke er berettiget til at videregive CPR-oplysninger, hvis der foreligger omstændigheder, som gør, at en virksomhed mv. ikke er berettiget til at behandle, herunder modtage eller indsamle, de pågældende oplysninger.

Den *anden del* af undersøgelsen vedrører Indenrigs- og Sundhedsministeriet, CPR-kontorets generelle videregivelse af CPR-oplysninger om en større kreds af personer (såkaldt masseudtræk) til private dataansvarlige *via databehandlere*.[100] Hele sagen om videregivelse af CPR-oplysninger er rejst på baggrund af medieomtale af, at Experian A/S[101] står angivet som databehandler i 2,5 mio. personers

[100] 2005-632-0077, s. 7ff.

[101] Datatilsynet har efterfølgende udtalt sig om Experian A/S i breve af 2. september og 4. oktober 2005 (2005-631-0161).

CPR-registrering som abonnement på de pågældendes CPR-oplysninger. Ud over at drive virksomhed som edb-service-bureau, dvs. som databehandler for andre, driver Experian A/S bl.a. to kreditoplysningsbureauer (som dataansvarlig) under navnene RKI Kredit Information A/S og KOB A/S.

> I forbindelse med, at Experian A/S og andre edb-service-bureauer modtager CPR-oplysninger, har Datatilsynet erfaret, bl.a. ved klager til tilsynet, at de registrerede i almindelighed ikke har mulighed for at få oplyst, på hvis vegne en databehandler modtager CPR-oplysninger, idet Indenrigs- og Sundhedsministeriet, CPR-kontoret, ikke har kendskab hertil, og idet databehandleren ikke udleverer oplysningen. I eksemplet med Experian A/S er der tale om, at en virksomhed, som har tilmeldt sine kunder til *KreditVagten* eller *AktivKreditSikring*, overlader sit kunderegister til Experian A/S, som så foretager periodiske (daglige) kontroller af, om kunderne bliver nyregistreret mv. som dårlige betalere hos Experian A/S (ved udtræk fra Experians A/S' egne databaser). Dette sker på vegne af virksomheden, der således er dataansvarlig for behandlingen, mens Experian A/S alene er *databehandler*. Aftalen om abonnementer på CPR-oplysninger er indgået mellem Experian A/S og Indenrigs- og Sundhedsministeriet, CPR-kontoret, og altså ikke med den enkelte dataansvarlige virksomhed. CPR-kontoret har oplyst, at den dataansvarlige og databehandleren er underlagt de samme standardvilkår, og at kontoret foretager den samme vurdering ud fra det af databehandleren oplyste om den dataansvarliges formål mv., som når der er tale om et kontraktsforhold direkte med den dataansvarlige virksomhed. Når en registreret anmoder CPR-kontoret om indsigt i CPR, får vedkommende oplysninger om dataindholdet i CPR vedrørende sig selv, herunder hvem der abonnerer på CPR-oplysninger om den pågældende.

Indledningsvist er det Datatilsynets vurdering, at det ud fra fyldestgørende oplysninger om formålet med modtagerens indsamling og relationen mellem modtageren og de personer, der ønskes oplysninger om, er muligt for CPR-kontoret at påse i nødvendigt omfang, at kontorets videregivelser af CPR-oplysninger til dataansvarlige modtagere henholdsvis databehandlere er berettiget efter persondataloven. Tilsynet finder derfor, at den omstændighed, at CPR-kontoret ikke har konkret kendskab til, hvilke dataansvarlige der modtager oplysninger om hvilke personer, ikke i sig selv medfører, at persondatalovens grundregel om god databehandlingsskik er tilsidesat ved den beskrevne levering af oplysninger via Experian A/S. CPR-kontorets vurdering af den dataansvarliges berettigelse efter persondataloven til at behandle oplysningerne synes således

ikke at ske på et andet grundlag end i forbindelse med levering af oplysninger direkte til den dataansvarlige.

Datatilsynet modificerer dette udgangspunkt i forbindelse med spørgsmålet om *gennemsigtighed for den registrerede*. Konsekvensen af, at det er databehandleren og ikke den dataansvarlige, der modtager oplysningerne, som i CPR er registreret som abonnement, er, at det i praksis har vist sig vanskeligt eller umuligt for de registrerede at få oplyst, hvilke virksomheder der abonnerer på oplysninger om dem. I denne situation er der ingen mulighed for, at en registreret kan varetage sine interesser, herunder at gøre sine rettigheder efter persondataloven gældende over for den dataansvarlige, idet vedkommende ikke har og ikke kan få kendskab til, hvem henvendelse skal ske til. I forhold til problemstillingen i forhold til navnlig persondatalovens § 5, stk. 1, er Datatilsynet enig med CPR-kontorets beskrivelse af, at der er tale om en langvarig praksis for videregivelse af CPR-oplysninger gennem databehandlere og at registrere databehandleren som abonnement i CPR. Det er imidlertid Datatilsynets opfattelse, at det vil være bedst stemmende med persondatalovens princip om god databehandlingsskik, at de registrerede fremover sikres mulighed for at få kendskab til, hvilke dataansvarlige virksomheder mv. der abonnerer på CPR-oplysninger om dem. Datatilsynet henstiller derfor, at Indenrigs- og Sundhedsministeriet, CPR-kontoret, tager initiativ til at sikre de registrerede denne mulighed.

Datatilsynet skitserer slutteligt to alternative modeller for, hvorledes de registrerede sikres denne mulighed ved videregivelse af oplysninger fra CPR. Det kunne for det *første* indgå i dataindholdet i CPR, hvilken dataansvarlig der abonnerer på oplysningerne, selv om disse i praksis leveres via en databehandler. Hvis en registreret søger indsigt i CPR, vil den pågældende således umiddelbart kunne se, hvilke modtagere der aktuelt er. Den *anden* mulighed drejer sig om, at databehandleren over for CPR-kontoret, i forbindelse med kontorets vilkår for levering af CPR-oplysninger indestår for, at der mellem databehandleren og de dataansvarlige modtagere er truffet aftaler eller foranstaltninger, som sikrer, at de registrerede har mulighed for at gøre deres rettigheder efter persondataloven gældende, herunder de rettigheder, som forudsætter kendskab til en dataansvarligs identitet.

Kravet om god databehandlingsskik udstikker de ydre rammer, inden for hvilke enhver form for behandling af personoplysninger skal foregå. Man skal dog være opmærksom på, at det bagvedliggende direktiv ikke direkte taler om *god databehandlingsskik*, men i stedet om at medlemsstaterne skal fastsætte bestem-

melser om, at personoplysninger skal behandles *rimeligt og lovligt*.

Overordnet set skal god skik-regler anvendes til sikring af en fleksibel og dynamisk retsanvendelse, også i fremtiden. Umiddelbart er det dog vanskeligt at udvikle en norm, som ikke findes i forvejen. Denne normdannelse kommer med god skik-reglerne til at ske hos en retsinstans i tilknytning til den konkrete retsanvendelse. I forbindelse med udfyldningen af god databehandlingsskik vil det således være Datatilsynet, som er normdanner, men i kraft af det direktiv som ligger til grund for persondataloven, vil det i sidste instans være EF-Domstolen, som skal udfylde normen *rimeligt og lovligt*.

Med tiden kunne man ønske sig, at den persondataretlige generalklausul kan sikre en dynamisk, og samtidig en censureret retsdannelse omkring vilkårene for behandling af personoplysninger, således at den, som en retlig standard, giver de retsanvendende myndigheder en mulighed for løbende at udfylde og tilpasse retstilstanden, så den svarer til den gældende samfundsopfattelse omkring god databehandlingsskik. En anden ønskelig og samtidig realistisk funktion kunne være, at også den persondataretlige generalklausul kunne være med til at hindre modsætningsslutninger fra persondatalovens specialbestemmelser. Dette vil især være hensigtsmæssigt på et retsområde som det persondataretlige, hvor retsudviklingen i kraft af påvirkningen fra den teknologiske udvikling er meget dynamisk. Bestemmelsen vil således kunne opfange nye behandlingsformer, som ikke er beskrevet i lovens specialbestemmelser.

3.3.2 *Finalité-princippet*

Bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 2, falder i 2 dele. Efter den første del skal indsamling af oplysninger *"ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og senere behandling må ikke være uforenelig med disse formål."* Efter den anden del vil senere behandling af oplysninger, der *"alene sker i historisk, statistisk eller videnskabeligt øjemed"* ikke blive anset for uforenelig med de formål, hvortil oplysningerne er indsamlet. I forhold til problemstillingen i denne afhandling vil det kun være bestemmelsens første del, som har relevans, og det vil derfor kun være denne del, der gennemgås. Første del af § 5, stk. 2, udtrykker det såkaldte *finalité-princip*[102] eller *formålsbe-*

[102] Se om denne bestemmelse i forhold til forvaltningsretten i Charlotte Bagger Laursen: Finalité-princippets betydning for forvaltningsretten i UfR 2003B.41.

stemthedsprincip. Fastlæggelsen af formålet med en dataansvarligs behandling af personoplysninger er central i forbindelse med en proportionalitetsvurdering, og herunder en nødvendighedsvurdering, da formålet er styrende for denne vurdering. Hvis et overordnet formål med kameraovervågning i eksempelvis toge er at forbedre trygheden for passagererne via den beviste præventive effekt, kameraovervågning har i forhold til kriminalitet, vil proportionalitetsvurderingen skulle foretages op mod dette formål. Således at det vurderes om kameraovervågning er egnet, nødvendig og forholdsmæssig i forhold til opnåelse af dette formål.

Bestemmelsen er baseret på direktivets art. 6, stk. 1, litra b, og er stort set enslydende med denne. Den eneste forskel er, at direktivet bruger udtrykket *legitime*[103] i stedet for *saglige*.

Datatilsynet har truffet en række afgørelser, som ikke direkte vedrører de enkelte krav i finalité-princippet men princippet mere generelt. I to af disse mere generelle sager har Datatilsynet behandlet spørgsmålet om foreningers videregivelse af medlemsoplysninger er i overensstemmelse med finalité-princippet. I den første sag havde Dansk Amatørfiskeriforening spurgt Datatilsynet, om det ville være i overensstemmelse med persondataloven at udlevere foreningens medlemsliste til et forsikringsselskab, som ville anvende oplysningerne til markedsføring over for medlemmerne.[104] Datatilsynet udtaler, at videregivelse af oplysninger om lokalforeningernes medlemmer til en erhvervsvirksomhed med henblik på markedsføring ville være i strid med persondatalovens § 5, stk. 2.[105] Tilsynet lagde til grund, at en sådan videregivelse ikke faldt inden for hverken landsorganisationens eller de lokale foreningers formål i kraft af f.eks. vedtægtsbestemmelser.

Datatilsynet lagde også vægt på formålet med en given organisation i en sag om Socialdemokraternes anvendelse af medlemsoplysninger.[106] Socialdemokraterne havde bedt Datatilsynet om at tage stilling til, hvorvidt organisationen vil kunne udsende markedsføringsmateriale på vegne af virksomheder og organisationer til det enkelte medlem uden dettes samtykke. Her er det Datatilsynets opfattelse, at Socialdemokraternes behandling af medlems-

---

103 Den engelske udgave bruger betegnelsen: legitimate, og den franske udgave bruger betegnelsen: légitimes.

104 2000-216-0016, DÅ 2000, s. 42f.

105 Videregivelsen ville i øvrigt ikke kunne ske med hjemmel i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, men ville kræve det enkelte medlems samtykke.

106 2003-631-0106.

oplysninger til udsendelse af markedsføringsmateriale på vegne af virksomheder og organisationer kan ske efter § 5, stk. 2 (og § 7, stk. 4, 1. pkt.[107]), hvis denne behandling vurderes at ligge inden for rammerne af organisationens formål, og dette uanset om der er tale om menige medlemmer eller medlemmer med valgte tillidsposter. Om der i en given situation kan behandles medlemsoplysninger til udsendelse af markedsføringsmateriale, må efter tilsynets opfattelse bero på en konkret vurdering af det pågældende markedsføringsmateriale sammenholdt med organisationens virksomhed og formål.

Endelig har Datatilsynet udtalt, at det vil være i strid med § 5, stk. 2, hvis et uddannelsessted uden samtykke anvender oplysninger om de studerende til brug for udsendelse af markedsføringsmateriale på vegne af en forening – evt. via et adresseringsbureau.[108] Tilsynet understregede i denne forbindelse, at uddannelsesstedernes oplysninger om de studerende alene kan anvendes på vegne af Civiløkonomerne til udsendelse af informationsmateriale om diverse studie- og erhvervsrelevante tiltag, som må antages at være af interesse for de studerende. På baggrund af dette blev det henstillet over for Civiløkonomerne, at foreningen skulle orientere de uddannelsessteder, som stillede oplysninger om de studerende til rådighed for udsendelse af materiale, om de begrænsninger, som var indeholdt i Datatilsynets udtalelse, med henblik på at sikre overholdelsen af bestemmelserne i § 5, stk. 2.

Niels Fenger er den eneste danske forfatter, som hidtil har beskæftiget sig indgående med finalité-princippet i spændingsfeltet mellem forvaltningsretten og fællesskabsretten. Han karakteriserer lovfæstningen af princippet, som en *"væsentlig nyskabelse i forhold til den tidligere retstilstand."*[109] Han kommer med følgende beskrivelse af finalité-princippets betydning for offentlige myndigheders interne anvendelse af oplysninger, som de allerede er i besiddelse af.

---

107 Persondatalovens § 7, stk. 4, 1. pkt. har følgende ordlyd: *"En stiftelse, en forening eller en anden almennyttig organisation, hvis sigte er af politisk, filosofisk, religiøs eller faglig art, kan inden for rammerne af sin virksomhed foretage behandling af de i stk. 1 nævnte oplysninger* [følsomme oplysninger] *om organisationens medlemmer eller personer, der på grund af organisationens formål er i regelmæssig kontakt med denne"*.

108 2001-214-0020, DÅ 2001, s. 33ff.

109 Fenger, Niels: Forvaltning & fællesskab, s. 284.

> *"Med finalité-princippet lægger fællesskabsretten et grundlæggende databeskyttelsesretligt princip ned over store dele af den almindelige forvaltningsret. Princippet udgør hermed endnu et eksempel på direktivets sammenstød mellem på den ene side direktivets databeskyttelsesretlige sigte og på den anden side de forvaltningsretlige principper, som direktivet skal spille sammen med. Principielt sætter finalité-princippet en betydningsfuld begrænsning i forvaltningsmyndighedernes hidtidige adgang til at anvende oplysninger, som de tidligere har indhentet til andre administrative formål. Dermed risikerer princippet at svække de effektivitetshensyn, der har båret forvaltningslovens lempelige regler. Omvendt styrker finalité-princippet den registreredes processuelle retssikkerhed derved, at vedkommende i højere grad end efter hidtidig almindelig dansk forvaltningsret får en vis medbestemmelsesret i relation til behandlingen. Det skyldes, at princippet i sagens natur ikke er til hinder for, at den registrerede giver samtykke til, at oplysningerne anvendes til et formål, der er uforeneligt med det oprindelige indsamlingsformål. Hertil kommer, at finalité-princippet – på grund af det fællesskabsretlige forrangskrav – ikke kan gennembrydes af særlige nationale lovregler i speciallovgivningen."*[110]

Fenger giver udtryk for, at det er yderst vanskeligt abstrakt at fastlægge, hvilke begrænsninger finalité-princippet reelt indebærer for forvaltningsmyndighedernes anvendelse af oplysninger, som de eller andre myndigheder har indhentet til brug for andre formål. Fenger lægger sig op ad en opfattelse af, at finalité-princippet ikke i almindelighed er til hinder for, at en forvaltningsmyndighed anvender oplysninger, der tidligere blev indsamlet til anden brug, til løsningen af konkrete afgørelsessager. Han mener ikke, at det har været hensigten med persondataloven, at denne skulle lægge sådanne bånd på forvaltningen. Han frakender dog ikke helt princippet betydning i forhold til sagsoplysningen.[111]

Den første del af finalité-princippet opstiller således fire krav, som skal være opfyldt i forbindelse med indsamling hhv. behandling af personoplysninger. Disse fire krav behandles i de følgende tre afsnit (3.3.2.1-3.3.2.3). To af disse krav – udtrykkelighed og angivelse af formål – behandles under ét, da disse er vanskeligt adskillelige. Sluttelig behandles i afsnit 3.3.2.4 spørgsmålet, om finalité-princippet kan siges at medføre et krav om skriftlighed i forbindelse med den dataansvarliges angivelse af formål.

---

110 Fenger, a. st., s. 284f.

111 Fenger, a. st., s. 285ff.

3.3.2.1 Kravet om udtrykkelighed og kravet om angivelse af formål

I forbindelse med indsamlingen påhviler der den dataansvarlige en ubetinget pligt til at fastlægge, til hvilke formål indsamlingen finder sted. I kravet om *udtrykkelighed* ligger, at den dataansvarlige i forbindelse med indsamlingen skal angive et formål, som er tilstrækkelig veldefineret og velafgrænset til at skabe åbenhed og klarhed vedrørende behandlingen. Formålet med behandlingen af oplysningerne skal således defineres med en vis præcision. En generel eller vag definition eller beskrivelse af formålet med behandling af oplysninger, f.eks. *til administrative formål* vil ikke være tilstrækkelig til at opfylde kravet om udtrykkelighed.[112] Derimod vil en mere præcis angivelse som f.eks. *til brug ved udbetaling af sociale ydelser* eller *til brug ved sessionsbehandling* nok være tilstrækkelig også uden angivelse af, hvilke ydelser eller dele af sessionsbehandlingen der kan komme på tale.[113]

Ifølge betænkningen kan indsamlingen ske til et eller flere formål.[114] I denne forbindelse er der grund til en særlig kritisk opmærksomhed i de situationer, hvor mange forskellige formål bliver angivet. Dette stiller specielle krav til præcision og overskuelighed. I denne forbindelse kan der meget nemt opstå tilfælde, hvor det bliver uklart for den registrerede, hvad de indsamlede oplysninger skal benyttes til, og hvor det efterfølgende bliver vanskeligt at vurdere, om den efterfølgende behandling holder sig inden for den ramme, som er fastlagt i medfør af de opstillede formål. Et meget stort antal formål kan i sig selv bryde med præcisionsforudsætningen.[115]

Når Datatilsynet undersøger kravet om angivelse af formål i persondatalovens § 5, stk. 2, foretager tilsynet ofte en undersøgelse af, om den pågældende opbevaring af personoplysninger siges at *tjene anerkendelsesværdige formål*. I en sag om telekommunikationsindustriens advarselsregister[116] udtalte Datatilsynet, at kravet om, at registeret tjente et anerkendelsesværdigt formål, var en betingelse for meddelelse af en tilladelse til at oprette et advarselsregister over personer, som bevidst har tilsidesat teleselskabernes abonnementsvilkår. I forbindelse med vurderingen tog Datatilsynet de særlige brancheforhold i telebranchen i betragtning. Herunder påpegede

112 Betænkning nr. 1345/1997, s. 441-442.
113 Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 55.
114 Betænkning nr. 1345/1997, s. 441.
115 Blume: Personoplysningsloven, s. 57.
116 2000-43-0004, DÅ 2000, s. 43ff. Sagen behandles nedenfor i afsnit 3.6.4, s. 243.

tilsynet, at oprettelse af abonnement og samtaletid har en ikke uvæsentlig økonomisk værdi, og af denne grund vil der ofte være tale om økonomisk tab af en vis størrelse. I en næsten tilsvarende sag om FDB's advarselsregister over bortviste medarbejdere[117] kom Datatilsynet også frem til, at det pågældende register kunne siges at tjene et anerkendelsesværdigt formål. Tilsynet lagde vægt på, at der ikke var tale om et udelukkelsesregister, men derimod et register, som havde til formål at give mulighed for at overveje en eventuel genansættelse af medarbejdere, der tidligere var blevet bortvist. Endelig anvendte Datatilsynet en næsten tilsvarende formulering i sagen om digital tilmelding til og ansøgning om optagelse på uddannelser.[118] Her anses det angivne formål med eksamensdatabasen i sig selv for at være sagligt og anerkendelsesværdigt.

Datatilsynet har afgivet en enkelt udtalelse, hvor det blev udelukket at anvende indsamlede oplysninger til andre formål, end de der blev varetaget i det pågældende projekt.[119] Sagen handler om behandling af oplysninger hos Projekt JANUS. Udelukkelsen sker med baggrund i karakteren af de meget følsomme oplysninger om ofrene, som behandles i projektet.

3.3.2.2 Kravet om saglighed

Kravet om, at indsamling af oplysninger endvidere skal ske til et eller flere *saglige* formål, er opfyldt, hvis indsamlingen sker til administrative formål, som det ligger inden for den dataansvarlige myndigheds område at varetage. Tilsvarende gælder private dataansvarliges indsamling af oplysninger, der ligger inden for den virksomhed, som de udøver.[120] Kravet om saglighed skal vurderes konkret i forhold til den offentlige myndighed, private virksomhed mv. Afgørende vil i denne forbindelse være, om indsamlingen af oplysninger sigter mod at løse opgaver, som falder inden for myndighedens eller virksomhedens kompetenceområde eller (lovlige) virksomhedsområde.[121] Meningen med finalité-princippet er således at hindre den offentlige forvaltning og andre dataansvarlige i blot at indsamle oplysninger med henblik på eventuel senere

117 2000-43-0013, DÅ 2000, s. 47ff. Sagen behandles nedenfor i afsnit 3.6.4, s. 238.
118 2004-54-1396 Sagen er behandlet ovenfor afs. 3.3, s. 104ff.
119 2004-54-1508 Sagen behandles nedenfor i afs. 3.5, s. 207ff.
120 Betænkning nr. 1345/1997, s. 442.
121 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 130-131.

brug. En forvaltningsmyndighed må *på den ene side* kun indsamle personoplysninger, som er af betydning for myndighedens udførelse af de opgaver, der påhviler den, og selve indsamlingen inden for det pågældende område skal være saglig begrundet. Handler myndigheden sagligt inden for sit kompetenceområde, er finalitéprincippet i § 5, stk. 2, *på den anden side* som hovedregel ikke i sig selv til hinder for, at myndigheden iværksætter indsamling af personoplysninger.[122]

Saglighedskravet findes også i forvaltningslovens § 32, hvorefter den, der virker inden for den offentlige forvaltning, ikke i den forbindelse må *"skaffe sig fortrolige oplysninger, som ikke er af betydning for udførelsen af den pågældendes opgaver"*. Forvaltningslovens § 32 medfører, at de offentligt ansatte ikke i unødigt omfang må indhente fortrolige oplysninger[123] om borgerne eller private virksomheder til brug for behandlingen af en sag, f.eks. ved at anmode om at få tilsendt samtlige akter i en anden myndigheds sag. Dermed får bestemmelsen også betydning for videregivelsessituationen, da den understreger, at den myndighed, der videregiver oplysninger til en anden forvaltningsmyndighed, ikke uden videre, når der fremsættes begæring om videregivelse af fortrolige oplysninger, bør fremsende hele sagen til den begærende myndighed, men kun bør videregive de oplysninger, der må antages at være et *sagligt* behov for i forbindelse med behandlingen af sagen hos den anden myndighed.[124]

Østre Landsret har behandlet spørgsmålet om saglighedskravet i persondatalovens § 5, stk. 2, i UfR 2004.2204Ø. Sagen omhandler en ejendomsmægler, der via sin arbejdsplads havde adgang til RKI, og som havde indhentet en oplysning om, at en bekendt i lokalpolitik var registreret på foranledning af Danske Bank. Oplysningen var ikke som sådan hemmeligholdt af den pågældende. Østre Landsret fandt ikke, at den pågældende indsamling var sket til et sagligt formål, eller at der med behandlingen heraf var forfulgt en berettiget interesse, jf. persondatalovens § 5, stk. 2, og § 6, stk. 1. Tiltalte fandtes derfor skyldig efter anklageskriftet og blev idømt en bøde på 5.000 kr.

Datatilsynet har givet udtryk for en opfattelse af, at behandlingen af personnummer i forbindelse med sagsbehandlingskrævende hen-

---

122 Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 54.

123 Forholdet mellem oplysningskategorier i forvaltningsloven og persondataloven behandles i afs. 3.4.1, s. 159ff.

124 Se ombudsmandsafgørelse om overtrædelse af forvaltningslovens § 32, ovenfor i note 44.

vendelser til politiet er at betragte som et sagligt formål, når personnummeret anvendes som journalnummer.[125]

I forbindelse med en sag om registrering af medarbejderes brug af internettet har Datatilsynet fastslået, at registrering af oplysninger til varetagelse af sikkerheds- og kontrolmæssige formål anses som værende saglig og legitim.[126] Datatilsynet har også fastslået, at den indsamling af personoplysninger via tv-overvågning, som kommunerne foretager med henblik på forebyggelse af kriminalitet og sikring af tryghed for medarbejderne samt sikring af bevismateriale og dermed oplysninger til brug for politiets efterforskning i tilfælde af kriminalitet, har et udtrykkeligt angivet og sagligt formål.[127] Datatilsynet finder også, at Vejdirektoratets indsamling af oplysninger med henblik på at studere trafikken for at få informationer om kødannelser og uheld må siges at opfylde persondatalovens krav om udtrykkeligt og sagligt formål.[128] I modsætning hertil finder Datatilsynet ikke, at saglighedskravet er opfyldt i det tilfælde, hvor personoplysninger indsamles og videregives via et kamera med henblik på markedsføring af en pub på internettet.[129]

Det faktum, at persondatalovens § 5, stk. 2, stiller et krav om saglighed i forbindelse med indsamling af personoplysninger, er ikke en nyskabelse inden for den *almindelige forvaltningsret*. Ved indsamling af personoplysninger i den offentlige forvaltning vil det derfor være nærliggende at udfylde kravet om saglighed gennem det saglighedskrav, som allerede eksisterer i den almindelige forvaltningsret. Når det siges, at forvaltningsafgørelser skal være lovlige, ligger heri forudsætningsvis, at forskellige sæt af retsregler stiller krav til sagsbehandlingen, og krav til selve forvaltningsafgørelsen. Kravene til forvaltningsafgørelsen sammenfattes under betegnelsen *saglige krav*. Kravene angår dels spørgsmålene om, hvilket indhold (retsvirkninger) afgørelsen kan tillægges, dels om hvilke præmisser (betingelser eller hensyn) forvaltningen kan eller skal lægge til grund for afgørelsen.[130] De saglige krav indbefatter primært lega-

125 2002-311-0150. Sagen har sit udspring i spørgsmålet, om det er overensstemmende med persondataloven, at Silkeborg Politi krævede oplysning af personnummer i forbindelse med anmeldelse af to cykeltyverier. Datatilsynet tager ikke stilling til, om politiet kan kræve oplysning om personnummer som betingelse for f.eks. modtagelse af en anmeldelse af et cykeltyveri, da dette ligger uden for persondataloven og dermed uden for Datatilsynets kompetence.

126 2000-632-0001.

127 2004-52-2442.

128 2001-321-0132.

129 2002-631-0086, DÅ 2002, s. 61ff.

130 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 161.

litetsprincippet, skønsudøvelse[131] og forvaltningsretlige grundsætninger, der begrænser dette skøn.

Legalitetsprincippet omfatter to forhold – nemlig kravet om *lovhjemmel* (forvaltningen kan ikke træffe afgørelser uden den fornødne bemyndigelse fra lovgivningsmagten) og herunder *den formelle lovs princip* (heri ligger, at lovene i den retlige trinfølge går forud for administrative afgørelser), og i denne forbindelse bør det bemærkes, at de to netop omtalte begreber ikke kan adskilles skarpt fra hinanden, da der snarere er tale om to forskellige synsvinkler på det samme spørgsmål.[132] Kravet om hjemmel tilgodeser hensynet til borgernes retsbeskyttelse over for forvaltningen. Forvaltningen må være legitimeret gennem sin hjemmel. Er dette ikke tilfældet, kan forskellige sanktioner tænkes anvendt over for forvaltningen (erstatningsansvar, strafansvar, tjenstligt ansvar), eller ved at den trufne afgørelse tilsidesættes (ugyldighed). Kravet om lovhjemmel betyder i almindelighed, at forvaltningen til syvende og sidst må kunne legitimere sig gennem henvisning til *formel lovbestemmelse*. Dog kan legalitetsprincippet helt undtagelsesvis tilfredsstilles gennem henvisning til retssædvane.[133] Det centrale anvendelsesområde for legalitetsprincippet er primært de tilfælde, hvor borgeren har et særligt behov for retsbeskyttelse – dvs. tilfælde, hvor der er tale om indgreb i den private retssfære i form af begrænsninger i handlefriheden. Hvis et givet tilfælde falder inden for dette område, taler man om et *skærpet* hjemmelskrav.[134]

Forvaltningsretten indeholder også nogle *retsgrundsætninger*, der begrænser forvaltningsmyndighedens skøn over, hvorvidt en given afgørelse bør træffes. Den *første* af disse retsgrundsætninger er *magtfordrejningslæren – saglige og usaglige hensyn*. Magtfordrejnings-

---

131 Det administrative skøn har dog ingen relevans i forhold til denne afhandlings problemstilling og behandles derfor ikke yderligere.

132 Garde m.fl., a. st., s. 162. De to forhold behandles indgående hos Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., s. 301 (kravet om lovhjemmel) og s. 311 (den formelle lovs princip).

133 Garde m.fl., a. st., s. 182f.

134 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 188. Se også Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 302ff.

I modsætning til det skærpede hjemmelkrav findes et *lempet* hjemmelskrav, hvor borgerens retsstilling kun berøres indirekte af afgørelser. Disse områder falder dermed uden for legalitetsprincippets centrale anvendelsesområde, jf. Garde m.fl., a. st., s. 210. I praksis er der blevet accepteret en udglidning i hjemmelskravet, således at subsidiære retskilder, eller stærkt udvidende fortolkning af skrevne regler, er blevet anset for tilstrækkeligt, jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 307.

grundsætningen er udviklet gennem retspraksis. Der er altså tale om et dommerskabt krav til forvaltningen. Traditionelt har magtfordrejningslæren været fremstillet som læren om det ulovlige formål. Hovedsynspunktet er det, at enhver forvaltningsmyndighed kun er sat til at varetage en vis kreds af offentlige anliggender og interesser, og at det vil være ulovligt at varetage andre formål end de således forudsatte.[135] Den i praksis udviklede grundsætning må imidlertid i dag forstås som et krav til forvaltningsafgørelsens materielle rigtighed eller lovlighed.[136] Det er naturligvis ikke muligt at give en udtømmende opregning af saglige og usaglige hensyn. Et hensyn er ikke uden videre enten sagligt eller usagligt. Det afgørende er, i hvilken sammenhæng det forekommer. Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at man kan angive nogle hensyn, som typisk vil være usaglige. Det drejer sig bl.a. om varetagelse af private interesser, fagforeningsmagtfordrejning og finansiel magtfordrejning.[137]

Den *anden* af disse grundsætninger er *lighedsgrundsætningen*.[138] Kravet om *lighed* stikker dybt i retsbevidstheden og har fundet udtryk i flere af grundlovens bestemmelser.[139] På trods af dette har kravet om lighed spillet en mindre fremtrædende rolle ved afgrænsningen af, hvilke kriterier der er lovlige, end f.eks. formålsbetragtninger og retsbeskyttelsessynspunkter. Dette beror på, at forestillingen om ensartet behandling og konkret retsanvendelse er svære at forene, idet den konkrete afgørelse netop består i at foretage en udvælgelse af nogle bestemte forhold som grundlag for en særskilt retlig behandling af det pågældende tilfælde.[140] Regler om lighed eller forbud imod, at bestemte forskelle tillægges betydning, findes både i skreven og uskreven ret. Kravet om lighed i forvaltningens afgørelser beror dog i det hele taget først og fremmest på uskre-

135 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 226f. Emnet behandles også hos Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, 5. udg., s. 361f, Bent Christensen: Forvaltningsret, 2. udg., s. 133ff. og Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 324ff.

136 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 227.

137 Den klassiske magtfordrejningslære har sin oprindelse i det første af disse tilfælde. I relation til det andet tilfælde er det ikke sagligt, at en offentligt ansat lægger vægt på det organisationsmæssige tilhørsforhold. Første principielle højesteretsdom var UfR 1932.505H. Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 231ff.

138 Nedenfor i afs. 7.2.4, s. 369ff. gennemgås forholdet mellem proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet i EU-retten.

139 Bl.a. §§ 68, 70, 71, stk. 1, 74, 76, 77 og 83.

140 Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 340.

ven ret. Når magtfordrejningslæren opfattes som enslydende med spørgsmålet, om forvaltningens afgørelser er bundet af sagligt vedkommende hensyn eller præmisser, så har magtfordrejningsgrundsætningen nær sammenhæng med og er til dels identisk med kravet om lighed.[141] Lighedsgrundsætningen har også betydning i forhold til vægtningen af lovlige hensyn. En administrativ praksis er i reglen ikke bindende for den pågældende forvaltningsmyndighed. En administrativ praksis kan således i almindelighed ændres, blot der er tale om en generel kursændring inden for lovens rammer og af saglige grunde. Der må imidlertid ikke forekomme enkeltstående ubegrundede (vilkårlige) afvigelser fra praksis, så længe en administrativ praksis ikke er ændret.[142]

Den *tredje* og sidste af grundsætningerne, som skal nævnes i denne sammenhæng, er *proportionalitetsprincippet*.[143] Hvis det forudsættes, at forvaltningen har den fornødne hjemmel til at foretage indgreb over for borgerne, og der er den fornødne saglige begrundelse for indgrebet, må der imidlertid stilles den yderligere betingelse for forvaltningens handlingers eller beslutningers lovlighed, at indgrebet ikke er mere vidtgående, end formålet tilsigter. Den skønsmæssige afvejning er således begrænset af et proportionalitetsprincip. Hvor forvaltningen har et valg mellem flere reaktioner til opnåelse af et ønskeligt resultat, følger det af princippet, at forvaltningen er forpligtet til at vælge den mindst indgribende, som er tilstrækkelig til opnåelse af formålet.[144] I vid udstrækning fungerer princippet som en generel prioriteringsregel i forhold til skønsafvejningen. Formelt fremtræder retsgrundsætningens indhold som et krav til forvaltningen om ikke at udforme retsfølgen på en mere byrdefuld måde, end de lovligt inddragne kriterier giver holdepunkt for. Især i forhold til afgørelser, der indeholder et element af sanktion over for en borger, har princippet praktisk betydning.[145]

De ovenstående betragtninger om de saglige krav i den almindelige forvaltningsret fører til, at udfyldelsen af det saglighedskrav, som findes i persondatalovens § 5, stk. 2, reelt set er ganske omfattende, når offentlige myndigheder indsamler personoplysninger. Dette faktum kan både siges at være en fordel og en ulempe. For-

141 Garde m.fl., a. st., s. 252.
142 Garde m.fl., a. st., s. 259.
143 Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip er uddybende behandlet nedenfor i afs. 8.3, s. 453ff.
144 Garde m.fl.:, a. st., s. 262, og Gammeltoft-Hansen m.fl., a. st., s. 372.
145 Gammeltoft-Hansen m.fl., a. st., s. 373.

delen ligger deri, at offentlige myndigheder er fuldt ud bekendt med saglighedskravet. Ulempen ved dette er, at det kan være vanskeligt for den enkelte borger at forstå indholdet i et så bredt begreb som det umiddelbart gennemgåede. Med hensyn til udfyldelsen af saglighedskravet i persondataloven skal man dog hele tiden have for øje, at det til syvende og sidst vil være EF-Domstolen, som vil kunne udfylde begrebet endeligt, og at det af denne grund ikke er sikkert, at de saglighedskrav, der findes i den almindelige danske forvaltningsret, vil være helt identiske med de krav, som EF-Domstolen vil komme frem til i forbindelse med en eventuel præjudiciel forelæggelse.

I denne sammenhæng må man også være opmærksom på, at der faktisk eksisterer en mulighed for, at indholdet af det forvaltningsretlige saglighedskrav vil få betydning i forbindelse med private dataansvarliges opfyldelse af kravet i persondatalovens § 5, stk. 2, således at indholdet fra forvaltningsretten via offentlige dataansvarlige så at sige *væltes over* på de private dataansvarlige.

3.3.2.3 Kravet om ikke uforenelighed

Lovens krav om, at senere behandling ikke må være uforenelig med de formål, hvortil oplysningerne er indsamlet, indebærer, at de oplysninger, som den dataansvarlige måtte indsamle, ikke frit kan genbruges, videregives mv. Der vil således heller ikke frit kunne videregives oplysninger f.eks. inden for den offentlige forvaltning. I det omfang genbrug, udveksling mv. ikke er uforenelig med det eller de formål, hvortil oplysningen er indsamlet af den dataansvarlige, vil der dog være mulighed herfor. I hvilket omfang dette er tilfældet, vil bero på en konkret vurdering i den enkelte situation.[146] Det vil derfor ikke være muligt at omgå reglerne ved, at den dataansvarlige videregiver oplysningerne til en tredjemand, som ved sin indsamling af oplysningerne fastsætter formål, som er uforenelige med de formål, hvortil oplysningerne oprindeligt er indsamlet af den dataansvarlige.[147]

Det er vigtigt at være opmærksom på, at bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 2, ikke kræver, at en senere behandling skal være i overensstemmelse med det oprindelige formål, men blot kræver, at den senere behandling ikke er uforenelig med det oprindelige formål.

---

146 Betænkning nr. 1345/1997, s. 442.

147 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 131.

Ifølge *Henrik Waaben og Kristian Korfits Nielsen* vil dette i praksis betyde, at det i vidt omfang ikke vil være i strid med bestemmelsen, at oplysningerne efterfølgende anvendes til et nyt formål – eventuelt af en anden dataansvarlig, hvortil oplysningerne er blevet videregivet. Forfatterne forventer ikke, at reglen i persondatalovens § 5, stk. 2, i nævneværdig grad vil være til hinder for den lovlige udveksling af personoplysninger, som – indtil persondatalovens ikrafttræden – fandt sted mellem offentlig myndigheder med hjemmel i lov om offentlig myndigheders registre og forvaltningsloven, og hvor oplysningerne af de forskellige myndigheder bruges til forskellige formål. Forfatterne forventer, at det samme kommer til at gælde med hensyn til en myndigheds *interne brug* af indsamlede personoplysninger fra forskellige forvaltningsgrene og til forskellige formål.[148] Efter min opfattelse gives der i ovenstående passus udtryk for, at der ikke sættes reelle grænser for udvekslingen af oplysninger mellem dataansvarlige myndigheder i persondatalovens § 5, stk. 2. Denne udlægning af den omtalte del af persondatalovens § 5, stk. 2, er jeg ikke enig i. Billedligt set giver Kristian Kortitz Nielsen og Henrik Waaben udtryk for, at der så at sige findes en *åbning som en ladeport*, når offentlige myndigheder videregiver oplysninger til hinanden og anvender disse til andre formål end det oprindelige. Jeg mener, at udtrykket *ikke uforenelig* skal forstås som en lille åbning, der giver mulighed for, at offentlige myndigheder kan udveksle oplysninger og anvende disse uden fornyet indhentelse af samtykke eller lignende, hvis der er konsistens i anvendelsesformålet, eller sagt på en anden måde, at der er tale om en marginal formålsændring i forhold til det oprindelige indsamlingsformål.

Datatilsynet har beskæftiget sig med kravet om ikke-uforeneligh-ed i en afgørelse vedrørende en klage over, at en internet-bank havde nægtet at slette oplysninger om en kvinde, samt at banken i forbindelse med behandlingen af den pågældende kvindes ansøgning om oprettelse af en indlånskonto ikke havde givet hende tilstrækkelig oplysning om formålet med behandlingen af indsamlede og registrerede oplysninger.[149] Datatilsynet giver udtryk for, at en oplysning om, at der er meddelt afslag samt øvrige oplysninger, som ligger til grund for afslaget, kan behandles af banken i medfør af persondatalovens §§ 5 og 6 i et vist tidsrum efter afslaget. I denne forbindelse lægger tilsynet navnlig vægt på, at det ikke kan anses uforeneligt med det oprindelige formål med indsamlingen –

148 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st, s. 132.
149 2001-213-0066.

at vurdere hvorvidt der kan oprettes et kundeforhold – at oplysningerne opbevares og inden for to år kan indgå i grundlaget for en vurdering af en ny ansøgning fra samme kunde og således mindske risikoen for svig.

3.3.2.4 Krav om skriftlighed?

Ifølge *Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben*[150] skulle persondatalovens § 5, stk. 2, dog ikke i sig selv medføre noget krav om, at den dataansvarlige *skriftligt* formulerer formålet med en bestemt indsamling, men blot at den dataansvarlige gør sig klart, hvad formålet er med enhver indsamling af oplysninger. Man kunne forestille sig, at dette krav så ville fremgå af persondatalovens § 28, stk. 1, nr. 2, hvorefter den dataansvarlige eller en repræsentant for denne ved indsamling af oplysninger skal give den registrerede meddelelse om *"formålene med den behandling, hvortil oplysningerne er bestemt"*, men dette er ikke tilfældet, da der ikke gælder formkrav til meddelelsen til den registrerede. Derfor kan der ikke opstilles krav om, at meddelelse efter bestemmelsen skal gives skriftligt.[151]

Selv om der måske ikke kan opstilles et egentligt krav om skriftlighed i forbindelse med fastlæggelse af formålet med en bestemt indsamling af oplysninger, vil det ganske givet være en fordel – både for den dataansvarlige og for den registrerede – at dette gøres alligevel, da det er den dataansvarlige, der, i tilfælde af uenighed om, hvorvidt der er givet den fornødne underretning til den registrerede, skal kunne dokumentere, at oplysningspligten er opfyldt.[152] Videre skal bemærkes, at forvaltningsmyndigheder, i tilfælde hvor oplysningerne ikke fremgår af sagens dokumenter, er pligtige at overholde kravet om notatpligt i offentlighedslovens § 6, stk. 1.

3.3.3 Proportionalitetsprincippet

Det grundlæggende persondataretlige krav om proportionalitet i forhold til behandling af personoplysninger er, som det indledningsvis blev nævnt, reguleret i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led.

§ 5, stk. 3, har følgende ordlyd: *"Oplysninger, som behandles, skal være relevante og tilstrækkelige og* ***ikke omfatte mere, end hvad der***

150 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 130.
151 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 299.
152 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 299.

***kræves** til opfyldelse af de formål, hvortil oplysningerne indsamles, og de formål, hvortil oplysningerne senere behandles."* [Min fremhævelse]. Den første del af bestemmelsen, som indeholder krav om oplysningernes relevans og tilstrækkelighed, er udtryk for *relevansprincippet*. Den anden del af bestemmelsen, som indeholder krav om, at personlige oplysninger ikke skal omfatte mere end der kræves til opfyldelse af de i forbindelse med indsamlingen opstillede formål, er udtryk for et krav om afvejning af omfanget af de indsamlede oplysninger i forhold til det formål, som er med den pågældende behandling, eller kortere udtrykt er der tale om et krav om proportionalitet. Den dataansvarliges behandling af oplysninger om den registrerede må ikke gå videre end, hvad der kræves til opfyldelse af de formål, som den dataansvarlige er berettiget til at forfølge.[153]

Kravet om proportionalitet i forbindelse med behandling af personoplysninger blev ikke introduceret i dansk persondataret med vedtagelsen af persondataloven. Tidligere gjaldt princippet på ulovreguleret grundlag. Betydningen, af at princippet nu fremgår direkte af persondataloven som et grundlæggende princip for behandling af personoplysninger, skal dog på ingen måde undervurderes.

Bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 3, er enslydende med direktivets art. 6, stk. 1, litra c.

De to principper, som er indeholdt i persondatalovens § 5, stk. 3, er tæt sammenhængende, og i mange tilfælde vil det være nærliggende at behandle dem sammen. Da denne fremstilling har fokus på proportionalitetsprincippet, vil de to principper blive behandlet separat, for derved at få et klarere billede af indholdet i persondatalovens proportionalitetsprincip.

Ud over de specifikke områder vedrørende biometri og kameraovervågning, som behandles nedenfor, har Datatilsynet konkret anvendt proportionalitetsvurderingen i § 5, stk. 3, 2. led i én afgørelse. Sagen omhandler videregivelse af oplysninger fra Randers Kommune til Randers Energi. Her fastslår Datatilsynet, at det blandt andet følger af § 5, stk. 3, at *"Randers Kommune alene vil kunne videregive oplysninger, som det vil være **nødvendigt** at videregive for, at Energi Randers kan varetage sine opgaver i relation til beregning af afgift på fjernvarme. Såfremt der måtte blive tale om videregivelse gennem terminaltilslutning til Randers Kommunes edb-system, vil der således skulle træffes foranstaltninger til sikring af, at der ikke gives adgang til oplysninger, som Energi Randers ikke har brug for."*[154] [Min fremhævelse].

153 Betænkning nr. 1345/1997, s. 443.
154 2003-323-0101.

I relation til denne afgørelse bør det dog fremhæves, at proportionalitetsprincippet (og relevansprincippet) i persondatalovens § 5, stk. 3, i den konkrete sag udmøntes i et krav om nødvendighed, og altså en yderligere indsnævring af princippet, som går i retning af en egentlig underopdeling.

I forhold til proportionalitetsvurderingen i persondatalovens § 5, stk. 3, er der specielt to konkrete områder, hvor Datatilsynet har truffet flere afgørelser, nemlig vedrørende biometri og kameraovervågning. På disse to områder har både Datatilsynet og art. 29-Gruppen udarbejdet dokumenter. Dette materiale inddrages i det følgende. Yderligere inddrages praksis fra de norske og svenske tilsynsmyndigheder.

3.3.3.1 Biometri

Datatilsynet traf sin første afgørelse på det biometriske område[155] i 2003. Afgørelsen blev truffet på baggrund af en forespørgsel om BornholmsTrafikkens anvendelse af fingeraftryk til identifikation i forbindelse med et nyt id-kort til pendlere.[156]

> Det nye person id-rabatkort *Bornholmerkortet* er et personligt chipkort, som indeholder kundens fingeraftryk. I forbindelse med udstedelsen skal kunden udfylde og underskrive en formular samt oplyse kortnummer og andre relevante data om sit kreditkort. Ved udstedelsen af kortet bliver der via et bio-match-program udregnet en værdi på 19 målepunkter af kundens fingeraftryk, og det er denne værdi, som ligger i chipkortet. Chippen indeholder således ikke en kopi af kundens fingeraftryk. Desuden indeholder chippen oplysning om kundens kundenummer hos BornholmsTrafikken. Tilsvarende kundenummer findes i BornholmTrafikkens bookingsystem. Endelig har Bornholmerkortet trykt et unikt kortnummer på forsiden. Når en kunde ønsker at rejse, reserverer den pågældende plads via internet eller telefon. Ved ankomst til terminalbygningen går kunden direkte til gaten, hvor kortet føres forbi en kortlæser, der kontrollerer, om kundenummeret findes i bookingsystemet. Hvis dette er tilfældet, lyser kortlæseren grønt, og kunden kan herefter sætte sin finger på en scanner. Hvis scanneren kan matche kundens fingeraftryk med værdien i chippen på Bornholmerkortet, får kunden adgang til færgen.

155 Birgitte Kofod Olsen har i fremstillingen *Identifikationsteknologi og individbeskyttelse – en øvelse i juridisk teknologivurdering* beskæftiget sig mere generelt med området for identifikationsteknologi.

156 2003-212-0143, DÅ 2003, s. 85ff.

> I forbindelse med forespørgslen oplyste BornholmsTrafikken, at der ikke bliver opbevaret oplysninger om de udregnede værdier af kundens fingeraftryk, hverken i forbindelse med lagringen af oplysninger på kortet eller i forbindelse med kundens scanning af kort og fingeraftryk ved check-in. Den udregnede værdi bliver således udelukkende opbevaret på kundens eget kort. Den overførsel af oplysninger, som foregår ved matchningen af den lagrede værdi i chipkortet og scanningen af kundens fingeraftryk, foregår i krypteret form.

I sin udtalelse lægger Datatilsynet vægt på, at de kunder, som indgår en aftale med BornholmsTrafikken om erhvervelse af et Bornholmerkort, indgår en frivillig aftale og er bekendt med de vilkår, som er gældende for aftalen. Endvidere lægges vægt på, at den udregnede værdi af kundens fingeraftryk alene opbevares på kundens eget kort, og at hverken værdien eller fingeraftrykket opbevares eller lagres andre steder. Med baggrund i dette forhold er det Datatilsynets opfattelse, at den behandling af oplysninger om kunders fingeraftryk, som sker i BornholmsTrafikkens system, ikke er i strid med proportionalitetsprincippet i persondatalovens § 5, stk. 3. I slutningen af 2004 traf Datatilsynet endnu en afgørelse vedrørende behandling af personoplysninger på det biometriske område.[157]

> Sagen omhandlede et biometrisk system, som skulle fungere som adgangssystem til motionscentre. Ved indgangen får medlemmer af motionscentret aflæst fingeraftryk på en scanner, der udregner en matchværdi, som efterfølgende holdes op mod motionscentrets medlemsdatabase. Udregningen af matchværdien sker i scanneren, og scanningen af fingeraftrykket forlader således ikke scanneren. De pågældende oplysninger behandles med medlemmets samtykke og slettes ved ophør af medlemskab.

Vedrørende behandlingens overensstemmelse med proportionalitetsprincippet i persondatalovens § 5, stk. 3, slår Datatilsynets indledningsvis fast, at den konkrete forespørgsel adskiller sig fra forespørgslen om Bornholmerkortet, idet matchværdierne ikke skal opbevares på et kort, som den registrerede er i besiddelse af, men i en database som den registrerede ikke har samme mulighed for at føre kontrol med. Det er Datatilsynets umiddelbare vurdering, at den beskrevne behandling ikke vil kunne ske inden for rammerne af persondataloven. I denne forbindelse lægges vægt på: *"at formålet med behandlingen ikke synes at stå mål med, hvor indgribende en*

[157] 2004-219-0208.

behandling der er tale om. Hensynet til at etablere en adgangskontrol i et motionscenter uden brug af kort kan efter Datatilsynets opfattelse ikke retfærdiggøre behandlingen af matchværdier i en central database. Det er Datatilsynets vurdering, at det ønskede formål kan forfølges med mindre indgribende midler."[158]

De to afgørelser viser altså, at det i forbindelse med overholdelsen af proportionalitetsprincippet ved registrering af biometriske oplysninger er afgørende, om den registrerede selv er i besiddelse af det medium – i sagen om Bornholmerkortet et chipkort – som de pågældende oplysninger er registreret på, eller om der er tale om en registrering i en central database, som den registrerede ikke har samme mulighed for at føre kontrol med. Disse afgørelser er i overensstemmelse med det udgangspunkt, som blev givet af art. 29-Gruppen i 2003.

I et arbejdsdokument om biometri[159] tager art. 29-Gruppen udgangspunkt i direktivets art. 6, litra b og c, der indeholder bestemmelser om formålsbestemthed og proportionalitet. Det fastslås, at det i forbindelse med indsamling af biometriske personoplysninger – ud over fastlæggelsen af formålet – er nødvendigt at undersøge proportionalitet og lovgrundlag under hensyntagen til beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, og i særdeleshed om målet kan nås på en måde, der ikke griber så meget ind i disse rettigheder. Proportionalitetsprincippet har hidtil været det vigtigste kriterium for næsten alle de beslutninger, som tilsynsmyndighederne i bl.a. Nederlandene, Frankrig, Tyskland, Italien og Grækenland har taget om behandling af biometriske data.[160] I forhold til den danske tilsynsmyndigheds afgørelser i forhold til det generelle proportionalitetsprincip forholder art. 29-Gruppen sig yderligere til beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Denne fremhævelse vedrørende beskyttelsen af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder fra art. 29-Gruppens side hænger sammen med direktivets formålsbestemmelse,[161] hvori det bl.a. bestemmes, at medlemsstaterne i forbindelse med behandling af personoplysninger skal sikre beskyttelsen af disse rettigheder, herunder især retten til privatlivets fred. Denne forbindelse mellem den persona-

158 2004-219-0208, s. 3.

159 WP 80 Arbejdsdokument om biometri, vedtaget 1. august 2003.

160 WP 80, s. 6. Afgørelserne fra de udenlandske tilsynsmyndigheder er berørt umiddelbart nedenfor.

161 Se om direktivets art. 1, stk. 1, ovenfor 1.1.2, s. 27f.

taretlige regulering, som foregår i fællesskabsretligt og nationalt regi, og den regulering, som foregår i forhold til EMRK, og specielt bestemmelsen i art. 8, kunne med fordel have været yderligere fremhævet i forbindelse med den danske implementering af direktivet. Imod dette postulat kunne anføres, at Danmark jo selvfølgelig skal overholde sin konventionsforpligtelse i forhold til EMRK, men det kan aldrig skade, at den nationale retsanvender, i dette tilfælde den enkelte dataansvarlige, i forbindelse med en konsultation af persondataloven bliver mindet om EMRK's betydning og indflydelse på det persondataretlige område, og altså også i forhold til behandlingen af biometriske oplysninger.

I forbindelse med adgangskontrol (autentifikation[162] og verifikation[163]) giver gruppen udtryk for, at nogle typer af systemer til adgangskontrol gør det lettere at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder end andre. Biometriske systemer med fysiske karakteristika, som *ikke efterlader sig spor* (f.eks. omrids af hånden men ikke fingeraftryk), hører til denne kategori. Med i kategorien er også biometriske systemer med fysiske karakteristika, som *efterlader sig spor*, men som bygger på, at data, som er i en anden persons besiddelse, end den registreredes ikke overføres til et internt lager (dvs. i en anordning til adgangskontrol eller en central database). Adskillige nationale tilsynsmyndigheder (også Datatilsynet, jf. ovenfor gennemgåede afgørelser) har tilsluttet sig dette synspunkt og anført, at biometriske data helst ikke skal lagres i en database, men i stedet i et medium, som den registrerede alene har adgang til, som f.eks. et microchipkort, en mobiltelefon eller et bankkort. Den dataansvarliges udgangspunkt bør derfor være, at der ikke skal anvendes teknikker til identifikation, som er baseret på en central lagring af de biometriske oplysninger.[164] Med bag-

162 Autenticitet: Rigtigheden af en påstået identitet, jf. Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg., s. 26.

163 Verifikation: Den handling, hvorved der skabes sikkerhed for, at de biometriske oplysninger hidrører fra den angivne afgiver af disse, og at de biometriske oplysninger ikke er ændret efter afgivelsen, jf. Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg., s. 67. Bryde Andersens forklaring på verifikation tager udgangspunkt i digitale signaturer, så denne er lettere omskrevet.

164 WP 80, s. 6. Den danske oversættelse har følgende formulering i forbindelse med opsummeringen af problemstillingen: *"Med andre ord bør man ikke benytte omfattende identifikationsteknikker i autentifikations-/verifikationsapplikationer, der kan anvendes uden at lagre de biometriske data centralt."* Denne formulering er formentlig udtryk for en fejl i forbindelse med oversættelsen til dansk, da opsummeringen når frem til et resultat, som er det modsatte af det netop gennemgåede indhold. Den engelske version af den samme passus har da også følgende formulering: *"In other words, authentification/verification applications which can be*

grund i ovenstående giver art. 29-Gruppen udtryk for, at brugen af andre applikationer, som er baseret på fingeraftryksskabeloner i en terminal eller central database skal undersøges nøje inden anvendelsen. Hvis et sådan system skal gennemføres, f.eks. i forbindelse med installationer, der skal have et højt sikkerhedsniveau, må den dataansvarlige overveje, om der skal anvendes en databehandling, som i henhold til direktivets art. 20[165] kan indebære særlige risici og derfor skal underkastes tilsynsmyndighedernes forudgående kontrol. Eksempler på installationer med et højt sikkerhedsniveau er anvendelsen af biometrisk teknologi til pålidelig, tidstro identifikation af befolkninger af en vis størrelse. Art. 29-Gruppen forventer dog ikke, at en sådan løsning foreligger inden for den nærmeste fremtid.[166] Art. 29-Gruppen anser generelt risikoen for genbrug af fysiske biometriske data, som efterlades af enkeltpersoner (f.eks. fingeraftryk), til uforenelige formål for lav, hvis de pågældende data ikke lagres i centrale databaser, men forbliver hos den registrerede og er utilgængelige for tredjemand. Den centrale lagring af biometriske data vil øge risikoen for, at data om den enkelte kan anvendes til at forbinde forskellige databaser, da dette vil gøre det muligt at udarbejde detaljerede profiler over enkeltpersoners vaner, både i den private og den offentlige sektor.

Efter indkredsningen af problemerne med formålene med anvendelse af biometri i forbindelse med behandlingen af personoplysninger, sætter art. 29-Gruppen fokus på spørgsmålet om hver enkelt gruppe behandlede datas proportionalitet. Det understreges, at biometriske data kun må anvendes, hvis de er relevante, tilstrækkelige og ikke omfatter mere, end hvad der kræves til at opfylde formålet. Dette forhold fører til, at nødvendigheden og proportionaliteten af de behandlede data skal vurderes grundigt. Som eksempel nævnes at den franske tilsynsmyndighed har afvist at anvende fingeraftryk til identifikation af børn, som skulle have adgang til en kantine. Den franske tilsynsmyndighed godkendte i stedet brugen af genkendelse ved hjælp af håndens mønstre. Tilsynsmyndighederne i Det Forenede Kongerige har tilsyneladende tilladt brugen af fingeraftryksidentifikation i lignende situationer, dog under for-

---

carried out without a central storage of biometric data should not implement excessive identification techniques."

165 Art. 20, stk. 1: *"Medlemsstaterne præciserer, hvilke behandlinger der kan indebære særlige risici for personers rettigheder og frihedsrettigheder, og sikrer, at disse behandlinger kontrolleres, inden de iværksættes."*

166 WP 80, s. 6f.

udsætning af indførelse af nødvendige forudsætninger. Den portugisiske tilsynsmyndighed har afvist at give et universitet lov til at benytte fingeraftryk til at kontrollere, hvor flittige og punktlige de ikke-undervisende medarbejdere var. I modsætning hertil har den tyske tilsynsmyndighed tilladt anvendelse af biometriske karakteristika på identifikationspapirer for at undgå forfalskninger, dog under forudsætning af, at de pågældende data blev lagret i kortets microchip og ikke i en central database, hvor det ville være muligt at sammenligne de enkelte fingeraftryk.[167]

Den svenske tilsynsmyndighed har i flere tilfælde beskæftiget sig med en tilsvarende problemstilling. I juni 2004 fastslås for første gang, at den behandling af personoplysninger, som ved Njudungsgymnasiet sker i forbindelse med aflæsning af elevernes fingeraftryk for at kontrollere, at eleverne har betalt for skolemaden, strider mod de grundlæggende krav i den svenske Personuppgiftslagen § 9, litra e og f.[168] Udgangspunkt følges i to afgørelser fra januar 2005, hvor grundlagene dog er anderledes. I den ene afgørelse er der tale om, at fingeraftryk anvendes som muligt alternativ til magnetkort[169], og i den sidstnævnte afgørelse er der tale om en skole, som anvender fingeraftryk til identifikation i tre af fire madsale for at registre, at eleverne kun får udleveret mad én gang dagligt.[170] Den anden afgørelse blev efterfølgende indbragt for Länsrätten i Stockholms Län[171], som kom med følgende begrundelse for sin afgørelse: *"Ändemålet med behandlingen af de partiella fingeravtrycken är att identifiera och registrera de elever som får äta den mat som serveras i tre av skolans fyra matsalar för att på så sätt förhindra att obehöriga äter i matsalarna. Länsrätten anser detta bör kunna tilgodoses på ett enklare og mindre integritetskränkande sätt än genom att partiella fingeravtryck används som indentificeringsmetod. De behandlade uppgifterna kan därmed inte anses adekvata, relevanta eller nödvändiga i forhållanda till ändemålen med behandlingen."*[172] Uddevalla Kommune ankende efterfølgende dommen til Kammarräten i Stockholm.[173] Kammarrätten i Stock-

167 WP80, s. 7f.

168 Datainspektionens beslutning af 15. juni 2004 i 42-2004. Personuppgiftslagen § 9, litra e) og f) har følgende ordlyd: *"e) de personuppgifter som behandlas är adekvata och relevanta i förhållande till ändamålen med behandlingen, f) inte fler personuppgifter behandlas än som är nödvändigt med hänsyn till ändamålen med behandlingen."*

169 Datainspektionens beslutning af 13. januar 2005 i 1602-2004.

170 Datainspektionens beslutning af 13. januar 2005 i 1601-2004.

171 Dom af 2. marts 2005.

172 Dom af 2. marts, 2005, s. 5.

173 Dom af 1. november 2005.

holm kom frem til det modsatte resultat af Länsrättens. Kammarrätten begrunder sin afgørelse på følgende måde: *"Vid en avvägning mellan kommunens behov av ett smidigt och enkelt system att kontrollera att andast de elever som betalat måltidsavgift får del av skolmåltiderna och elevernas intresse av skydd mot kränkning av den personliga integriteten finner kammarrätten att den aktuella personuppgiftsbehandlingen inte utgör något nämnvärt intrång i den personliga integriteten, varför kommunens intresse av systemet väger tyngre än elevernas. Kommunens behandling av personuppgifterna är därfor tillåten utan samtycke inhämtas."* Datainspektionen har efterfølgende anket kammarrättens dom til Regeringsrätten, dog uden endnu at have fået svar på om anken accepteres til realitetsbehandling.[174] Den svenske tilsynsmyndighed er stadig af den opfattelse, at systemet med fingeraflæsning til identifikation af de studerende i forbindelse med udlevering af mad er i strid med de grundlæggende behandlingsbetingelser i personuppgiftslagens § 9, litra e og f, da denne form for behandling af personoplysninger indebærer en unødig krænkelse af de registreredes integritet, da kontrollen kunne udføres på en mindre integritetskrænkende måde. Datatilsynet forholder sig også til den situation, hvor Regeringsrätten skulle anse behandlingen forenelig med de grundlæggende betingelser i den svenske lovs § 9, og kommer frem til, at behandlingen vil skulle have hjemmel i interesseafvejningsreglen i § 10, litra f. I relation til denne bestemmelse påpeger Datatilsynet, at kommunens interesse i at behandle biometriske oplysninger om eleverne i forbindelse med udlevering af mad ikke vejer tungere end elevernes interesse i beskyttelse af krænkelse af deres personlige integritet. Datatilsynet fremhæver yderligere, at biometriske oplysninger adskiller sig fra andre personlige oplysninger, fordi de henhører fra kroppen samt i mange tilfælde er permanente. Behandling af biometriske oplysninger kan derfor medføre særskilte integritetskrænkelser og opleves af mange som ekstra følsom.[175]

Inden anken af Datainspektionens afgørelse i sagen om anvendelse af biometri på Uddevalla Gymnasium fulgte den svenske tilsynsmyndighed den opsatte linje i endnu en afgørelse om anvendelse af fingeraftryk til identifikation.[176] I den konkrete sag anvendes aflæsning af hele håndfladen til identifikation – i de oven-

174 Se yderligere om Regeringsrätten nedenfor afs. 8.4.2, s. 479f.

175 Datatilsynet journalnr. 1824-2005 af 22. november 2005 Överklagende af Kammarrätten i Stockholms dom af 1. november 2005.

176 Datainspektionens beslutning af 3. september 2005 i 1976-2004.

for gennemgåede afgørelser anvendes aflæsning af fingeraftryk til identifikation. Den svenske tilsynsmyndighed kommer frem til, at systemet med håndaflæsning ikke adskiller sig nævneværdigt fra systemerne med fingeraflæsning. Selvom der ikke umiddelbart foreligger nogen risiko for anvendelse af de biometriske oplysninger, som den registrerede ikke har kontrol over, og der yderligere ikke er tale om følsomme oplysninger i personuppgiftslagens forstand, kommer den svenske Datainspektion ud fra en helhedsbedømmelse frem til, at der ikke er anledning til at bedømme denne sag anderledes end de foregående sager om fingeraftryk, da den behandling af personoplysninger, som foregår ved hjælp af håndaflæsning, kan opfattes som en krænkelse af den personlige integritet, og at det er muligt at gennemføre den kontrol, som skal foretages i den konkrete sag, på en for eleverne mindre integritetskrænkende måde.

I en udtalelse fra maj 2005 beskæftiger Datainspektionen sig med spørgsmålet om anvendelse af biometri i ansættelsesforhold.[177] I relation til de grundlæggende behandlingskrav i den svenske personuppgiftslagen § 9[178] påpeges, at biometriske oplysninger er unikke for hvert enkelt individ og yderligere er permanente i mange år. Dette muliggør en unik og livslang identificering af en person. Behandlingsformen er derfor særligt integritetskrænkende for den enkelte. Anvendelse af biometriske oplysninger kan yderligere give mulighed for fremtidige behandlingsformer, som det kan være vanskeligt at få overblik over på det nuværende teknologiske udviklingsniveau. Med baggrund i disse forhold anser den svenske tilsynsmyndighed kun anvendelse af biometri i ansættelsesforhold i overensstemmelse med de grundlæggende behandlingskrav, når det er vigtigt med en sikker identifikation. Afgrænsningen foretages således, at det ikke kan anses foreneligt med de grundlæggende behandlingskrav at anvende biometri til at kontrollere den ansattes arbejdstid og tilstedeværelse på arbejdspladsen. Den biometriske behandling af oplysninger, som foregår i relation til opstart af computere eller andre tekniske anordninger, login på netværk eller i forbindelse med signering af dokumenter eller i forbindelse med adgang til aflåste lokaliteter, er derimod forenelig med de grundlæggende behandlingskrav. I situationer, hvor det tidligere ikke blev anset for nødvendigt med identificering i det hele taget, kan det ikke anses for væsentligt at foretage en sikker identificering af

177 Förfrågningar angående biometri i arbetslivet, 27. maj 2005. Findes på www.datainspektionen.se/temasidor/.

178 Svarer til kravene i den danske personoplysningslovs § 5.

ansatte. Arbejdsgiveren må altid spørge sig selv, om det aktuelle formål kan tilgodeses på en måde, som er mindre krænkende for den ansattes integritet. I de tilfælde, hvor anvendelsen af biometriske oplysninger er i orden, skal der tages hensyn til, hvor omfattende registreringen behøver at være. Eksempelvis er det ofte tilstrækkeligt med at et mindre antal målepunkter i forbindelse med registrering af den enkelte medarbejders finger, i stedet for at der anvendes oplysninger, som modsvarer et helt fingeraftryk.

3.3.3.2 Kameraovervågning

Datatilsynet har i flere afgørelser vedrørende kameraovervågning[179] anvendt reglen indeholdende proportionalitetsprincippet i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led. To af sagerne handler om offentlige myndigheders tv-overvågning, én handler om overvågning af busser, én om tv-overvågning i S-tog, og den sidste om overvågning af en svømmehal.

Når man taler om kameraovervågning, er der en dom, som glimrer ved sit fravær i denne sammenhæng på trods af, at den har været genstand for megen medieomtale. Det drejer sig om sagen om elinstallatør Peter Jensens overvågning med webkamera af Vesterø Havn på Læsø.[180] Baggrunden for, at sagen ikke vil blive behandlet yderligere her, er, at persondataloven ikke er blevet påberåbt i forbindelse med nedlæggelse af påstande i sagen. I forhold til de afgørelser fra Datatilsynet, som behandles i denne afhandling, ville det have været naturligt, hvis sagen også var blevet procederet på både

[179] Se i øvrigt om forholdet mellem persondataloven og tv-overvågning: Peter Blume: *Tv-overvågning* i Juristen 2001, s. 144ff. og Martin Gräs Lind: *Persondataloven og lov om tv-overvågning - gennemtænkt samspil?* i Rettid 2003. Området for kameraovervågning er højaktuelt. Den 13. januar 2006 bragte TV-Avisen i udsendelsen kl. 18.30 et indslag med overskriften *Skoler bruger videoovervågning*. Indslaget handlede om videoovervågning på skoler i Karlebo Kommune. På Holmegårdsskolen var sidste år blevet opsat 50 kameraer udenfor skolen. Kameraerne filmer mod skolens bygninger, og overvåger således ikke bevidst børnene. Kameraerne filmer kun ved bevægelse og optagelserne bliver kun brugt ved vold eller hærværk. Inden iværksættelsen af overvågningen blev der årligt begået hærværk på skolen for 100.000 kr. Denne udgift er helt bortfaldet efter overvågningen er påbegyndt. Antologien *Overvågning eller omsorg - privatlivets grænser* (Birgitte Kofod Olsen og Rikke Frank Jørgensen (red.)) beskæftiger sig ligeledes med området, men med udgangspunkt i *Det politiske dilemma*, *Den historiske og retlige ramme* og *Aktuelle cases*.

[180] Retten i Frederikshavn, j.nr. 315/2004, Anklagemyndigheden mod Peter Jensen afsagt 11. november 2004, og ankesag ved Vester Landsret, S-1037-05 afsagt den 8. juni 2005. UfR 2005.2979V.

tv-overvågningsloven og persondataloven. Hvis persondataloven var blevet påberåbt i sagen ville dommen have fået en meget stor præjudikatsvirkning på et retsområde, hvor den administrative praksis fra Datatilsynet stort set er eneste *retskildemateriale*.

I sagen vedrørende kameraovervågning på Læsø Havn var Peter Jensen tiltalt for overtrædelse af lov om forbud mod privates tv-overvågning § 1, stk. 1, ved den 11. november 2003 at have opsat et automatisk virkende webkamera på en adresse på Vesterø Havn på Læsø, og siden at have foretaget overvågning ved regelmæssig, gentagen billedoptagelse af en del af Vesterø Havn og en del af den offentlige gade Havnebakken, hvorefter billederne ved periodisk opdatering er offentliggjort på internettet.

Byretten lægger til grund, at det på skærmbilledet er muligt at genkende personer og biler. Da optagelserne er sket ud over et offentligt tilgængeligt område, har optagelserne således givet mulighed for kontrol med personer og deres adfærd. Retten finder derfor, at der er tale om personovervågning. Det er uden betydning, at den tiltalte ikke har haft til hensigt at foretage personovervågning, idet det må have stået tiltalte klart, at optagelserne også ville omfatte personer.

Vestre Landsret lægger sig meget tæt op ad denne argumentation, men påpeger at det er tilstrækkeligt for at der foreligger personovervågning, at *"det i hvert tilfælde under visse omstændigheder er muligt at genkende personer på de billeder, der bringes på tiltaltes hjemmeside"*.[181]

Det er min opfattelse, at sagen havde fået et tilsvarende udfald, hvis der var blevet nedlagt påstand om overtrædelse af persondataloven. Dette underbygges af Datatilsynets udtalelse vedrørende overvågning af statsvejene.[182]

Den første gang Datatilsynet udtalte sig om indholdet i proportionalitetsprincippet var i en sag, der handlede om tv-overvågning i Høje-Taastrup Kommune.[183]

I Høje-Taastrup Kommune foretages overvågning af flere af kommunens områder, herunder rådhuset og kommunens institutioner. Kommunen har i denne forbindelse indgået en tre-årig kontrakt med firmaet EUROTRUST RealTime Security A/S, der er et specialfirma inden for sikker opbevaring

181 Vestre Landsrets dom af 8. juni 2005, s. 2.

182 2001-321-0132. Berørt ovenfor afsnit 3.2.1, s. 92. Efterfølgende er overvågningskameraet blevet overdraget til offentligt færgeselskab, Færgeselskabet Læsø I/S, i et forsøg på at lovliggøre overvågningen. Overvågningens saglighed vil dog stadig skulle vurderes konkret.

183 2003-313-0149, DÅ 2003, s. 91ff.

af vitale optagelser fra CCTV (Closed Circuit TeleVision) for firmaer, kommuner og amter mv. Ifølge det oplyste var kameraerne indstillet således, at de fokuserede på kommunens ejendomme og ikke på offentlige veje og stier, men alligevel således at der var fri færdsel/adgang for offentligheden til visse af de områder (parkeringsarealer mv.), der blev overvåget. Overvågningen foregik som hovedregel i tidsrummet 18.00 til 06.00 og i tidsrummet 21.00 til 06.00 for institutionernes vedkommende. Kassefunktionen ved rådhuset blev imidlertid overvåget hele døgnet, og Kvikservicekontoret i Hedehusene (placeret i ventesalen på Hedehusene Station) blev overvåget i arbejdstiden. Der var opsat synlige skilte ved de arealer, der blev overvåget, men uvedkommende blev ikke gjort bekendt med de nøjagtige områder, hvert enkelt kamera dækkede. Efterfølgende blev oplysningerne lagret hos EUROTRUST i en uge, hvorefter de blev slettet. Tidligere havde man opbevaret optagelserne i indtil 30 dage, men havde fundet ud af, at der ikke var behov for at kunne gå længere tilbage end en uge. Høje-Taastrup Kommune havde selv adgang til oplysningerne ved anvendelse af tildelte brugernavne og adgangskoder, således at der via nettet kunne logges på EUROTRUST's servere og hentes billeder fra samtlige kameraer samt søges i arkiverne. Det var to medarbejdere i kommunen, som var tildelt adgang til optagelserne. *Formålet* med videoovervågningen var at stoppe indbrud og hærværk samt tilføre tryghed til borgerne og de ansatte i kommunen. Formålet med kommunens adgang til optagelserne var derfor også, at der i forbindelse med kriminalitet kunne hentes billeder til politiet. Optagelser ville efter det oplyste kun blive udleveret til politiet i forbindelse med kriminelle handlinger på de pågældende institutioner, hvorefter det var op til politiet at vise billederne til personale m.v. i forbindelse med efterforskningen.

I sin gennemgang af sagen slår Datatilsynet fast, at det er *"en **klar** forudsætning, at overvågningen foretages med respekt af persondatalovens grundlæggende krav om proportionalitet m.v."* [Min fremhævelse]. Efter Datatilsynets opfattelse fører en overholdelse af proportionalitetsprincippet til, at overvågningen skal gennemføres på en sådan måde, at den virker mindst muligt integritetskrænkende for den almindelige borger, og at det i første omgang overvejes, om det ønskede formål kan nås med mindre indgribende midler end en tv-overvågning og registrering. Med baggrund i dette forhold finder Datatilsynet, at Høje-Taastrup Kommune, i samme omfang som private, bør undlade at foretage tv-overvågning af områder, hvor der er *almindelig færdsel*.[184] Det er herefter Datatilsynets opfattelse, at Høje-Taa-

[184] Begrebet *Almindelig færdsel* skal ifølge forarbejderne til lov om forbud mod tv-overvågning forstås som normalpolitivedtægtens § 2, dvs. enhver offentlig eller privat gade, plads, tunnel, passage, sti, trappe eller lignende areal, som benyttes

strup Kommune bør undgå tv-overvågning af de områder, hvor det fra kommunen er oplyst, at der er adgang for almindelig færdsel (som eksempel nævnes parkeringsarealer ved institutioner), uanset at overvågningen kun foretages i aften- og nattetimerne.

Som et yderligere element til at sikre overholdelsen af proportionalitetsprincippet skal der ifølge praksis fra Datatilsynet ske sletning af foretagne tv-optagelser inden for en vis kortere periode. Datatilsynet finder, at det forhold, at Høje-Taastrup Kommune alene lagrer oplysningerne i en uge, opfylder kravet om proportionalitet i forhold til sletning. I forhold til de optagelser, som indeholder oplysninger om strafbare forhold, er det tilsynets opfattelse, at der alene må være tale om en kortvarig opbevaring med henblik på politianmeldelse, og at den pågældende opbevaring alene kan ske under forudsætning af, at der foretages politianmeldelse snarest muligt. I forbindelse med anmeldelsen afleveres oplysningerne til politiet og slettes snarest muligt herefter fra kommunens egne systemer.[185] I øvrigt finder Datatilsynet, at det forhold, at Høje-Taastrup Kommune som hovedregel har begrænset tv-overvågningen til tidspunkter, hvor der som udgangspunkt ikke vil være publikum til stede, og at kommunen har begrænset adgangen til oplysningerne til nogle få medarbejdere, er i god overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og sikkerhedsbekendtgørelsens regler. Tilsynet finder ikke, at det er i strid med persondatalovens grundlæggende principper – herunder proportionalitetsprincippet – at der foretages døgnovervågning af kassefunktionen på rådhuset. Datatilsynet tillægger det i den forbindelse betydning, at der er tale om kommunens indendørs lokaliteter, samt at overvågningen sker af hensyn til medarbejdernes sikkerhed og beskyttelsen af kommunens formue.

Efterfølgende har Datatilsynet udtalt sig om offentlige myndigheders kameraovervågning i forbindelse med en anmeldelse fra Brøndby Kommune.[186]

---

til almindelig færdsel af en eller flere færdselsarter. Datatilsynet henviser videre til Justitsministeriets besvarelse af et spørgsmål fra Folketingets Retsudvalg vedrørende reglerne for tv-overvågning (Spørgsmål 214 af 16. januar 2003 fra Folketingets Retsudvalg (Alm. del – bilag 558), hvor det udtales, at det efter ministeriets opfattelse må antages, at f.eks. jernbaneperroner, der er klart adskilt fra det almindelige gade-/vejnet, falder uden for forbuddet i § 1, nr. 1, i lov om forbud mod tv-overvågning. Er der imidlertid tale om perroner med uhindret adgang for gående og kørende, må forbuddet antages at finde tilsvarende anvendelse.

185 I denne forbindelsen kan henvises til Datatilsynets kommentarer til den nedenfor omtalte KaZaa-redegørelse, jf. afs. 3.3.4, s. 153f.

186 2004-52-2442.

> Sagen om videoovervågning i Brøndby Kommune har mange lighedspunkter med den ovenfor gennemgåede sag fra Høje-Taastrup Kommune, men sagerne er ikke fuldstændig sammenfaldende. Brøndby Kommune overvåger kassefunktionen på rådhuset, daginstitutioner, skoler, skrankefunktioner på biblioteker, kommunale vandværker, genbrugsplads og vejplads. Formålet med overvågning er et generelt ønske om at forebygge kriminalitet samt at tilføre de ansatte i kommunen tryghed. Herudover er det formålet at kunne fremlægge billeddokumentation som bevis over for politiet, hvis der opstår situationer, hvor dette kræves. Samtlige skoler og daginstitutioner er overvåget udvendigt fra. Kameraerne er bevægelsesstyret. Dette betyder, at der kun optages, hvis der registreres bevægelser inden for kameraets vinkel. Da de pågældende kameraer registrerer bevægelser hele døgnet, optages elever og brugere af daginstitutioner, hvis de befinder sig der, hvor kameraerne er sat op. Kameraerne peger primært ind mod facaderne, og hvis der er en sti eller lignende inden for kameravinklen, bliver dette område *masket* fra. Fra kl. 22 eller 23 overvåges optagelserne af et security-firmas vagtcentral, som reagerer hver gang, der registreres en bevægelse i tidsrummet fra kl. 22 eller 23 og frem til kl. 5 om morgenen. Resten af døgnet overvåges eller gennemses optagelserne ikke. Der er opsat skilte om overvågning på alle de overvågede steder. På skolerne og i daginstitutionerne er ledelsen og personalet orienteret om overvågningen. Videre har tv-overvågningen været omtalt i dagspressen. Forældrene er orienteret om, at der på visse tidspunkter foretages overvågning.

Udtalelsen er i tråd med den ovenfor omtalte afgørelse om kameraovervågning i Høje-Taastrup Kommune. Dog understreges det, at den omhandlede tv-overvågning kun bør finde sted, hvis der er tungtvejende grunde for iværksættelse af den. Det er tilsynets opfattelse, at enkeltstående tyverier og hærværkstilfælde, problemer med henkastning af affald, mobning, chikane og lignende ikke bør føre til etablering af tv-overvågning. Efter Datatilsynets opfattelse må det kræves, at tv-overvågningen alene benyttes, hvis der ikke er andre egnede løsningsmuligheder til at forhindre eller efterforske grovere kriminalitet, herunder navnlig kriminalitet, som truer liv og sundhed.

Kriminalitetssynspunktet er også det afgørende element i en udtalelse vedrørende videoovervågning af Århus Sporvejes[187] busser i Århus Kommune.[188]

---

187 Århus Sporveje er en kommunal virksomhed.

188 2003-52-2308. Spørgsmålet om videoovervågning i Århus Kommunes busser er en del af en samlet anmeldelse vedrørende flere overvågningstiltag i kommunen, herunder overvågning af vandforsyningsanlægget og Musikhuset. Afgø-

Overordnet set er formålet med videoovervågningen at modvirke hærværk, terrorhandlinger, trusler, overfald, røveri og indbrud samt at sikre optimal tryghed for medarbejderne. Herudover er det formålet at kunne fremlægge billeddokumentation som bevis over for politiet, hvis der opstår en situation, som kræver dette. Busserne har installeret tre kameraer. Det ene overvåger området omkring buschaufføren, dog således at chaufføren ikke bliver filmet. Det pågældende kamera overvåger yderligere de første 5-6 stolerækker. Det andet kamera overvåger passageområdet ned gennem bussen. Det tredje kamera overvåger bagperronen ved billetautomaten. De busser, hvori der er monteret overvågningssystemer, overvåges hele døgnet og dermed uanset om bussen kører med passagerer, holder i garage eller er på værksted.

Videooptagelserne lagres på en harddisk i bussen. Hvis en harddisk skal udtages af bussen, skal der benyttes to nøgler, der er låst inde. Hvis harddiskene skal afspilles, skal den ene af de to nøgler benyttes igen. Afspilningen kan alene ske på en speciel pc. Denne pc har ikke forbindelse til hverken Århus Sporvejes interne netværk eller internettet, og anvendelse af den forudsætter, at man er i besiddelse af en adgangskode. Buschaufførerne har ikke mulighed for at udtage harddisken af deres busser eller at afspille indholdet af harddiskene, idet det alene er en begrænset kreds, der har adgang til nøglerne og kender kodeordet til den pc, hvorpå indholdet af den enkelte harddisk kan vises.

Det er Datatilsynets opfattelse, at den tv-overvågning, som foretages i Århus Sporvejes busser, ikke kan antages at være i strid med persondatalovens grundlæggende principper, herunder proportionalitetsprincippet. Tilsynet lægger i denne forbindelse vægt på, at der ifølge det oplyste gennem flere år har været en stigende grad af vold mod ansatte i busserne. I modsætning til tidligere forsøg på at beskytte de ansatte ved bl.a. at installere overfaldsknap har virksomheden haft gode erfaringer med tv-overvågning, idet der har kunnet konstateres et fald i antallet af overfald, efter at forsøg med tv-overvågning blev iværksat.[189]

Datatilsynet har endelig behandlet en anmeldelse fra DSB om videoovervågning i S-tog.[190]

relsen for så vidt angår disse overvågninger er overensstemmende med de ovenfor refererede.

189 Datatilsynet tillægger det yderligere vægt, at Justitsministeriet i et svar til Folketingets Retsudvalg har anført, at tv-overvågningslovens *stedlige* afgrænsning ifølge ministeriets opfattelse indebærer, at videoovervågning, der alene sker inde i offentlige transportmidler – f.eks. busser og tog – ikke er omfattet af forbuddet i tv-overvågningslovens § 1, stk. 1, hvorefter private ikke må overvåge gade, vej, plads eller lignende område, som benyttes til almindelig færdsel.

190 2003-42-0523, DÅ 2003, s. 95ff.

> DSB havde besluttet at indføre videoovervågning i S-togene med henblik på at forbedre trygheden blandt passagererne. Overvågningen skulle primært være et præventivt middel imod kriminalitet begået i S-tog. I tilfælde af kriminelle handlinger i S-tog ville optagelserne blive brugt til efterforskning og som bevismateriale i eventuelle retssager. De systemer, som skulle anvendes til overvågningen, var CCTV-systemer (Closed Circuit TeleVision), som optog og gemte alle hændelser i toget i 24 timer. Alene oplysninger om strafbare handlinger ville blive anvendt – og eventuelt udleveret til politiet – for videre efterforskning. Normalt ville optagelserne blive overskrevet efter syv dage. I forbindelse med straffesager (vold, overfald, hærværk mv.) kunne det komme på tale, at DSB ville gemme oplysninger i et længere tidsrum til brug ved eventuelle retssager. I disse tilfælde ville oplysningerne blive gemt på stærkt krypterede medier. I forbindelse med anmeldelsen oplyste DSB, at en undersøgelse fra Göteborg havde vist, at 80 % af alt hærværk i tog og sporvogne var forsvundet, efter at der var blevet indført kameraovervågning. DSB forventede en reduktion af hærværk i S-togene med 50 % ved indførelsen af videoovervågning. Samtidig blev det forventet, at mindre hærværk ville føre til, at folk følte sig mere trygge i toge, som var pæne og rene som følge af mindre eller ingen hærværk. Passagererne ville blive informeret om overvågning i henhold til lov om forbud mod tv-overvågning. Informationen ville bestå af skilte opsat i togene om, at der skete kameraovervågning. De ansatte hos DSB ville blive informeret gennem et sæt *Etiske regler for videosystem i S-tog*, som blev udleveret til disse. Det etiske regelsæt indeholdt bl.a. oplysninger om, hvornår der skete sletning af optagelserne, hvem der havde ret til gennemsyn af optagelserne, samt hvem der havde ret til at få udleveret optagelser. Endelig ville effekten af kameraovervågningen i relation til hærværk løbende blive målt, ligesom der også ville blive samlet op på, om kameraovervågningen i øvrigt havde en kriminalitetsforebyggende effekt.

I afgørelsen slås det – ligesom i de ovenstående afgørelser om offentlige myndigheders tv-overvågning – fast, at proportionalitetsprincippet i persondatalovens § 5, stk. 3, fører til, at overvågningen skal gennemføres på en sådan måde, at den virker mindst muligt integritetskrænkende for den almindelige borger, og at det i første omgang skal overvejes, om det ønskede formål kan nås med mindre indgribende midler end tv-overvågning og registrering. Det er Datatilsynets opfattelse, at den i sagen omhandlede videoovervågning – selv om den i øvrigt vil kunne ske efter persondatalovens §§ 6 og 8 – som følge af proportionalitetsvurderingen i § 5, stk. 3, kun bør finde sted, hvis den reelt bidrager til at forbedre passagerernes tryghed og modvirke kriminalitet i og ved S-togene. I denne forbindelse lægger Datatilsynet vægt på, at videoovervåg-

ningen må anses for et væsentligt indgreb over for både passagerer og ansatte.

Datatilsynet har senest beskæftiget sig med kameraovervågning i en sag vedrørende Helsingør Svømmehal.[191] I denne sag er der tale om en overvågning, som kan komme til at virke særligt integritetskrænkende for den registrerede. I forlængelse af de tidligere afgørelser er det tilsynets opfattelse at den påtænkte overvågning ikke kan anses for at være i strid med de grundlæggende principper i persondataloven. I denne forbindelse lægges vægt på, at der er tale om kommunens indendørs lokaliteter, og at overvågningen navnlig sker af hensyn til medarbejdernes sikkerhed, og at kommunen uden den fornødne effekt har forsøgt at imødegå problemerne med andre mindre indgribende foranstaltninger. I forbindelse med vurderingen af overvågningens lovlighed forudsætter Datatilsynet, at overvågningen kun sker uden for områder, hvor besøgende typisk vil være afklædte, at der ikke er opsat skærme, hvor publikum/besøgende kan se optagelserne fra svømmehallen, og at det alene er muligt at zoome på de allerede optagne billeder. Endelig understreger tilsynet, at der bør opstilles retningslinjer for, i hvilke tilfælde der vil ske gennemgang af optagelserne og videregivelse til politiet. I den forbindelse forudsættes det, at der alene sker videregivelse af oplysninger om strafbare forhold, når det er til brug for en strafferetlig efterforskning af forhold over en vis bagatelgrænse.

Art. 29-Gruppen vedrørende Databeskyttelse har vedtaget en udtalelse om behandling af personoplysninger i forbindelse med videoovervågning.[192] Udtalelsen behandler specifikke problemstillinger vedrørende videoovervågning og proportionalitetsprincippet. Ifølge art. 29-Gruppen betyder princippet om, at oplysninger skal være egnede og stå i forhold til de formål, der søges opfyldt, at CCTV og lignende videoovervågningsudstyr kun kan anvendes som et *supplement*. Disse systemer må således kun anvendes til formål, der virkelig berettiger anvendelse af sådanne. I henhold til proportionalitetsprincippet kan disse systemer kun anvendes, hvis andre fysiske eller generelle forebyggelses-, beskyttelses- eller sikkerhedsforanstaltninger ikke medfører billedoptagelse, tydeligt viser sig at være utilstrækkelige og uegnede med hensyn til ovennævnte legitime formål. Dette princip finder også anvendelse på valget af en passende teknologi, kriteriet for den konkrete anven-

191 2004-52-2610.

192 WP 89 Udtalelse nr. 4/2004 om behandling af personoplysninger i forbindelse med videoovervågning, vedtaget 11. februar 2004.

delse af udstyret og de nærmere databehandlingsspecifikationer vedrørende blandt andet adgang og opbevaringsperiode.[193] Som eksempel nævnes, at offentlige myndigheder skal undgå at installere videoovervågningsudstyr i forbindelse med mindre overtrædelser. Det være sig håndhævelse af rygeforbud i skoler eller på andre offentlige steder eller forbud mod henkastning af cigaretskod eller andet affald på offentlige steder. Art. 29-Gruppen sammenfatter problemstillingen på følgende måde: *"Det er med andre ord nødvendigt på en sag-til-sag-basis at anvende* ***princippet om egnethed*** *i forhold til de formål, der søges opfyldt, hvilket medfører en slags* ***datamineringspligt*** *for den registeransvarlige."*[194] [Min fremhævelse].

Et videoovervågnings- eller alarmeringssystem, der står i forhold til de fastsatte mål, kan derimod betragtes som lovligt, hvis der har været flere voldsepisoder i nærheden af et stadion, eller hvis der gentagne gange sker overfald i busser i afsidesliggende områder eller i nærheden af stoppesteder. Dette gælder *ikke* for overvågningssystemer, der enten har til formål at forebygge verbale overgreb mod buschauffører, eller at køretøjerne bliver svinet til, at identificere personer, som er skyldige i mindre administrative overtrædelser (at efterlade affaldsposer ved siden af skraldespande eller i områder, hvor der ikke må henkastes affald), eller at afsløre personer, der begår tyveri i svømmehaller.[195]

Hvis videoovervågningen foretages på steder, som ikke er offentligt tilgængelige, vil vurderingen af foranstaltningernes proportionalitet skulle foretages efter endnu strengere kriterier. Den enkelte vil kunne forvente privatliv i private rum, og derfor vil selve overvågningen kunne betragtes som endnu mere integritetskrænkende end i offentligt tilgængelige rum.

Ifølge art. 29-Gruppen vil de netop gennemgåede betragtninger i særdeleshed kunne bruges på den mere og mere udbredte anvendelse af videoovervågning til selvforsvar og ejendomsbeskyttelse, som især sker i nærheden af offentlige bygninger, kontorer og omkringliggende områder. Når videoovervågning benyttes på denne måde, vil det kræve en mere overordnet vurdering af de indirekte virkninger af en massiv anvendelse. Det være sig enten om installationen af en række anordninger virkelig virker forebyggende, eller om potentielle lovovertrædere ikke bare vælger andre områder eller aktiviteter.[196] Princippet om, at oplysninger skal være

193 WP 89, s. 18.
194 WP 89, s. 19.
195 WP 89, a. st.
196 WP 89, a. st.

egnede, relevante og proportionelle medfører, at der, efter en konstatering af, at en given behandling er lovlig, skal foretages en omhyggelig vurdering af, hvorvidt de foranstaltninger, der gælder selve databehandlingen, er lovlige. I denne sammenhæng peger art. 29-Gruppen på specielt fire forhold:

Først og fremmest skal der tages højde for optagelsesforanstaltningerne.[197]

For det *andet* er det nødvendigt at tage højde for den beslutning, der skal træffes vedrørende opbevaring af billederne og opbevaringsperioden – sidstnævnte skal være begrænset og i overensstemmelse med de særlige forhold, som gør sig gældende i den pågældende situation. Hvis der f.eks. er tale om overvågning af kasseapparaterne i et supermarked, kan det være tilstrækkeligt med et system, der kun tillader visning i et lukket kredsløb af billeder, der ikke optages. Hvis der derimod er tale om overvågning i forbindelse med beskyttelse af private lokaliteter, kan der være berettiget med et system, hvor de optagne billeder slettes automatisk efter få timer, ved dagens afslutning eller under særlige omstændigheder ved ugens afslutning. Yderligere nævnes et eksempel på et system, som har til formål at afsløre uautoriseret kørsel med biler i bycentrum eller i områder med begrænset kørsel. Et sådant system vil kun skulle optage billeder i de tilfælde, hvor der begås en overtrædelse.[198]

Der skal for det *tredje* tages højde for de tilfælde, hvor identificeringen af en person bliver optimeret ved at associere billeder af den pågældendes ansigt med andre oplysninger om den filmede adfærd og de filmede aktiviteter. Dette gælder f.eks. i tilfælde af associering mellem billeder og aktiviteter, der udføres af kunder i en bank på et nemt identificerbart tidspunkt. I denne henseende skal der sondres mellem midlertidig forvaring af videoovervågningsbilleder, der opnås ved hjælp af udstyr, som er anbragt ved indgangen til en bank, og den klart mere indgribende etablering af databaser, som indeholder billeder og fingeraftryk, der er frivilligt afgivet af bankkunderne.[199]

---

197 WP 89, s. 19f. Dette drejer sig specielt om kameravinklen i forhold til formålet. Typen af udstyr, som anvendes til at filme. De aktuelle monteringsforhold. Muligheden for at zoome - både på optagelsestidspunktet og efterfølgende. Billedfastfrysningsfunktioner. Tilslutning til en central med henblik på afgivelse af alarm. Og endelig foranstaltninger, der træffes som følge af videoovervågningen, dvs. lukning af adgange, alarmering af vagtpersonale mv.

198 WP 89, s. 20.

199 WP 89, s. 21.

Endeligt skal der for det *fjerde* tages højde for de beslutninger, der skal træffes med hensyn til både den eventuelle videregivelse af data til tredjemand og deres fuldstændige eller delvise videregivelse til udlandet eller videregivelse on-line.[200]

Kravet, om at billeder skal være relevante og proportionelle, finder tydeligvis også anvendelse ved samkøring af oplysninger, som forskellige dataansvarlige for videoovervågningssystemer er i besiddelse af.

Ifølge art. 29-Gruppen er formålet med ovenstående garantier at gennemføre det princip, som nationale lovbestemmelser i en række lande betegner som *princippet om moderation ved anvendelse af personoplysninger*. Princippet har til formål i videst muligt omfang at forebygge eller reducere behandlingen af personoplysninger. Det er gruppens opfattelse, at dette princip bør gennemføres inden for alle sektorer ved at tage hensyn til den kendsgerning, at mange formål i virkeligheden godt kan opnås uden at gøre brug af personoplysninger eller ved at bruge anonymiserede oplysninger, selv om de umiddelbart ser ud til at kræve anvendelse af personoplysninger.[201]

Med de ovenfor omtalte afgørelser om biometri og tv-overvågning har Datatilsynet indledt den konkrete udfyldning af det proportionalitetsprincip, som findes i de generelle behandlingsbetingelser i persondataloven. I forbindelse med *biometri* er det udgangspunktet, at kravet om proportionalitet anses for opfyldt, når den registrerede selv er i besiddelse af det medium, som de biometriske oplysninger findes på. I denne forbindelse lægger den europæiske tilsynsmyndighed på området, art. 29-Gruppen, yderligere vægt på beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Tilsynsmyndigheden taler for en grundig vurdering af nødvendigheden og proportionaliteten af de behandlede data. Det er dog utvivlsomt, at der er tale om en særdeles vanskelig vurdering, og dette forhold understreges også af rækken af svenske afgørelser og domme. Her er det vanskeligt med sikkerhed at uddrage noget entydigt, da hjemmel og fokus skifter fra retsinstans til retsinstans. Spørgsmålet om *kameraovervågning* er i højere grad behandlet i afgørelser og udtalelser fra Datatilsynet. I disse afgørelser er det et gennemgående træk, at det er en klar forudsætning for overvågningen, at denne foretages med respekt af persondatalovens grundlæggende krav om proportionalitet mv.

200 WP 89, a. st.
201 WP 89, a. st.

Overvågningen skal således gennemføres på en sådan måde, at den virker mindst mulig integritetskrænkende for den almindelige borger. Videre skal det overvejes, om det ønskede formål kan nås med mindre indgribende midler. Der skal således være tungtvejende grunde for iværksættelse af overvågningen. Dette forhold understreges også af art. 29-Gruppen, som fastslår, at tv-overvågning kun kan anvendes som supplement i forhold til formål som virkelig berettiger anvendelsen. Yderligere opstilles krav om, at andre foranstaltninger tydeligt skal vise sig tilstrækkelige og uegnede i forhold til formålet. På trods af, at persondataloven indeholder et tidsbegrænsningsprincip i § 5, stk. 5, har tilsynet i flere tilfælde understreget, at sletning af de optagne optagelser inden for en vis kortere periode er at betragte som et yderligere element til sikring af overholdelse af proportionalitetsprincippet.

3.3.4 Tidsbegrænsningsprincippet

Princippet om tidsbegrænsning betyder, jf. persondatalovens § 5, stk. 5, at indsamlede oplysninger ikke må *"opbevares på en måde, der giver mulighed for at identificere den registrerede i et længere tidsrum end det, der er nødvendigt af hensyn til de formål, hvortil oplysningerne behandles."* Bestemmelsen er baseret på direktivets art. 6, stk. 1, litra e.

Reglen bidrager til at sikre mod unødig dataophobning, der principielt altid medfører en vis forøget risiko for krænkelse af den registrerede, f.eks. derved at oplysningerne kommer uvedkommende i hænde. Det er vanskeligt generelt at beskrive, for hvilket tidsrum opbevaring af identificerbare oplysninger vil kunne ske. Dette må afgøres i den enkelte situation. Det er dog blevet forudsat, at Datatilsynet gennem sin virksomhed vil fastlægge generelle kriterier for, hvor længe den dataansvarlige i almindelighed må opbevare identificerbare oplysninger.[202] I praksis skal der lægges afgørende vægt på, om en forsat opbevaring af oplysningerne tjener et *sagligt formål* for den dataansvarlige myndighed.[203] Det vil altså sige en art returnering til finalité-princippet i § 5, stk. 2.

Redegørelsen om Antipiratgruppens behandling af personoplysninger[204] omhandler Antipiratgruppens behandling af personoplysninger i forbindelse med fremsættelse af erstatningskrav over for

202 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 136.
203 Betænkning nr. 1345/1997, s. 165.
204 2002-219-0135, DÅ 2003, s. 80ff. indeholder en delvis gengivelse.

personer, der har foretaget distribuering af blandt andet ophavsretligt beskyttet musik via fildelingstjenester (her KaZaa) på Internettet.

> Når en bruger anvender eksempelvis KaZaa, sker dette via den pågældende brugers internetforbindelse. Internetbrugeren er tildelt et givet IP-nummer.[205] Den enkelte brugers IP-nummer er offentligt tilgængeligt og fremtræder i alle sammenhænge, når en bruger er online på Internettet, og uanset om den pågældende bruger vælger at anvende KaZaa eller en anden fildelingstjeneste. I relation til de enkelte KaZaa-brugere har Antipiratgruppen sikret sig oplysninger om IP-nummer samt skærmprints med oversigt over, hvilke musiknumre, film og/eller spil den enkelte bruger i strid med ophavsretsloven har gjort tilgængelig for andre KaZaa-brugere. Som led i efterforskningen registreres en række oplysninger, som videregives til Antipiratgruppens advokat og til politiet. Antipiratgruppen oplyser, at oplysningerne slettes senest ved den endelige afslutning af retsforfølgningen af den registrerede.

I denne forbindelse henviser Datatilsynet til tidsbegrænsningsprincippet i persondatalovens § 5, stk. 5, og understreger, at princippet medfører, *"at oplysningerne skal slettes snarest muligt – det vil i denne forbindelse sige senest, når sagen er afsluttet hos politiet eller domstolene. Hvis retsforfølgningen opgives eller ikke indledes inden rimelig tid, skal oplysningerne slettes umiddelbart. Antipiratgruppen skal i hvert enkelt tilfælde konkret vurdere, hvornår en oplysning skal slettes"*.

De oplysninger, der indgår i den offentlige forvaltnings digitalt behandlede sager samt manuelle registre, er principielt omfattet af persondatalovens § 5, stk. 5. Registerudvalget har dog forudsat, at der gennem Datatilsynets virksomhed etableres en praksis, som gør det muligt for forvaltningsmyndigheder at opbevare digitale sagsakter samt manuelle registre, så længe der er et administrativt behov herfor. I denne forbindelse er Registerudvalget opmærksom på, at behovet for at opbevare digitale sagsakter vil variere stærkt fra sagstype til sagstype. Ofte vil der dog kunne hentes støtte i særlovgivningen i forbindelse med vurderingen af dette spørgsmål.

---

205 IP-nummer (Internet Protocol number): Et nummer, der identificerer en computer på et netværk. Identifikationen er fundamental for datakommunikation. IP-numrene angives af brugeren eller tildeles automatisk på brugerens maskine eller fra den navneserver eller router, som maskinen automatisk kontakter ved opkobling på netværket. Heine m.fl.: Internetjura, 2. udg., s. 636. Eksempelvis har www.retsinfo.dk følgende IP-nummer: 147.29.40.90.

Her vil det kunne fremgå, at visse sagsakter skal gemmes et antal år. Registerudvalget finder det under alle omstændigheder vigtigt, at myndighederne ikke tvinges til at slette digitale sagsakter, som der forsat er et sagligt behov for at opbevare.[206]

Denne antagelse må siges at stemme ganske godt overens med Datatilsynets udtalelse i den ovennævnte sag om Antipiratgruppen, men opmærksomheden skal ledes i retning af, at det er det *saglige* behov frem for det *administrative* behov, der bliver udslagsgivende, når den tidsmæssige udstrækning af offentlige myndigheders opbevaring af oplysninger i digitale sager og manuelle registre skal vurderes. Man kan godt forestille sig, at der er et administrativt behov for at opbevare oplysninger uden at der nødvendigvis er et sagligt behov for dette. Det administrative behov for opbevaring af oplysninger er bredere end det saglige behov – som i øvrigt også skal vurderes i forhold til indsamlingens formål, jf. finalité-princippet.

Endelig kan opmærksomheden henledes på, at tidsbegrænsningsprincippet faktisk også er udtryk for et proportionalitetsprincip, hvor oplysninger ikke må opbevares på en måde, der giver mulighed for at identificere den registrerede i et længere tidsrum end det, der er *nødvendigt* af hensyn til de formål, hvortil oplysningerne behandles. Dette synspunkt kommer også til udtryk i den ovenfor omtalte afgørelse vedrørende videoovervågning i Århus Sporvejes busser.[207] Her bemærker Datatilsynet, at et yderligere element til sikring af overholdelsen af proportionalitetsprincippet ifølge tilsynets praksis er, at de optagne oplysninger slettes inden for en vis kortere periode. Det fremgår af anmeldelsen, at Århus Kommune sletter videooptagelserne senest 14 dage efter optagelsen. Datatilsynet finder, at denne frist – for at overholde kravet om proportionalitet – ikke bør overstige syv dage. Med hensyn til optagelser indeholdende oplysninger om strafbare forhold er det tilsynets opfattelse, at der kun må være tale om en kortvarig opbevaring med henblik på politianmeldelse, og at opbevaring alene må ske under forudsætning af, at politianmeldelse foretages snarest muligt. Oplysningerne afleveres til politiet i forbindelse med anmeldelsen og slettes fra kommunens egne systemer umiddelbart herefter – maksimalt efter 30 dage.

Samlet set kan man sige, at de generelle principper i persondatalovens § 5 udstikker fundamentale principper i forbindelse med behandling af personoplysninger. Selv om reglerne ikke i sig selv

206 Betænkning nr. 1345/1997, s. 165.

207 2003-52-2308. Afgørelsen er behandlet overfor i afs. 3.3.3.2, s. 146f.

kan anvendes som hjemmel for behandling, vil disse alligevel medføre en yderligere retsbeskyttelse for de registrerede personer i forhold til, hvis behandlingshjemlen udelukkende skulle findes i den øvrige del af persondatalovens kapitel 4. De generelle principper udstikker videre nogle grænser, som kan vise sig yderst brugbare i relation til en klarlægning af nødvendighedskriteriet.

3.4 Nødvendighedskriteriet i forhold til almindelige oplysninger

I persondatalovens § 6, stk. 1, fastsættes de generelle betingelser for, hvornår behandling af oplysninger kan finde sted. Bestemmelsen gælder som udgangspunkt for enhver behandling, der er omfattet af loven. Dog skal lovligheden af visse særlige former for behandling afgøres efter § 6, stk. 2-4, §§ 7-13 eller efter reglerne i kap. 5-7.[208]

Dermed bliver anvendelsesområdet for § 6, stk. 1, afgrænset til almindelige oplysninger, eller sagt på en anden måde: alle andre oplysninger end de følsomme (og semifølsomme) oplysninger skal behandles efter § 6, stk. 1.

Reglerne i persondatalovens § 6, stk. 1, er baseret på reglerne i direktivets art. 7, som fastsætter, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om, at behandling af personoplysninger kun kan finde sted, hvis én ud af en række betingelser er opfyldt. Hvis man ser bort fra reglen om samtykke i § 6, stk. 1, nr. 1, er det fælles for disse regler, at behandling kun kan ske, hvis den er nødvendig af hensyn til en række nærmere angivne interesser. Det beror på den konkrete situation, om en given behandling af oplysninger må antages at være nødvendig i bestemmelsens forstand. Kravet om nødvendighed overlader den dataansvarlige et vist skøn. Dette skøn vil altid kunne efterprøves af Datatilsynet.[209] En nærmere udfyldning af bestemmelsens nødvendighedskriterium vil derfor ske gennem vedkommende tilsynsmyndigheds virksomhed – altså primært Datatilsynets.[210] *Blume* finder det i denne sammenhæng *"nærliggende, at de specificerede betingelser i § 6 efterhånden vil føre til en gan-*

---

208 Reglerne i persondatalovens kap. 5-7 vedrører *"Videregivelse til kreditoplysningsbureauer af oplysninger om gæld til det offentlige", "Kreditoplysningsbureauer" og "Overførsel af oplysninger til tredjelande"*. De omtalte kapitler har ingen relevans for denne afhandling og vil derfor ikke blive behandlet.

209 Jf. § 55, stk. 1.

210 Betænkning nr. 1345/1997, s. 445.

ske præcis fastlæggelse af, hvornår ordinære persondata kan behandles".[211] Jeg mener, at Blumes udsagn skal tages med et vist forbehold, da persondataretten ikke kan betragtes som et stationært retsområde, men tværtimod er at betragte som et meget dynamisk område, hvor man må formode, at den teknologiske udvikling vil føre til, at der hele tiden udvikles nye metoder til behandling af personoplysninger. I den forbindelse bør man ikke se bort fra den dynamik, som isoleret ligger i proportionalitetsprincippet. Blot fordi en given foranstaltning i dag betragtes som nødvendig, er det ikke sikkert, at den også vil være det i fremtiden. Blumes udtalelse modificeres yderligere, hvis man ser på de afgørelser, som Datatilsynet har truffet i forhold til bestemmelserne i persondatalovens § 6, stk. 1. I hovedparten af disse afgørelser undersøges behandlingens hjemmel i forhold til interesseafvejningsreglen i stk. 7.

Vurderingen af en given behandlings nødvendighed afhænger af, hvilken form for behandling der er tale om. Derfor vil det principielt skulle vurderes separat, om det er nødvendigt, at oplysninger indsamles, registreres, videregives, samkøres mv.[212] Dog vil man hele tiden skulle have de grundlæggende behandlingsregler i persondatalovens § 5 for øje.

Differentieringen mellem de forskellige behandlingsformer har navnlig betydning ved vurderingen af kravet om nødvendighed, som er angivet i nr. 2-7.[213] *Fenger* har givet udtryk for en opfattelse af, at fællesskabsretten ud fra en overordnet principiel synsvinkel bevirker en bedre procesretssikkerhed for fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, men at der samtidig ikke er grund til at antage, at persondataloven *de facto* vil lægge snærende bånd på forvaltningsmyndighedernes hidtidige praksis vedrørende sagsforberedelsen i afgørelsessager. Kravet om nødvendighed må, ifølge forfatteren, antages at blive administreret særligt fleksibelt, hvis oplysningerne ikke har en fortrolig karakter.[214]

Blume har givet udtryk for at opfattelse af, at *"Det er et naturligt udgangspunkt, at mulighederne for at behandle almindelige oplysninger ikke må være for restriktive. De integritetsmæssige risici eksisterer, men i mange situationer kan de ikke betragtes som store. På denne baggrund er det traditionelt blevet accepteret, at disse oplysninger kan behandles på baggrund af meget brede retlige standarder. I de nu ophævede registerlove*

211 Blume: Personoplysningsloven, s. 60.
212 Betænkning nr. 1345/1997, s. 445.
213 Blume: Personoplysningsloven, s. 60.
214 Fenger, Niels: Forvaltning & fællesskab, s. 283f.

kunne registrering ske, når det er relevant eller et naturligt led i virksomhedens normale drift. Denne tradition er forsat."[215]

I praksis vil det dog navnlig være adgangen til at videregive oplysninger, der vil skulle undergives særskilt vurdering. Videre skal der tages hensyn til, hvilken type oplysning der er tale om – navnlig om behandlingen omfatter fortrolige eller ikke-fortrolige oplysninger, og om der er tale om behandling for en offentlig myndighed eller en privat virksomhed.[216]

> Selv om persondatalovens anvendelsesområde (§ 1) ikke indeholder en organisatorisk afgrænsning, vil det dog forsat i en række sammenhænge være af betydning, for hvem behandlingen af oplysninger foretages. Det skyldes, at loven på flere centrale områder indeholder regler, f.eks. visse behandlinger (§ 8) og om fysisk datasikkerhed og anmeldelse (§§ 41-52), der er forskellige afhængig af, om behandlingen sker for den offentlige eller den private sektor. Hertil kommer, at selv på en række af de områder, hvor lovens regler er enslydende, er det forudsat i lovens forarbejder, at reglerne skal administreres forskelligt, alt efter hvilket organ behandlingen sker for. Som et eksempel herpå nævnes de centrale behandlingsregler i lovens § 4.[217]

Efter den hidtil anvendte terminologi inden for registerretten indebærer nødvendighedskravet, at der skal være en betydelig sikkerhed for, at behandlingen er velbegrundet. I forarbejderne til persondataloven er det antaget, at den praktiske udfyldning af bestemmelsen vil modsvare den hidtidige anvendelse af de tilsvarende regler i registerlovene, og dette taler ifølge Blume for en *mild vurdering* af nødvendighedskriteriet.[218] Dette udsagn vil ikke kunne be- eller afkræftes på nærværende sted i denne afhandling, men efter gennemgangen af nødvendighedskriteriet i tysk ret, EU-retten og dansk statsforfatningsret og forvaltningsret vil det danske kriterium blive udfyldt nedenfor i kapitel 10. Umiddelbart virker det dog ikke logisk at fokusere på en udfyldning via registerlovene, når persondataloven er en implementering af et fællesskabsretligt direktiv. Dette umiddelbart ulogiske udgangspunkt forstærkes af, at der i EU-retten findes et traktatfæstet proportionalitetsprincip, der blandt andet indeholder et krav om, at en foranstaltning skal være nødvendig i forhold til et givet formål.

---

215 Blume: Databeskyttelsesret, 2. udg., s. 122.
216 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben: a. st., s. 141.
217 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 54.
218 Blume: Personoplysningsloven, s. 60.

I mange behandlingssituationer vil der være overlapning mellem flere af bestemmelserne i § 6, stk. 1, nr. 2-7, således at en behandling kan legitimeres i en eller flere af reglerne. Specielt § 6, stk. 1, nr. 7, har karakter af en opsamlingsbestemmelse, som ofte vil kunne anvendes samtidig med eller i stedet for bestemmelserne i § 6, stk. 1, nr. 2-6. I praksis har det ingen større betydning, om en behandling anses for at findes sted på grundlag af den ene eller den anden bestemmelse.[219] Dette er tilfældet, fordi bestemmelserne i § 6, stk. 1, nr. 1-7, skal ses som en række sideordnede behandlingsregler.[220]

3.4.1 Forholdet til forvaltningslovens sondring mellem fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger

Inden vedtagelsen af persondataloven fandtes sondringen mellem almindelige oplysninger og følsomme oplysninger ikke i dansk ret. Sondringen har dog meget til fælles med den kendte sondring mellem fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger, som findes i forvaltningslovens § 27, stk. 1, jf. straffelovens § 152, stk. 3. Det forhold, at de to sondringer har meget til fælles, men ikke er fuldstændig ens, skaber grobund for forvekslinger, så derfor skal nærværende afsnit fastsætte forskellene mellem de to sondringer.

Efter straffelovens § 152, stk. 3, anses en oplysning for at være fortrolig, *"når den ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som sådan, eller når det i øvrigt er nødvendigt at hemmeligholde den for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser"*. Da straffeloven ikke indeholder en nærmere angivelse af, hvilke offentlige eller private interesser der kan føre til, at en oplysning må anses for at være fortrolig, må det primært bero på normer uden for straffeloven, om givne oplysninger skal holdes hemmelige. Den væsentligste blandt disse normer er forvaltningslovens § 27, stk. 1.[221] Bestemmelsen i forvaltningsloven foretager en opregning af de hensyn, der efter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde kan føre til, at en oplysning er fortrolig, og dermed undergivet tavshedspligt.[222] Opregningen må antages at dække langt den overvejende del af de hensyn, der kan føre til tavshedspligt, men opregningen er dog ikke udtømmende.[223] Dette er også tilfældet med opregnin-

219 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 141.
220 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. at., s. 140-141.
221 Greve, Vagn m.fl.: Kommenteret straffelov. Speciel del, 8. udg., s. 100.
222 Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 492.
223 Vejledning til forvaltningsloven pkt. 148.

gen i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1-5, vedrørende inhabilitet. Her er nr. 5 at betragte som en opsamlingsbestemmelse med følgende ordlyd: *"der i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed"*. Et nært venskabsforhold til eller omvendt et konstaterbart uvenskab over for en person, der er part i sagen, kunne begrunde inhabilitet for den, der virker i den offentlige forvaltning.[224] Det er også antaget, at utroskab falder ind under bestemmelsen.[225] I særlige tilfælde vil der også foreligge inhabilitet, hvis den pågældende offentligt har tilkendegivet sin opfattelse af den sag, der foreligger til behandling. Dog vil det forhold, at et kommunalbestyrelsesmedlem som led i sin almindelige politiske virksomhed på forhånd har givet udtryk for en stillingtagen til udfaldet af en bestemt sag, ikke i almindelighed kunne begrunde inhabilitet.[226]

I forhold til problemstillingen i denne afhandling er forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 6, den mest centrale. Efter bestemmelsen kan hensynet til enkeltpersoners, private selskabers eller foreningers interesse i at beskytte oplysninger om deres personlige eller interne, herunder økonomiske forhold begrunde tavshedspligt. Bestemmelsen har til formål at beskytte privatlivets fred.[227]

Det afgørende for, om en oplysning må anses for fortrolig, må efter *John Vogters* opfattelse være en vurdering af, om oplysningen er af *"en sådan karakter, at den efter den almindelige opfattelse i samfundet bør kunne forlanges unddraget offentlighedens kendskab"*. Indholdet af denne standard vil naturligvis ændre sig i kraft af en ændret samfundsopfattelse.[228] Videre vil indholdet af den pågældende standard også kunne tænkes ændret gennem en ændring af fortolkningspraksis vedrørende forvaltningslovens § 27, stk. 1. Over tid vil eventuelle ændringer i både samfundsopfattelse og fortolkningspraksis vedrørende afgrænsningen af de fortrolige oplysninger i forvaltningslovens § 27, stk. 1, også kunne føre til en egentlig ændring af selve bestemmelsen i forvaltningsloven.

---

224 Vejledning til forvaltningsloven, pkt. 18.

225 Jf. UfR 1999.689Ø, som omhandler en kommune, som i 1992 udstedte påbud om fjernelse af ca. 660 tons kompost fra en landejendom. Formanden for kommunens tekniske udvalg havde haft et langvarigt, intimt forhold til gårdejerens hustru. Formandens deltagelse i sagen kunne ikke frakendes betydning for sagsbehandlingen. Selv om der ikke var konkrete oplysninger om, at afgørelsen var påvirket af uvedkommende hensyn, var formanden inhabil, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5. Påbuddene fandtes at være ugyldige.

226 Vejledning til forvaltningsloven, pkt. 18.

227 Vejledning til forvaltningsloven pkt. 155.

228 Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 497.

Omfattet af bestemmelsen er først og fremmest oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold, jf. opregningen i forvaltningslovens § 28, stk. 1. Også andre oplysninger vedrørende enkeltpersoners forhold, der ikke er umiddelbart tilgængelige for andre, som kommer i forbindelse med den pågældende, vil efter bestemmelsen kunne være omfattet af tavshedspligten. Det gælder f.eks. oplysninger om familieforhold og oplysninger om indtægts- og formueforhold. Om oplysninger er så *følsomme*,[229] at de skal hemmeligholdes, vil i øvrigt være afhængig af, i hvilken sammenhæng de fremkommer. En almindelig adresseoplysning vil normalt ikke være fortrolig, men det kan den være, hvis den f.eks. røber, at en person er indlagt på psykiatrisk hospital eller er i fængsel. Det samme kan gælde om oplysninger, der indirekte røber et klientforhold.[230] Man skal dog være opmærksom på, at den nutidige brug af informationsteknologi giver mulighed for sammenstykning af hele mosaikbilleder ud fra enkelte fragmenter af personlige oplysninger.[231]

I forhold til persondataloven betyder ovenstående, at de oplysningstyper, som er opregnet i persondatalovens § 7, stk. 1, og § 8, stk. 1, utvivlsomt vil være at betragte som fortrolige oplysninger. I modsætning hertil vil nogle af de oplysninger, som efter persondataloven er at betragte som almindelige oplysninger være fortrolige, mens andre ikke vil være det. I forhold til ovenstående vil oplysninger om indtægtsforhold skulle betragtes som en almindelig oplysning efter persondataloven, mens den vil kunne blive betragtet som fortrolig efter forvaltningsloven.

Men hvorom alting er, er det budskabet, at man skal være opmærksom på, at man ikke kan sidestille forvaltningslovens sondring mellem fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger og persondatalovens sondring mellem almindelige oplysninger og følsomme oplysninger.

3.4.2 *Samtykkets betydning for nødvendighedsvurderingen*

Det kan konstateres, at samtykket nu får en betydelig mere fremtrædende plads i persondataretten, idet et samtykke gør stort set

229 Her er det vigtigt at være opmærksom på, at begrebet følsom i denne sammenhæng ikke må sidestilles med det følsomhedsbegreb, der findes i persondataloven.

230 Vejledning til forvaltningsloven pkt. 155.

231 Bryde Andersen: IT-retten, 2. udg., s. 605.

enhver form for behandling af personoplysninger mulig. Således er det efter persondataloven muligt at behandle både de *almindelige* og de *følsomme* oplysninger, hvis den registrerede har givet sit udtrykkelige[232] samtykke.[233] For de *semi-følsomme* oplysningers vedkommende kan den registrerede – både inden for den offentlige forvaltning og på det private område – udtrykkeligt samtykke til både behandling og videregivelse.[234] Selv om samtykket nu gør stort set enhver form for behandling af personoplysninger mulig, skal de grundlæggende krav i persondatalovens § 5 stadig respekteres, således at den dataansvarlige overholder kravene til god databehandlingsskik, finalité-princippet, relevans- og proportionalitetsprincippet, princippet om korrekt datakvalitet og tidsbegrænsningsprincippet, jf. afs. 3.3. I den tidligere omtalte sag om behandling af personoplysninger hos Jubii A/S[235] fastslår Datatilsynet, at registrering og opbevaring af oplysninger på baggrund af samtykke alene med henblik på politiets retshåndhævelse ikke kan ske inden for rammerne af § 5.

Begrebet samtykke er defineret i persondatalovens § 3, nr. 8, og herefter skal der forstås følgende: *"Enhver frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilger i, at oplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling."* Denne definition er enslydende med den, der findes i direktivets art. 2, litra h.

I forhold til den ovenfor opstillede definition kan man spørge sig selv, hvad der mere konkret ligger i begrebet *viljestilkendegivelse*. Hvis spørgsmålet forsøges besvaret med udgangspunkt i dansk ret, er det nærliggende at sætte dette begreb i forhold til det i aftaleretten kendte begreb *viljeserklæring* for ad denne vej at undersøge, hvad begrebet indeholder. Begrebet viljeserklæring findes nærmere bestemt i definitionen på en *retshandel*, som kort defineres som *"de private retsstiftende viljeserklæringer"*[236] eller længere defineres som *"den private Viljeserklæring, som efter sit Indhold gaar ud på at stifte, forandre eller ophæve Ret, og som derfor har den af Indholdet angivne Retsvirkning, forsaavidt ikke særlige Omstændigheder foreligger"*.[237]

Mads Bryde Andersen har følgende definition på viljeserklæring:

---

232 Samtykket kan således ikke være stiltiende eller indirekte, jf. Betænkning 1345/1997, s. 216.

233 Jf. § 6, stk. 1, nr. 1, og § 7, stk. 2, nr. 1.

234 Jf. § 8, stk. 2, 4, 5.

235 2002-219-0136 Sagen er behandlet ovenfor i afsnit 3.3, s. 105.

236 Ussing: Aftaler, 3. udg., s. 3.

237 Lassen, Julius: Forelæsninger over romersk Privatret, s. 166.

"... en ytring eller markering, der har rod i en beslutning, som afgiveren har haft vilje til at manifestere over for omverdenen således, at andre med rette må opfatte, at afgiveren hermed vil skabe, udløse eller bevare rettigheder eller pligter".[238]

Ross beskæftiger sig med begrebet i forbindelse med fastlæggelse af begrebet *den private disposition*, som defineres som *"den private viljeserklæring der medfører retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold"*.[239] I fastlæggelsen af begrebet *viljeserklæring* starter Ross med at slå fast, at der er tale om et *"højst uklart og mystisk begreb"*.[240]

Ross definerer den *private disposition* på følgende måde: *"Den er et udsagn, der som regel, dvs. med mindre særlige ugyldighedsgrunde foreligger, medfører typisk autonom retsvirkning, dvs. en retsvirkning, som disponenten typisk er interesseret i at fremkalde."*[241]

Selvom der i dansk ret findes nogenlunde klare konturer vedrørende begrebet *viljeserklæring*, bliver man i denne afhandlings sammenhæng nødt til at forholde sig til det indhold, som EU-retten lægger i begrebet *viljestilkendegivelse*, da det i sidste ende er EF-Domstolen, som gennem en eventuel præjudiciel forelæggelse vil fastlægge begrebets endelige indhold. Med baggrund i dette forhold er det nærliggende at se på ordlyden i henholdsvis den engelske og den franske udgave af direktivet.

I den *engelske* version af direktivet har art. 2, litra h, følgende ordlyd: *"'the data subject's consent' shall mean any freely given specific and informed* ***indication of his wishes*** *by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him beeing processed."* [Min fremhævelse].

I den *franske* version af direktivet har art. 2, litra h, følgende ordlyd: *"sonsentement de la personne concernée: toute* ***manifestation de volonté****, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractére personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement."* [Min fremhævelse].

Det engelske udtryk kan oversættes med *tilkendegivelse af et ønske*, medens det franske udtryk kan oversættes med *tilkendegivelse af vilje*. Så umiddelbart er det altså meningen, at et samtykke skal indeholde en tilkendegivelse af vilje, men i sammenhængen kunne man også spørge sig selv, om der er en egentlig sproglig forskel på en *erklæring* og en *tilkendegivelse*. Efter Nudansk ordbog skal en erklæring

238 Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, 2. udg., s. 84.
239 Ross, a. st., s. 281f.
240 Ross, a. st., s. 283.
241 Ross, a. st., s. 288.

forstås som *"en formel tilkendegivelse af noget"* eller en udtalelse eller et udsagn. Som verbum *erklære* skal forstås, at man *"siger noget på en bestemt og klar måde"* eller *"formelt fastslår noget"*. *At tilkendegive* noget skal forstås således, at man giver udtryk for noget i handling eller tale, eller – med andre ord – at man udtrykker eller ytrer sig.

Resultatet af overstående gennemgang må derfor blive, at en erklæring er *noget mere* end en tilkendegivelse, men *hvor meget mere* er svært at sige. Ud fra overstående direkte sammenligning af ordene kan man dog sige, at erklæringen har et mere formelt tilsnit, jf. ordene *formel tilkendegivelse*. Men på trods af dette resultat vil dansk juridisk litteratur om viljeserklæringer dog stadig have relevans i forbindelse med viljestilkendegivelser, man skal dog have in mente, at der er tale om et snævrere begreb.

Det forhold, at et samtykke skal meddeles i form af en viljestilkendegivelse fra den registrerede, fører til, at det som udgangspunkt skal meddeles af den registrerede selv, dog er der intet til hinder for, at samtykket meddeles af en person, som den registrerede har givet fuldmagt hertil.[242]

Der gælder ikke noget formkrav til et samtykke. Det vil således kunne afgives både skriftligt og mundtligt.[243] Samtykket vil også kunne afgives digitalt eller på anden måde, som indebærer en aktiv handling fra den registrerede.[244] Da bevisbyrden for, at der foreligger et samtykke, påhviler den dataansvarlige, anbefales det dog, at samtykket afgives skriftligt – navnlig hvis der gives samtykke til behandling af følsomme oplysninger eller hvis samtykket i øvrigt har stor betydning for en eller flere af parterne.[245]

Ud fra definitionen på et samtykke i persondatalovens § 3, nr. 8, er der tre krav, som skal være opfyldt, for at en viljestilkendegivelse kan anses for at være et samtykke. Det første krav om *frivillighed* skal forstås i overensstemmelse med den almindelige obligationsret, således at det ikke er afgivet under tvang. Dog vil en viljestilkendegivelse, der er afgivet for at opnå en eller anden form for modydelse, også være at betragte som frivillig.[246] Dette er f.eks. tilfældet, hvis den registrerede skal samtykke til en bestemt databehandling for at opnå en offentligretlig ydelse. Efter omstændighederne vil der kunne rejses berettiget tvivl med hensyn til frivilligheden af et med-

242 Betænkning nr. 1345/1997, s. 435.
243 Betænkning nr. 1345/1997, s. 435.
244 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 110.
245 Betænkning nr. 1345/1997, s. 435.
246 Blume: Personoplysningsloven, s. 47.

delt samtykke. Dette er tilfældet, hvis den pågældende person har været (svært) påvirket af alkohol, narkotika eller lignende i forbindelse med afgivelse af samtykket, eller hvis den registrerede er så svækket af sygdom, at den pågældende ikke kan overskue omfanget af et afgivet samtykke, som medfører videregivelse af oplysninger fra en patientjournal.[247]

Yderligere skal samtykket være *specifikt*. I dette krav ligger, at et samtykke skal være konkretiseret, således at det fremgår klart og utvetydigt, hvad der meddeles samtykke til. I den forbindelse skal det af et meddelt samtykke fremgå, hvilke typer oplysninger der må behandles, hvem der kan foretage behandling af oplysninger om den samtykkende, og til hvilke formål behandlingen kan ske. Det må afgøres i den enkelte situation, hvor specifik de foran nævnte krav skal angives.

Endelig skal samtykket være *informeret*, således at den samtykkende er klar over, hvad det er, den pågældende meddeler samtykke til. I denne forbindelse påhviler det den dataansvarlige at give den registrerede tilstrækkelig information til at kunne vurdere, hvorvidt samtykke overhovedet bør meddeles.[248] I denne sammenhæng skal det blot bemærkes, at den registrerede på et hvilket som helst tidspunkt kan tilbagekalde et meddelt samtykke, jf. persondatalovens § 38. Virkningen af en sådan tilbagekaldelse er, at den behandling af oplysninger, som den registrerede tidligere har meddelt sit samtykke til, ikke længere må finde sted. Efter bemærkningerne til persondatalovens § 38 kan et samtykke ikke tilbagekaldes med *tilbagevirkende kraft*.[249] Endelig har det betydning, at et meddelt samtykke ikke er tidsbegrænset, og det vil derfor principielt kunne anvendes, indtil den registrerede tilbagekalder det.

Datatilsynet har i flere afgørelser beskæftiget sig med indholdet af samtykkekravet i forbindelse med mange forskellige former for behandling af personoplysninger, hvor en del af disse centrerer sig om den behandling af oplysninger, som foregår i forbindelse med tv-overvågning og anvendelse af internettet.

Datatilsynets årsberetning fra 2000 indeholder en afgørelse, som vedrører samtykkekravet i relation til hjemmesider med oplysninger om medarbejdere og elever.[250] Med hensyn til oplysninger om ansatte fastslås det, at der kan offentliggøres såkaldte *arbejdsrela-*

247 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 111.
248 Betænkning nr. 1345/1997, s. 436.
249 L 147, s. 122.
250 2000-216-0002, DÅ 2000, s. 33ff.

terede oplysninger (navn, arbejdsområde, ansættelsesår, direkte telefonnummer og e-mailadresse) på Internettet uden samtykke. Offentliggørelsen af denne type af oplysninger om de ansatte er naturlig information om en arbejdsplads.[251] Offentliggørelse af oplysninger af mere personlig karakter (billede, privat adresse, privat e-postadresse, privat telefonnummer) vil derimod alene kunne offentliggøres på internettet med den ansattes udtrykkelige samtykke. I denne forbindelse lagde Datatilsynet vægt på, at nogle mennesker vil føle ubehag ved, at sådanne oplysninger bliver offentliggjort for alle, som har adgang til internettet. I forbindelse med offentliggørelse af oplysninger om elever på skoler og uddannelsesinstitutioners hjemmesider vil enhver offentliggørelse skulle ske med samtykke. I denne forbindelse lægger tilsynet vægt på de samme argumenter, som er fremført i forbindelse med kravet om samtykke til offentliggørelse af oplysninger af mere privat karakter om ansatte. I tilknytning til elevers samtykke er det tilsynets opfattelse, at elever på 15 år og derover selv vil kunne give det nødvendige samtykke til offentliggørelsen, medens det for yngre elevers vedkommende er indehaveren af forældremyndigheden, som skal afgive samtykke til offentliggørelse.

Denne praksis følges af Datatilsynet i en udtalelse fra årsberetningen 2002 vedrørende offentliggørelse af situationsbilleder på internettet.[252] Her gives følgende eksempler på situationsbilleder, der som udgangspunkt kan offentliggøres uden samtykke. Det drejer sig om billeder optaget under en fritidsklubs udfoldelse af aktiviteter, optagelser af unges ophold på en efterskole eller en anden private skole eller optagelser ved en kommunal skoles juleafslutning. I modsætning hertil vil følgende situationsbilleder normalt ikke kunne offentliggøres uden samtykke. Det drejer sig om billeder optaget af ansatte på arbejde i en privat virksomhed eller hos en offentlig myndighed, billeder af kunder i en forretning, i en bank, på et posthus mv. eller besøgende på en bar, natklub eller lignende. Det sidste opregnede eksempel konkretiseres i den nedenfor omtalte afgørelse om transmission af live-tv fra en pub.

Årsberetningen fra 2002 indeholder også en afgørelse om transmission af live-tv fra en pub,[253] hvor der blev filmet 3 meter af en

---

251 Ledelsesretten støtter også denne betragtning. Arbejdsgiveren må være berettiget til at vurdere, hvorledes virksomhedens image bedst varetages udadtil, jf. Blume og Jens Kristiansen: Databeskyttelse på arbejdsmarkedet, s. 79.

252 2002-216-0109, DÅ 2002, s. 44ff.

253 2002-631-0086, DÅ 2002, s. 61ff.

15 meter lang bar. Det filmede blev sendt *live* ud på internettet, og der blev således ikke foretaget nogen lagring af det filmede. Det var Datatilsynets opfattelse, at den i sagen omhandlende behandling af personoplysninger kun kunne ske i henhold til persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 1. Den omstændighed, at der var foretaget skiltning vedrørende live-transmission, indebar ikke, at de besøgende ved at gå ind på pubben kunne siges at have givet et udtrykkeligt samtykke til offentliggørelsen af videobillederne på internettet. Et holdbart bevis, for at der forelå et samtykke, ville forudsætte, at der blev anvendt en procedure, som indebar en skriftlig tilkendegivelse fra de registrerede, f.eks. i forbindelse med en ordning med et medlemskab eller lignende. Tilsynet anbefalede således, at pubben indførte rutiner, der sikrede klubben skriftligt bevis for, at der var samtykke fra alle, der ville få deres billeder sendt ud over internettet.

Kravet til samtykke har også været behandlet i forhold til en banks indsamling af oplysninger via internettet om cpr-nr. i forbindelse med oprettelse af en mulig kundes ansøgning af indlånskonto.[254] Datatilsynet fandt, at der ikke i forbindelse med indsamlingen af oplysninger om det pågældende personnummer blev indhentet et samtykke, som levede op til persondatalovens krav. I denne forbindelse blev der lagt vægt på, at det ikke med tilstrækkeligt tydelighed fremgik af ansøgningsskemaet, at der med skemaets indsendelse blev givet samtykke til en behandling af nærmere konkretiseret art.

Datatilsynets mest dybtgående behandling af samtykket hidtil findes i en afgørelse fra 2004[255] omhandlende et udkast til en samtykkeerklæring forfattet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer. I den pågældende erklæring kunne ansatte revisorer samtykke til deres arbejdsgivers behandling af samt overførsel af personoplysninger til tredjeland (USA), herunder offentliggørelse på PCAOB (Public Company Accounting Oversight Board)'s hjemmeside.

> Det omtalte udkast til en samtykkeerklæring har baggrund i en amerikansk lov, the Sarbanes Oxley Act of 2002. Efter denne lov er der krav om registrering hos PCAOB, der er et almindeligt tilsynsorgan etableret i henhold til den pågældende amerikanske lov. PCAOB har til formål at føre tilsyn med aktieselskabernes revisorer for derved at beskytte investorer samt offentlige interesser ved at sikre udarbejdelsen af informative, retvisende og selvstændige revisionsprotokoller. Den amerikanske lov foreskriver, at revisionsfirmaerne skal registreres ved PCAOB for (fortsat) at kunne forestå revisionen

254 2001-213-0066.
255 2003-233-0028.

af amerikanske aktieselskaber. Registreringen indebærer, at der videregives og offentliggøres en række oplysninger om de ansatte revisorer. Ud over de almindelige personoplysninger (navn, arbejdsgiver og autorisationsnummer) omfatter registreringsforpligtelsen, at der registreres oplysninger om den enkelte revisors involvering i forskellige typer af retssager, herunder retssager, som er faldet ud i den pågældendes disfavør, og uoverensstemmelser mellem den pågældende revisor og klienten, hvis aktier er børsnoteret i USA. Det er PCAOB's hensigt at registrere, opbevare og offentliggøre oplysningerne, herunder at gøre dem tilgængelige på tilsynsorganets hjemmeside. I forbindelse med registreringen er det muligt at ansøge om, at registreringsansøgningen skal undergives fortrolighed. En afvisning af denne vil føre til offentliggørelse af oplysningerne. Fra det tidspunkt, hvor oplysningerne overføres til PCAOB, vil hverken den registrerede eller revisionsvirksomheden have kontrol over, hvorvidt oplysningerne offentliggøres eller ej.

I forbindelse med muligheden for at den registrerede kan afgive et samtykke til den pågældende behandling af oplysninger, finder Datatilsynet det tvivlsomt, hvorvidt et samtykke afgivet i denne sammenhæng reelt vil kunne tilbagekaldes. Det vil ikke have den ønskede effekt, hvis samtykket tilbagekaldes over for arbejdsgiveren, da oplysningerne er videregivet til PCAOB og dermed ude af arbejdsgiverens kontrol. Yderligere vil oplysningerne være videregivet til en ukendt kreds af personer via PCAOB's hjemmeside. Datatilsynet udtaler videre følgende: *"Den påtænkte offentliggørelse, som indebærer et meget vidtrækkende indgreb for en privatperson, bevirker, at det således kan være svært for den registrerede at overskue alle konsekvenserne af et samtykke. Persondatalovens definition af samtykke i § 3, nr. 8, ifølge hvilken et samtykke skal være 'informeret', må derfor som minimum forudsætte, at arbejdstageren informeres om, hvorvidt tilbagekaldelsen reelt er mulig eller ej."*[256] Det er herefter tilsynets opfattelse, at der næppe vil kunne indhentes et generelt samtykke fra revisorerne, som kan leve op til de krav, der stilles i persondatalovens § 3, nr. 8. Kravet om, at revisorerne og revisionsvirksomhederne skal give samtykke til at ville udlevere revisionsdokumenter samt afgive vidneforklaring, hvis PCAOB anmoder om det, giver ifølge Datatilsynet yderligere anledning til overvejelser. Datatilsynet lægger til grund, at der er tale om en behandling af oplysninger, som er omfattet af persondatalovens anvendelsesområde. *"Samtykket vil skulle gives til en hypotetisk situation inden for et forholdsvis bredt anven-*

[256] 2003-233-0028, s. 6.

delsesområde. Samtykket vil ikke kunne konkretiseres, og det kunne ikke på forhånd fastlægges, hvilke oplysninger den registrerede skulle samtykke til behandling af."[257] Det er ikke Datatilsynets opfattelse, at et sådant samtykke lever op til de krav til samtykke, der findes i persondataloven.

I en afgørelse vedrørende Jubii's grundlag for at behandle personoplysninger i forbindelse med logning og opbevaring af kommunikationsdata på en chat har Datatilsynet uddybende behandlet spørgsmålet om frivillighedskravet til et gyldigt afgivet samtykke.[258] Formålet med Jubii's behandling af oplysninger er dels at skabe en sikker chat for brugerne, dels at kunne hjælpe politiet ved at udlevere relevante oplysninger i tilfælde af lovovertrædelser. For at kunne benytte den chat-service, som findes på Jubii's hjemmeside, skal man være oprettet som bruger. Det er Datatilsynets opfattelse, at det pågældende samtykke anses for frivilligt, da det er op til den enkelte bruger, om vedkommende vil anvende Jubii's chatside, der er underlagt vilkår om samtykke til lagring, eller om den pågældende vil benytte en anden chat-tjeneste, som ikke stiller et sådant krav, og som således heller ikke giver brugerne samme sikkerhed. I samme forbindelse anbefaler Datatilsynet dog, at Jubii – for at undgå enhver tvivl – etablerer en særlig facilitet, som sikrer, at de registrerede afgiver et samtykke, der opfylder lovens krav. Dette kunne eksempelvis gøres ved en konkret tekst, som de besøgende obligatorisk skal klikke *ja* til at have læst og accepteret for at få adgang til chatten.

Datatilsynet har forholdt sig til problemstillingen om manglende indhentelse af samtykke i forhold til behandling af følsomme oplysninger om misbrugere i en afgørelse fra årsberetningen 2001.[259] Her blev det udtalt, at behandling af personoplysninger om misbrugere bør ske på baggrund af et udtrykkeligt samtykke, jf. persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 1, da der er tale om meget følsomme oplysninger. I forhold til behandling af oplysninger om pårørende uden samtykke blev det henstillet, at der skulle gøres notat om dette. Denne fremgangsmåde ville gøre det muligt for Datatilsynet – evt. i forbindelse med en inspektion – at kontrollere, om der rent undtagelsesvist blev behandlet oplysninger om pårørende uden et udtrykkeligt samtykke.

257 2003-233-0028, a. st.
258 2002-219-0136.
259 2000-53-0118, DÅ 2001, s. 37f.

3.4.3 Nødvendighedskriteriets betydning i forhold til en interesseafvejning

Interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, er væsentlig i forhold til nødvendighedskriteriet. Dette bunder i, at bestemmelsen ikke, som det er tilfældet med de øvrige bestemmelser i nr. 2 til nr. 6, har noget egentligt objektivt indhold. Der er med andre ord ikke en på forhold fastsat behandlingssituation, som nødvendighedsvurderingen skal foretages op imod. Bestemmelsen handler dermed om afvejning i to relationer. Først i forholdet mellem den dataansvarliges berettigede interesse og hensynet til den registrerede, og efterfølgende, hvis den første afvejning falder ud i forhold til den registrerede, en nødvendighedsvurdering af den dataansvarliges berettigede interesse i forhold til formålet med den pågældende behandling af personoplysninger.

3.4.3.1 Generelt om interesseafvejningsreglen

Efter bestemmelsen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, må behandling af oplysninger kun finde sted, hvis *"behandlingen er nødvendig for, at den dataansvarlige eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en berettiget interesse og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse"*. Bestemmelsen bygger på direktivets artikel 7, litra f, som indeholder krav om, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om, at behandling af personoplysninger kun må finde sted, hvis *"behandlingen er nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1,*[260] *i dette direktiv, går forud herfor."* Ordlyden af bestemmelsen i persondataloven og persondatadirektivet er således ikke sammenfaldende i alle enkeltheder.

Det første forhold, som springer én i øjnene, er persondatalovens manglende gengivelse af kravet om, at interesseafvejningen også skal foretages i forhold til grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Dette krav er i og for sig ikke unaturligt, da beskyttelsen

[260] Direktivets artikel 1, stk. 1, har følgende ordlyd: *"Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger."*

af registreredes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder er et af direktivets formål, jf. art. 1, stk. 1.

Yderligere er det umiddelbart problematisk, at persondataloven i forbindelse med afgrænsningen af den dataansvarliges interesse anvender begrebet *berettiget* i stedet for direktivets *legitim*. Dette forhold kompliceres yderligere af direktivets anvendelse af udtrykket legitim i art. 6, litra b i persondatalovens § 5, stk. 2, er blevet til *saglig*. I henholdsvis den franske og engelske version af direktivet er i begge tilfælde anvendt udtrykket *légitimes* henholdvis *legitimate*.[261] Ved opslag i Gyldendals Fransk-Danske ordbog konstateres at *légitime* oversættes med ordene rimelig og berettiget. Tilsvarende ord bruges ved oversættelse fra engelsk til dansk.[262] På trods af, at betydningen af de ord, som er anvendt i persondataloven er den samme som det, der er anvendt i persondatadirektivet, skal der alligevel peges på det uhensigtsmæssige i den manglende overensstemmelse mellem direktivet og loven. Det er ikke hensigtsmæssigt, at man er nødt til at konsultere direktivteksten i forbindelse med den konkrete anvendelse af persondataloven.

Bestemmelsen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, er som tidligere nævnt i et vist omfang sammenfaldende med de øvrige bestemmelser i nr. 2-6. Denne afsluttende bestemmelse giver den dataansvarlige en vid adgang til at behandle oplysninger. Dog er det en betingelse for at kunne anvende bestemmelsen, at den dataansvarlige har foretaget en vurdering af, hvorvidt hensynet til den registreredes interesser overstiger hensynet til de interesser, der ønskes forfulgt med behandlingen. Den dataansvarlige eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, vil også kunne forfølge andre end deres egne interesser, dog er det en forudsætning, at der er tale om andres berettigede interesse.[263] Der vil altså i alle tilfælde være tale om, at den dataansvarlige foretager en *konkret interesseafvejning*.

Blume karakteriserer bestemmelsen på følgende måde: *"Interesseafvejningen efter denne bestemmelse kan tit diskuteres, og grundlæggende er der tale om et skøn udøvet af den dataansvarlige og evt. siden af Datatilsynet. Der er ikke noget objektivt indhold i bestemmelsen, men selvom den forudsætter et værdispring til fordel for behandlingen, er der grund til ... at betone, at det er forudsat ved lovens vedtagelse, at det i vidt omfang*

261 Ifølge Longman Dictionary of Contemporary English skal der ved udtrykket forstås følgende: *"correct, allowable or operating, according to the law"* eller *fair, correct, or reasonable according to accepted standards of behaviour"*.

262 Nielsen, B. Kjærulff: EngelskDansk – Gyldendals Store Røde Ordbøger.

263 Betænkning nr. 1345/1997, s. 447-448.

skal være muligt at behandle almindelige personoplysninger. Grænserne herfor er derfor ikke snævre."[264] Umiddelbart er jeg ikke enig med Blume i denne antagelse. Jeg er af den opfattelse, at der er snævre grænser for anvendelsen af bestemmelsen. Dette begrundes for det *første* i det forhold, at bestemmelsen ikke har et egentligt objektivt indhold, samt at bestemmelsen for det *andet* indeholder et krav om nødvendighed. To forhold, som gerne skulle medføre, at grænserne for dataansvarliges behandling af personoplysninger med hjemmel i bestemmelser er trukket således op, at der ikke behandles oplysninger i de tilfælde, hvor dette ikke er hjemlet i forhold til persondataloven. Nødvendighedskravet bliver til et yderligere vurderingskriterium i de tilfælde, hvor den dataansvarliges berettigede interesse ud fra en konkret vurdering vejer tungest. Endelig vil man ikke kunne se bort fra de grundlæggende behandlingsbetingelser i persondatalovens § 5, som jo i alle tilfælde skal være opfyldt. Når en bestemmelse som nr. 7 giver en vid adgang til at behandle personoplysninger, vil de generelle behandlingsregler få en øget betydning, da de så at sige vil danne en *nedre grænse* i forhold til de forhold, som kan falde ind under bestemmelsen.

Man kunne hente et fortolkningsbidrag til fastsættelse af bestemmelsens indhold i *forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 3,* hvorefter oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold kan videregives, når *"videregivelse sker til varetagelse af private eller offentlige interesser, der* ***klart overstiger*** *hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse, herunder hensynet til den, oplysningerne angår."* [Min fremhævelse]. Man skal dog være opmærksom på den forskel mellem de to bestemmelse, som består i, at persondatalovens krav er, at hensynet til den registrerede ***ikke overstiger*** hensynet til, at den dataansvarlige eller en tredjemand forfølger en berettiget interesse. Forvaltningsloven er derimod positivt formuleret, således at de offentlige eller private interesser, som varetages ved en videregivelse ***klart overstiger*** hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse.

Bestemmelsen i forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 3, er blevet kaldt *værdispringsreglen* i den juridiske litteratur.[265] Efter bestemmelsen skal der foretages en afvejning af på den ene side den interesse, som den, oplysningen vedrører, har i, at oplysningen hemmeligholdes, og på den anden side karakteren og betydningen af de private interesser, der kan begrunde, at oplys-

264 Blume: Behandling af personoplysninger, s. 94.

265 Se Vogter: Kommenteret forvaltningslov, 3. udg., s. 544ff., Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., s. 465ff., Rønsholdt: Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling, s. 369ff.

ningen videregives til en anden forvaltningsmyndighed. Bestemmelsen forudsætter således, at der er tale om et værdispring mellem interessen i, at oplysningen ikke videregives, og interessen i, at oplysningen videregives.

Som eksempler på mulig videregivelse i medfør af forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 3 anføres udlevering af helbredsoplysninger[266] af hensyn til behandlingen af en person, som ikke kan give samtykke. Videre peges på sager med flere parter i situationer, hvor der eksisterer et interessemodsætningsforhold mellem disse, som giver sig udslag i, at den part, oplysningerne vedrører, nægter at samtykke, og videregivelsen alligevel gennemføres, fordi den er nødvendig pga. afgørende hensyn til den anden part.[267]

3.4.3.2 *Afgørelser og udtalelser vedrørende en interesseafvejning*

Som det er påpeget tidligere er persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, den bestemmelse vedrørende behandling af de almindelige oplysninger, i forhold til hvilke Datatilsynet i flest tilfælde har truffet afgørelser og er kommet med udtalelser. De områder, som er blevet berørt i Datatilsynets virksomhed, udtrykker bestemmelsens spændvidde, som vedrører forskellige forhold i forbindelse med anvendelse af internettet (oplysninger på hjemmesider, logning og kontrol), markedsføring på baggrund af medlemsoplysninger, kameraovervågning, biometri og endelig offentliggørelse eller videregivelse af oplysninger i forhold til forskellige konkrete behandlingssituationer.

I en sag fra 2000 om due diligence[268] er det Datatilsynets opfattelse, at udlevering af almindelige oplysninger (f.eks. almindelige id-oplysninger, lønoplysninger, oplysninger om uddannelse eller arbejdsområde) til købers rådgivere i forbindelse med en due diligence-proces normalt kan ske med hjemmel i § 6, stk. 1, nr. 7. Der lægges i denne forbindelse vægt på, at sælger og den mulige køber har en berettiget interesse i videregivelse, samt at hensynet til den registrerede ikke taler imod, navnlig set i forhold til oplysningernes karakter. Det blev i denne forbindelse forudsat, at udleveringen af oplysninger blev betinget af fortrolighed.

266 Der skal gøres opmærksom på, at helbredsoplysninger nu behandles efter persondatalovens § 7, stk. 1.

267 Rønsholdt: Forvaltningsret. Retssikkerhed. Proces. Sagsbehandling, s. 370.

268 2000-210-0002, DÅ 2001, s. 35f.

3.4.3.2.1 Internettet

Som det er bemærket ovenfor, er anvendelsen af internettet i forskellige sammenhænge behandlet i et stort antal sager fra Datatilsynet. For så vidt angår *oplysninger på hjemmesider* er det Datatilsynets opfattelse, at virksomheder eller myndigheder kan offentliggøre *arbejdsrelaterede oplysninger*, såsom den ansattes navn, stillingsbetegnelse, arbejdsområde, ansættelsesår, direkte arbejdstelefonnummer, e-mailadresse på internettet uden den ansattes samtykke med hjemmel i § 6, stk. 1, nr. 7. Datatilsynet anser en sådan offentliggørelse af oplysninger om medarbejderne for at være en almindelig del af informationen om arbejdspladsen. Med hensyn til offentliggørelse af oplysninger om elever på skolers hjemmesider, er det Datatilsynets holdning, at skolernes interesser i offentliggørelsen ikke kan anses for at veje tungere end hensynet til eleverne. Offentliggørelsen skulle derfor ske på baggrund af udtrykkeligt samtykke. I denne forbindelse blev der lagt vægt på, at nogle elever kunne føle ubehag ved, at sådanne oplysninger var tilgængelige for alle, der har adgang til internettet. Det var tilsynets opfattelse, at elever på 15 år eller derover i almindelighed kan give det nødvendige samtykke til offentliggørelsen. Ved offentliggørelse af oplysninger om elever under 15 år skal skolen indhente samtykke fra indehaveren af forældremyndigheden.[269]

Spørgsmålet om offentliggørelse af oplysninger om byrådsmedlemmer på internettet[270] har også været genstand for Datatilsynets behandling. En kommune klagede på vegne af byrådets medlemmer til Datatilsynet over, at en forening havde offentliggjort en række oplysninger om byrådets medlemmer på en hjemmeside uden forinden at have indhentet samtykke fra de enkelte medlemmer af byrådet. Den pågældende hjemmeside indeholdt blandt andet billeder af de enkelte byrådsmedlemmer hentet fra kommunens hjemmeside samt oplysninger om vederlag og rejseudgifter og de hermed forbudne udgifter. En del af de offentliggjorte oplysninger var indhentet hos kommunen ved begæring om aktindsigt. Formålet med hjemmesiden var *at give lokalpolitikerne igen med det, som de byder deres medborgere*. Oplysningerne om vederlag var offentliggjort med henblik på at belyse, om politikerne blev belønnet efter deres indsats eller mangel på samme. Foreningen var i øvrigt af den opfattelse, at medlemmerne af byrådet måtte leve med, at vederlagsoplysninger blev offentliggjort. Datatilsynet konstaterer indledningsvis,

[269] 2000-216-0002, DÅ 2000, s. 33ff.
[270] 2001-215-0050, DÅ 2001, s. 38ff.

at en række af de offentliggjorte oplysninger stammer fra offentligt tilgængelige kilder eller var offentliggjort af byrådsmedlemmerne selv eller med disses samtykke. Efter tilsynets opfattelse måtte foreningen antages at have en berettiget interesse i at gøre disse oplysninger tilgængelige på internettet. Da oplysningerne i forvejen var tilgængelige på blandt andet kommunens hjemmeside, oversteg hensynet til byrådsmedlemmerne ikke denne interesse. Datatilsynet tog tillige hensynet til ytringsfriheden i betragtning. For så vidt angår den del af oplysningerne, som var tilvejebragt gennem aktindsigt, var det Datatilsynets opfattelse, at foreningen ligeledes havde en berettiget interesse i at offentliggøre sådanne oplysninger, som oversteg hensynet til byrådsmedlemmerne. I denne forbindelse blev lagt vægt på, at der var tale om ikke-fortrolige oplysninger.[271]

I Datatilsynets årsberetning for 2002 henvises til en sag om offentliggørelse af situationsbilleder på internettet.[272] Her fastslås først, at offentliggørelse af billeder af genkendelige personer betragtes som en elektronisk behandling af personoplysninger – uanset om billedet er ledsaget af en tekst, der identificerer den pågældende. I den pågældende sag skelnes mellem situationsbilleder og portrætbilleder. *Situationsbilleder* bliver i den pågældende sammenhæng defineret som *"billeder, hvor en aktivitet eller en situation er det egentlige formål med billedet"*. Som eksempler på dette nævnes gæster til en rockkoncert, legende børn i en skolegård eller besøgende i en zoologisk have. Udgangspunktet er, at situationsbilleder kan offentliggøres uden samtykke med hjemmel i interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7. Dog skal der efter Datatilsynets opfattelse være tale om en helhedsvurdering af formålet med offentliggørelsen, og offentliggørelsen skal derfor ske under skyldig hensyntagen til karakteren af billedet, herunder den sammenhæng, hvori billedet optræder og formålet med offentliggørelsen. Det afgørende kriterium er i denne forbindelse, at personen på billedet ikke med rimelighed må kunne føle sig udstillet, udnyttet eller krænket, f.eks. i markedsførings- eller andet kommercielt øjemed. Billederne skal således være harmløse. *Portrætbilleder* defineres som billeder, *"hvor formålet er at afbillede en eller flere bestemte personer"*. Som altovervejende hovedregel kræver det samtykke at offentliggøre denne typer af billeder på internettet. Dette forhold er begrundet i, at en sådan offentliggørelse vil kunne medføre ulemper for de registrerede, idet nogle mennesker vil kunne føle ubehag ved,

271 Se om forholdet til forvaltningslovens sondring mellem fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger ovenfor i afs. 3.4.1, s. 159ff.

272 2002-216-0109, DÅ 2002, s. 44ff.

at sådanne billeder, evt. sammen med oplysninger om navn mv., gøres offentligt tilgængeligt for alle med adgang til internettet, og at denne ulempe vejer tungere end interessen i offentliggørelsen, jf. interesseafvejningsreglen i nr. 7.

Datatilsynet beskæftiger sig med interesseafvejningen i forhold til logning og kontrol af medarbejderes brug af internettet i en sag fra 2000.[273]

> Sagen omhandler Tryg-Balticas logning og kontrol af de ansattes internetbrug, og herunder hjemmesidebesøg. Tryg-Baltica foretager logning af stort set alt, hvad der foregår i selskabets edb-systemer. Det primære formål med logningen var at finde årsager til fejl, driftsforstyrrelser eller manglende adgang til eksterne web-sider. Sikkerhedskopieringen skete af hensyn til drift, sikkerhed, genetablering og dokumentation. Det er kun bestemte administratorer, som har adgang til loggen, og disse får strenge pålæg om ikke at følge loggen på fysiske arbejdsstationer. På virksomhedens intranet lå virksomhedens *Leveregler på Internettet*, som nyansatte blev gjort opmærksomme på og blev opfordret til at sætte sig ind i. Ved en eventuel gennemgang af loggen i forbindelse med, at en leder får mistanke om, at en ansat benytter internettet i strid med levereglerne, vil konklusionerne på gennemgangen tilgå personaleafdelingen, de berørte ledere, den pågældende medarbejder og ikke andre, hverken internt eller eksternt. Gennemgangen af loggen sker kun helt undtagelsesvist, og kun hvor den pågældende medarbejder forinden er adviseret. Der foretages ikke en egentlig logning af e-mail-korrespondance. Den pågældende korrespondance er derimod lagret på servere, og der foretages dagligt sikkerhedskopiering af registrerede data. Sikkerhedskopier opbevares i et sikkerhedsarkiv med adgangskontrol i omkring seks måneder. Adgangskontrollen indebærer, at det kun er operatører, der har med sikkerhedsarkivet at gøre, der kan komme ind. I øvrigt er det kun administratorer, der har adgang til de sikkerhedslagrede informationer.

For så vidt angår de *ansattes hjemmesidebesøg* blev det udtalt, at virksomhedens logning af de ansattes internetbrug samt den eventuelle gennemgang heraf ved mistanke om misbrug var i overensstemmelse med § 6, stk. 1, nr. 7, da logningen såvel som den eventuelle gennemgang af loggen ved mistanke om misbrug af internettet er nødvendig for, at selskabet kan forfølge berettigede interesser – nemlig tekniske og sikkerhedsmæssige hensyn og hensynet til kontrol ved brug – og at hensynet til de ansatte ikke overstiger disse inte-

[273] 2000-631-0001 gengivet i uddrag i DÅ 2000, s. 31f.

resser. Med hensyn til *sikkerhedskopieringen* af e-post blev det udtalt, at virksomhedens sikkerhedskopiering af e-post samt den eventuelle gennemgang heraf ved mistanke om misbrug var i overensstemmelse med § 6, stk. 1, nr. 7, da sikkerhedskopiering af e-post og den eventuelle gennemgang heraf i forbindelse med mistanke om misbrug er nødvendig for, at selskabet kan forfølge berettigede interesser, nemlig hensynet til drift, sikkerhed, genetablering og dokumentation samt hensynet til kontrol af brug og at hensynet til de ansatte ikke overstiger disse interesser. Det var dog også i denne forbindelse en forudsætning, at de ansatte på forhånd på en klar og utvetydig måde var blevet informeret om sikkerhedskopieringen og den eventuelle gennemgang heraf. I begge de ovennævnte situationer understreger Datatilsynet, at det er en forudsætning, at medarbejderne på forhånd på en klar og utvetydig måde er blevet informeret om sikkerhedskopieringen og den eventuelle gennemgang heraf, jf. reglerne om oplysningspligt i persondatalovens §§ 28 og 29. Datatilsynet understregede afslutningsvis, at det ovenstående ikke indebar, at virksomheden måtte læse de ansattes private e-post. Hvis virksomheden ved en gennemgang af sikkerhedskopierne af e-post blev opmærksom på, at der var tale om privat e-post uden relation til virksomheden, måtte den pågældende e-post ikke læses.

3.4.3.2.2 Kameraovervågning

Interesseafvejningsreglen blev benyttet i en sag fra Datatilsynets Årsberetning 2002. Sagen vedrører transmission af live-video fra en pub.[274] Den pågældende pub havde fundet, at live-video på en hjemmeside var en nyskabende måde at markedsføre pubben på. Pubben fandt ikke, at det ville være i strid med persondataloven at vise live-video. Pubben henviste i denne forbindelse til følgende forhold:

- der ville blive skiltet omhyggeligt,
- det kun var 3 meter af baren (på 15 meter), der blev filmet,
- at det ikke var teknisk muligt at gemme optagelserne,
- at billederne ville blive brugt som mini tv-udsendelse fra pubben – stemningsbilleder der viste livet på pubben, og
- at pubbens kunder frivilligt valgte at besøge pubben – og selv kunne vælge om de ville sidde i den del af baren, der blev filmet.

274 2002-631-0086, DÅ 2002, s. 61ff.

Datatilsynet udtalte, at billeder af de *ansatte* på pubben måtte siges at indeholde personoplysninger, idet de pågældende ansatte på pubben ville være umiddelbart genkendelige. Billeder af de *besøgende* kunne indeholde personoplysninger, da disse i en række tilfælde ville kunne genkendes af de personer, der ser video-billederne på internettet. Datatilsynet var af den opfattelse, at interesseafvejningsreglen *ikke* faldt ud til fordel for pubbens offentliggørelse af *live-optagelser* på internettet. I den forbindelse blev der lagt vægt på, at flere gæster ville kunne føle det ubehageligt, at man på internettet kunne se, at den pågældende befandt sig på en pub eller et lignende sted, og at denne interesse oversteg pubbens interesse i at kunne markedsføre sig ved hjælp af *live* optagelser. Dette gjaldt, uanset at det kun var et begrænset område, optagelserne foregik på.

I den tidligere omtalte sag om tv-overvågning af statsvejene[275] er det Datatilsynets umiddelbare opfattelse, at Vejdirektoratets tv-overvågning (uden optagelse) vil kunne finde sted i medfør af persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 6 og 7. Tilsynet lægger vægt på, at Vejdirektoratet har en berettiget interesse i – til gode for befolkningen – at øge trafiksikkerheden ved at holde øje med, hvor der sker kødannelser og uheld. Desuden lægges vægt på, at tv-overvågningen – henset til at oplysningerne ikke skal bruges over for den enkelte, f.eks. i form af lovovertrædelser af hastighedsgrænserne – kun i begrænset omfang vil medføre indgreb i de overvågede personers integritet.

I den ligeledes tidligere omtalte sag om videoovervågning i busserne i Århus Kommune[276] er det Datatilsynets vurdering, at Århus Kommune inden for rammerne af § 6, stk. 1, stk. 6 og 7, konkret kan beslutte at iværksætte overvågning under hensyn til, at kommunens opgaver som offentlig myndighed også omfatter forvaltningen af offentlige ejendomme og beskyttelsen af værdier og ansatte, og at kommunens interesse i at forfølge disse formål på nærmere afgrænsede arealer kan antages at overstige hensynet til ikke at udsætte borgerne for overvågning. Datatilsynet finder imidlertid, at det er en *klar* forudsætning, at overvågningen foretages med respekt af persondatalovens grundlæggende krav om proportionalitet mv.

Datatilsynet anvender også interesseafvejningsreglen i forbindelse med en udtalelse om web-kameraer ved Vidåslusen.[277]

---

275 2001-321-0132. Berørt ovenfor afsnit 3.2.1, s. 92.

276 2003-52-2308. Sagen er behandlet ovenfor afsnit 3.3.3.2, s. 146ff.

277 2003-322-0043. I modsætning til de tidligere gennemgåede afgørelser vedrørende videoovervågning ovenfor i afsnit 3.3.3.2, s. 142ff. indeholder denne afgø-

Et amtscenter ønskede at opstille to web-kameraer ved Vidåslusen i Sønderjylland. Formålet med projektet var at give eleverne i Norden adgang til geografisk unikke steder. Det var meningen, at man skulle kunne studere vaden og stormflod og herunder blandt andet sammenligne vejrforholdene, f.eks. via vejrudsigter, med vandforholdene. Der ville blive opstillet to web-kameraer ved slusen, hvor det ene ville pege direkte ud mod Vadehavet og vandhøjdemåleren, og det andet ville pege ind i landet mod slusen og Vidåen. De to kameraer ville transmittere til en hjemmeside, hvor det ville være muligt at se levende billeder fra kameraerne. Der ville som udgangspunkt ikke blive foretaget optagelse, men det ville via den pågældende hjemmeside være muligt at tage stillbilleder med kameraet, ligesom det ville være muligt at zoome. Denne kamerastyring var begrænset til et minut pr. bruger. Amtscentret havde anført, at mulighederne for at zoome og tage stillbilleder var af afgørende betydning for et pædagogisk formål. Det var videre oplyst, at det som udgangspunkt ikke ville være muligt at genkende personer, som kunne ses på billederne fra kameraerne. For så vidt angik det ene kamera ville det dog være muligt at genkende personer, der gik helt op til slusemesterens hus og kiggede ind ad vinduet, hvor kameraet var opsat. Det ville desuden være muligt at genkende personer, der blev zoomet ind på. Da der ville ikke være krav om password for at komme ind på billederne, ville alle med adgang til internettet principielt have adgang til disse.

Det er Datatilsynets opfattelse, at den behandling af personoplysninger, som ville finde sted, når personer blev filmet ved slusemesterens hus, og billederne blev transmitteret via internettet, ikke ville kunne finde sted i medfør af interesseafvejningsreglen i § 6, stk. 1, nr. 7. Dette var også tilsynets opfattelse for så vidt angik den optagelse, som ville kunne finde sted, hvis der blev foretaget zoom. I denne forbindelse blev der lagt vægt på, at området omkring Vidåslusen er et offentligt tilgængeligt natur- og udflugtsområde af stor interesse for mange, hvor man som besøgende har en berettiget forventning om at kunne færdes, uden at billedoptagelser af én bliver transmitteret og offentliggjort *live* på internettet. Det var videre tilsynets opfattelse, at der ikke forelå tilstrækkeligt tungtvejende grunde til, at de besøgende burde tåle den pågældende behandling af personoplysninger. Hvis amtscentret ønskede at opsætte kameraer, burde de placeres således, at der ikke kunne ske transmission og offentliggørelse af genkendelige personer på internettet. Endelig påpeger

relse ingen betragtninger vedrørende den generelle proportionalitetsvurdering i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led.

Datatilsynet, at der ikke kan ske behandling af personoplysninger via kameraets zoom-funktion, medmindre der foreligger samtykke fra de besøgende i området. Tilsynet anser det imidlertid ikke for praktisk muligt at indhente udtrykkeligt samtykke fra hver enkelt besøgende og fandt derfor, at zoom-funktionen i givet fald burde sættes ud af kraft. Hvis kameraerne havde andre styringsfunktioner end zoom-funktionen, måtte disse kun finde anvendelse i det omfang, der ikke ville blive behandlet personoplysninger. Kameraerne må ikke kunne styres hen på personer, som kan genkendes på de transmitterede billeder.

Interesseafvejningsreglen anvendes også som vurderingskriterium i Datatilsynets afgørelse vedrørende videoovervågning i S-tog.[278] For så vidt angik de almindelige oplysninger var det Datatilsynets opfattelse, at DSB kan behandle de oplysninger om passagerers og ansattes færden i S-togene, som indsamles via videoovervågningen, med hjemmel i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7. Herved lagde Datatilsynet vægt på, at DSB har en berettiget interesse i at forbedre passagerernes tryghed, herunder ved at forsøge at forhindre kriminalitet. Der blev endvidere lagt vægt på, at det ifølge lov om jernbanevirksomhed mv. må anses som en del af DSB's opgaver at sørge for sikkerhed og orden på jernbaneområder, herunder i S-togene. Det blev ligeledes tillagt vægt, at kameraovervågningen af tog og sporvogne i blandt andet Sverige havde haft en betydelig præventiv effekt i forhold til hærværkskriminaliteten.

Problemstillingen omkring kameraovervågning har også været berørt i en nyligt offentliggjort afgørelse fra det norske Datatilsyn. Sagen handler om fjernsynsovervågning i NSB Persontog.[279]

> Baggrunden for sagen om kameraovervågning af NSB Persontog er en af det norske Datatilsyn gennemført kontrol med brug af kameraovervågning i NSB persontog. Togsættene har et kamera i frontruden ved lokoføreren. Kameraet er placeret således, at det ikke optager togføreren eller personer på perronerne. Formålet med dette kamera er at overvåge infrastrukturen på banenettet for at undgå farlige situationer. Inde i togsættene er der monteret to kameraer ved indgangen til hver vogn – et kamera mod hver dør. Hensigten med disse kameraer er at optage hændelser i forbindelse med passagernes af- og påstigning. I selve kupeerne er der monteret kameraer i hver ende, som filmer passagerer og konduktører. Kameraerne optager 24

278 2003-42-0523, DÅ 2003, s. 95ff. Afgørelsen er refereret ovenfor i afsnit 3.3.3.2, s. 147ff.

279 2004/894-12.

timer i døgnet, og optagelserne lagres på en indelåst harddisk. Systemet er sat op således, at optagelserne overskrives efter fem dage. Harddiskene fjernes kun, hvis der er blevet rapporteret om en aktuel episode fra togpersonalet. Datatilsynet besluttede bl.a. at kameraovervågningen af kupeerne skulle foregå i intervaller, som tilsammen udgjorde op til 20 % af togsættets daglige brugstid.

Klagen fra NSB vedrører kun kameraovervågningen af kupeerne. I denne forbindelse henviser NSB til især tre formål, som skal varetage selskabets berettigede interesse: Tiltagets præventive effekt, sikkerhed for ansatte og passagerer og bedre mulighed for at opklare eventuelle hændelser.

Det norske Datatilsyn er meget klar i sin vurdering af sagen, som indledes med følgende pasus: *"Det er ikke tvivlsomt at klager* [NSB Persontog] *har rettslig grunnlag i personopplysningsloven § 8 bokstav f til å utøve fjernsynsovervåkning av passasjerene. Spørgsmålet er i hvilket omfang dette kan aksepteres. Den grunnleggende forutsetningen er at tiltaket skal være proporsjonalt med det en søker å oppnå."*[280] Således som sagen er fremstillet, skal kameraovervågningen have en præventiv effekt, samtidig med at den er egnet til at opklare hændelser, herunder strafbare handlinger. NSB har fremlagt talmateriale som grundlag for at vise foranstaltningens præventive effekt. Tallene siger naturligt nok intet om effekten af overvågning i mere begrænset omfang. Det er således det norske Datatilsyns opfattelse, at der ikke foreligger information, som viser, at overvågning af indgangspartiet ikke er tilstrækkeligt for at opnå det ønskede formål. Tilsynet er videre af den opfattelse, at overvågning i begrænset omfang bør give en rimelig mulighed for at afdække, hvem der udfører givne handlinger, også de handlinger som sker i kupeerne. Dette særligt i kombination med vidneudtalelser fra andre passagerer. NSB har ikke kunnet dokumentere, at det er vanskeligt at få vidner af frygt for repressalier. NSB anfører i sin klage, at Datatilsynets afgørelse er i strid med tilsynets vejledning om kameraovervågning. Datatilsynet deler ikke denne opfattelse. Tilsynet giver udtryk for, at et bærende element i persondatadirektivet og den norske personopplysningslov er, at ethvert overvågningstiltag skal være proportionalt med det, som søges opnået. Ethvert tiltag skal vurderes konkret, under forudsætning af at formålet skal forsøges opnået på den mindst indgribende måde. I denne forbindelse vil antallet af kameraer og placeringen af disse være et centralt vurderingstema.

Datatilsynet påpeger også, at det ikke bare er væsentligt, hvor-

280 2004/894-12, s. 4.

dan oplysningerne anvendes, men at det også skal tillægges betydning, at de rejsende befinder sig i en situation, hvor de antageligvis har en vis forventning om diskretion. Hvis den pågældende foranstaltning ikke kan gennemføres, således at formålene nås på en mindre belastende måde, medfører proportionalitetsprincippet, at dette skal tillægges betydelig vægt. Tilsynet henleder i denne forbindelse opmærksomheden på indarbejdet praksis på taxi-området, hvor overvågningen er begrænset til det tidspunkt, hvor passageren går ind i bilen eller til rejsens start, om man vil. Der anses ikke at være behov for yderligere overvågning af hele rejsen for at kunne dokumentere eventuelle hændelser.

I forbindelse med den tidligere omtalte sag om *tv-overvågning i Høje-Taastrup Kommune*[281] er det Datatilsynets vurdering, at den pågældende kommune inden for rammerne af persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 6 og 7, konkret kan beslutte at iværksætte overvågning under hensyn til, at kommunens opgaver som offentlig myndighed også omfatter forvaltning af offentlige ejendomme og beskyttelse af værdier og ansatte, og at kommunens interesse i at forfølge disse formål på nærmere afgrænsede arealer kan antages at overstige hensynet til ikke at udsætte borgerne for overvågning. Som det også er påpeget tidligere, finder Datatilsynet, at det i denne forbindelse er en klar forudsætning, at overvågningen foretages med respekt af persondatalovens grundlæggende krav om proportionalitet.

Endelig har Datatilsynet anvendt interesseafvejningsreglen til vurdering af tv-overvågning i en supermarkedskæde.[282]

> Datatilsynet havde rettet henvendelse til supermarkedskæden på baggrund af en henvendelse fra en fagforening. Supermarkedskæden oplyste, at der kun blev foretaget tv-overvågning på steder, hvor der var skiltet med det. Overvågningen skete på offentligt tilgængelige steder og i det hele taget i butikkernes åbningstider. Tv-overvågningen skete også på andre lokaliteter, hvor personer ofte færdes eller arbejder uden for åbningstiden. Formålet med tv-overvågningen og optagelserne var bl.a. at forebygge og opklare røverier, misbrug af dankort og andre uregelmæssigheder. Det var kun betroede medarbejdere fra butikkens ledelse og en medarbejder fra Intern Revision, der havde adgang til optagelserne. Hvis en medarbejder fra Intern Revision konstaterede uregelmæssigheder, ville der blive afholdt et møde med tillidsrepræsentanten eller en betroet medarbejder og den ansatte. Optagelserne blev videregivet sammen med en anmeldelse til politiet. Øvrige

281 2003-313-0149. For gennemgang af selve sagen henvises til afs. 3.3.3.2, s. 143f.
282 2001-211-0027, DÅ 2002, s. 63ff.

> optagelser blev slettet løbende, idet der blev kørt nye optagelser over de gamle.

Efter Datatilsynets opfattelse var der hjemmel i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, til såvel den behandling, som var forbundet med selve tv-overvågningen, som den efterfølgende optagelse og opbevaring heraf. Tilsynet lagde i denne forbindelse vægt på, at supermarkedskæden havde en berettiget interesse i at forsøge at forhindre kriminalitet (tv-overvågningens præventive effekt) samt i at kunne opklare kriminalitet ved hjælp af optagelser af sådanne hændelser.

3.4.3.2.3 Offentliggørelse og videregivelse

I Datatilsynets årsberetning for 2002 gengives en sag vedrørende *terminaladgang til Centralregisteret for Motorkøretøjer*,[283] hvor Rigspolitichefen anmodede Datatilsynet om en vejledende udtalelse om, hvorvidt der kunne gives terminaladgang til det Centrale Register for Motorkøretøjer (CMR) til finansieringsselskaber, disses advokater og til pengeinstitutter.

> De omtalte virksomheder havde anmodet om terminaladgang for at opnå væsentlige lettelser i deres administration af bl.a. finansieringsaftaler med underpant i motorkøretøjer. Rigspolitichefen videregiver jævnligt oplysninger fra CMR enkeltvis til de pågældende virksomheder. Rigspolitichefen havde dog en række betænkeligheder ved at imødekomme ansøgningerne, dels fordi de nødvendige oplysninger kan indhentes fra andre kilder (køretøjets registrerede ejer/bruger eller Bilbogen), og dels fordi terminaladgangen dermed ville ske til en række formål, der ligger inden for det område, til hvilket Rigspolitichefen efter sin hidtidige praksis havde givet terminaladgang. I selve udtalelsen indleder Datatilsynet med at fastslå, at videregivelse af oplysninger fra CMR skal bedømmes efter persondatalovens §§ 5 og 6, idet registreret efter tilsynets opfattelse ikke indeholder oplysninger af fortrolig eller følsom karakter. Videregivelsens lovlighed skal vurderes konkret ud fra interesseafvejningsreglen i § 6, stk. 1, nr. 7, samt de grundlæggende behandlingskrav.

Datatilsynet kommer frem til, at den beskrevne videregivelse kan ske inden for rammerne af den pågældende behandlingsbestemmelse, samt at der kan indrømmes finansieringsselskaber og pengeinstitutter terminaladgang til CMR. Tilsynet lagde navnlig vægt

[283] 2002-321-0168, DÅ 2002, s. 59f.

på de pågældende oplysningers karakter, samt at disse for en stor dels vedkommende er sammenfaldende med oplysninger, som er offentligt tilgængelige via Bilbogen. Datatilsynet slutter sagen med at bemærke, *at* den ovenfor omtalte vurdering af de pågældende virksomheders terminaladgang kan ske inden for rammerne af interesseafvejningsreglen i § 6 (havde) forudsat, at der træffes de fornødne foranstaltninger for at sikre, at der kun etableres adgang til de oplysningstyper, som er *nødvendige*, for at virksomheden kan forfølge den berettigede interesse, som begrunder vidergivelsen, *at* det sikres f.eks. gennem det aftalemæssige grundlag mellem Rigspolitichefen og virksomhederne at terminaladgangen kun benyttes til varetagelsen af de saglige formål, som ligger til grund for etableringen af terminaladgangen, samt *at* Rigspolitichefen gennem efterfølgende kontrol skaber sikkerhed for, at betingelserne for terminaladgang overholdes.

I den tidligere omtalte KaZaa-redegørelse[284] anmodede Datatilsynet efterfølgende (26. august 2003) Antipiratgruppen om en redegørelse for gruppens indhentelse af oplysninger om teleselskabernes kunder fra teleselskaberne uden forudgående retskendelse.

Baggrunden for denne anmodning var omtale i pressen samt en henvendelse fra Handel, Transport og Serviceerhvervene (HTS). Antipiratgruppen redegjorde for det daværende samarbejde med teleselskaberne og anmodede samtidigt Datatilsynet om stillingtagen til, hvorvidt det ville være i strid med persondataloven, at teleselskaberne – uden indhentelse af retskendelse – udleverer navn og adresse på de af deres kunder, som overtræder ophavsretsloven. Datatilsynet finder ikke, at sammenhængen mellem IP-adresse[285] og navn og adresse – isoleret set – er af en sådan karakter, at den kan henføres under kategorien af følsomme oplysninger i persondatalovens § 8. Efter Datatilsynets opfattelse vil dette først være tilfældet, når oplysningerne kædes sammen med Antipiratgruppens oplysninger om, at der er sket ulovlig kopiering. Datatilsynet giver efterfølgende en vejledende udtalelse om, hvorvidt teleselskaber har mulighed for at videregive uden retskendelse i de omhandlede tilfælde. I denne forbindelse bliver det lagt til grund, at der ikke er tale om, at kunderne har givet samtykke til udleveringen af oplysninger. Datatilsynet er af den opfattelse, at udlevering kun vil kunne ske, hvis interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, muliggør dette. I forhold til interesseafvejningsreglen lægger

284 2002-219-0135, DÅ 2003, s. 80ff. Behandlet ovenfor i afsnit 3.3.4, s. 153.
285 Se om IP-adresser note 205, s. 154.

Datatilsynet til grund, at Antipiratgruppen har en berettiget interesse i at få oplysningerne fra teleselskaberne. Samtidig lægger tilsynet til grund, at udlevering af oplysningerne fra teleselskaberne kan have så betydelige konsekvenser for de registrerede, at der er meget væsentlige hensyn at tage til dem. I denne forbindelse lægger Datatilsynet vægt på, at sammenkædningen af oplysningerne om IP-adresse og Antipiratgruppens materiale fører til oplysninger om formodet strafbart forhold vedrørende en identificeret person. Datatilsynet er videre af den opfattelse, at det må tillægges betydning, at teleselskabernes udlevering til *politiet* af oplysninger om, hvilke kunder der har benyttet en bestemt IP-adresse, ifølge tilsynets oplysninger sker på grundlag af retskendelse. Datatilsynet henviser til, at der i forhold til politiets adgang til oplysninger om kunder med hemmeligt telefonnummer er indsat en særlig hjemmel i lovgivningen, således at dette kan ske uden retskendelse. Baggrunden for den særlige hjemmel på dette område var behovet for at skabe en hurtig adgang for politiet til oplysninger om hemmeligt nummer. Datatilsynet finder ikke, at sådanne særlige forhold gør sig gældende vedrørende Antipiratgruppens anmodninger om udlevering af oplysninger om IP-adresser. Hertil kommer hensynet til teleselskabernes forhold til kunderne, herunder navnlig den forventning, som kunderne kan have om, at oplysninger om kundeforholdet ikke gøres tilgængelige, medmindre der foreligger en retskendelse.

Datatilsynet finder samlet set, at der indgår sådanne væsentlige og modsatrettede hensyn i vurderingen af, om teleselskaberne kan udlevere oplysninger om IP-adresse til Antipiratgruppen, at spørgsmålet herom bør forelægges domstolene. Det er således Datatilsynets opfattelse, at teleselskaberne *ikke* kan udlevere oplysninger om IP-adresser efter interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, uden forudgående retskendelse.

Datatilsynet har udtalt sig i henhold til interesseafvejningsreglen i en sag om videregivelse af personoplysninger i forbindelse med ansøgninger om boligstøtte.[286]

Socialministeriet anmodede Datatilsynet om en vurdering i forbindelse med ministeriets planer om at gennemføre en digitalisering af den kommunale boligstøtteadministration. Den digitale ordning skulle opbygges således, at en ansøger ville få oplysninger om alle husstandsmedlemmers indkomstforhold i forbindelse med indgivelsen af en ansøgning, og at ansøgeren herefter skulle validere disse oplysninger. Den oprindelige ordning fungerede

[286] 2002-321-0174, DÅ 2002, s. 69ff.

> således, at en ansøger selv skulle tilvejebringe de oplysninger, der skulle bruges i forbindelse med en ansøgningssag, og alle medlemmer af husstanden skulle i den forbindelse underskrive ansøgningen. Socialministeriet ønskede i denne forbindelse en række spørgsmål afklaret; herunder om en videregivelse af oplysninger om husstandsmedlemmernes økonomiske forhold til ansøgeren var muligt uden samtykke fra husstandsmedlemmet og hvis ikke, om man eventuelt kunne etablere en lovhjemmel, således at der ikke skulle indhentes samtykke. Datatilsynet blev tillige bedt om at vurdere, hvorvidt et husstandsmedlem kan antages at være bekendt med, at der rejses en ansøgningssag, således at oplysningspligten bortfalder.
>
> Socialministeriet havde over for Datatilsynet anført en række hensyn, der talte for en videregivelse af oplysningerne, herunder tætte økonomisk forhold mellem ægtefælle eller samlevende, den forvaltningsretlige begrundelsespligt ved afslag samt den positive betydning, som boligstøtte har for en husstand. Hertil kommer myndighedens interesse i at digitalisere boligstøttesagerne. Et krav om indhentelse af samtykke til videregivelse ville komplicere den digitale ansøgning, idet en procedure, der kan kræve flere digitale underskrifter, efter det af ministeriet oplyste i dag dårligt lader sig gennemføre i teknisk henseende.

Datatilsynet er enig med Socialministeriet i, at tildelingen af boligstøtte kan have positiv betydning for hele husstanden. Efter tilsynets opfattelse kunne dette hensyn imidlertid ikke begrunde den ønskede videregivelse i alle situationer, hvor ansøgningen sker digitalt. I denne forbindelse lægges der bl.a. vægt på misbrugsmulighederne ved ordningen. En selvbetjeningsordning med adgang til oplysninger om andre personer ville indebære en risiko for, at en ansøger handler i strid med andre husstandsmedlemmers interesser – enten ved at søge om boligstøtte og derved gøre sig bekendt med indkomstoplysninger mod deres vilje eller ved at søge og modtage boligstøtte uden den øvrige husstands vidende. Heller ikke det anførte om den økonomiske afhængighed mellem ægtefæller eller samlevende kan begrunde en generel videregivelsesadgang. Efter tilsynets opfattelse vil der være situationer, hvor der ikke er tætte økonomiske bånd mellem disse parter, og der er således hensyn at tage til den anden part.

For så vidt angår myndighedens interesse i at digitalisere boligstøttesagerne på en enkelt måde bemærkes, at tilsynet selvfølgelig anerkendte denne interesse. Tilsynet måtte imidlertid afveje denne i forhold til persondatalovens krav – herunder nødvendighedskravet – i forhold til de hensyn til registrerede personer, som talte imod. Ved vurderingen af disse interesser tillagde Datatilsynets til-

lige oplysningernes karakter betydning. Oplysninger om personers indtægtsforhold må anses for at være af fortrolig karakter og vil således ikke normalt kunne udleveres til private. Det var endvidere Datatilsynets opfattelse, at den omstændighed, at en løsning er teknisk vanskelig eller kræver udvikling af nye teknikker, ikke i sig selv medførte, at betingelserne for behandling af oplysningerne var opfyldt. Der kunne således ikke ske videregivelse efter § 6, stk. 1, nr. 6 eller 7.

Datatilsynet behandler også interesseafvejningsreglen i en sag vedrørende klage over offentliggørelse af personoplysninger i forbindelse med en afskedigelse.[287]

> Baggrunden for sagen var en henvendelse til Datatilsynet fra Ingeniørforeningen i Danmark, som på vegne af et medlem, K, klagede over, at en virksomhed, V, havde gjort personoplysninger om K tilgængelige for virksomhedens medarbejdere uden dennes samtykke. K var blevet opsagt fra sin stilling hos V, og i forbindelse med afskedigelsen var der blevet hængt et opslag op på virksomhedens opslagstavle vedrørende opsigelsen. Samme dag blev der rundsendt en mail til de ansatte med tilsvarende oplysninger. Efter det oplyste har K ikke givet samtykke til opslaget og heller ikke fået mulighed for at gøre indsigelser mod opslaget. Af opslaget fremgik bl.a. *"... Der har desværre været en del uoverensstemmelser undervejs vedrørende samarbejde og udnyttelse af arbejdstiden, hvilket naturligvis er blevet påpeget – ligesom vi har forsøgt at afhjælpe det med faglige kurser, samt kommunikations-/adfærdskurser. Vi føler imidlertid ikke, at de ændringer der er sket, er omfattende nok til at K kan bestride det der i dag ligger i jobbet som X og har derfor besluttet at opsige K ..."*.
>
> Baggrunden for, at virksomheden undtagelsesvis offentliggjorde afskedigelsesgrunden, var, at virksomheden kort forinden havde foretaget en organisationsændring, hvor den afdeling, som den nu afskedigede medarbejder var tilknyttet, havde fået tilført en ekstra medarbejder. V fandt sig på denne baggrund nødsaget til at underrette de andre medarbejdere om, at afskedigelsen af medarbejderen ikke var begrundet i ansættelsen af den nye medarbejder, men i samarbejdsvanskeligheder.

I relation til interesseafvejningsreglen er det Datatilsynets opfattelse, at V havde en berettiget interesse i at informere de ansatte om, at K var fratrådt, og at fratrædelsen ikke var begrundet i ansættelsen af en anden medarbejder i samme afdeling. Der er herved lagt vægt på, at hensynet til en arbejdsgivers mulighed for at informere de ansatte om ændringer i virksomhedens organisation må anses

[287] 2003-211-0053.

at veje tungere end hensynet til den afskedigede. Tilsynet har endvidere tillagt det vægt, at de ansatte efterfølgende ved selvsyn vil kunne konstatere, at den afskedigede ikke længere er ansat, og det vil på den baggrund være et væsentligt hensyn, at virksomheden har mulighed for at orientere de ansatte herom.

Datatilsynet finder imidlertid ikke, at det af hensyn til virksomhedens interesse i at informere de ansatte om organisations- og personaleændringer var *nødvendigt* i den konkrete situation at offentliggøre så detaljerede oplysninger om en afskedigelsessag, som det er sket i denne sag. Efter tilsynets opfattelse må hensynet til den afskedigede tillægges betydelig vægt ved afvejningen af, hvilke oplysninger der kan offentliggøres i en afskedigelsessituation. Datatilsynet finder det derfor kritisabelt og i strid med § 6, stk. 1, nr. 7, at V gav alle ansatte meget detaljerede oplysninger om afskedigelsessagen, herunder oplysninger, som klart indikerede, at skylden for det passerede efter virksomhedens opfattelse lå hos den afskedigede.

Interesseafvejningsreglen blev ligeledes anvendt i en sag vedrørende Økonomi- og Erhvervsministeriets offentliggørelse af løntillæg.[288] Økonomi- og Erhvervsministeriet rettede henvendelse til Datatilsynet for at spørge, om Datatilsynets opfattelse i en tidligere sag vedrørende arbejdsgivers videregivelse af oplysninger om de ansatte[289] stadig gjorde sig gældende.

For så vidt angår offentliggørelse af de omhandlede lønoplysninger til *samtlige ansatte* i ministeriet er det Datatilsynets opfattelse, at dette ud fra en konkret vurdering *ikke* vil kunne ske i medfør af interesseafvejningsreglen. Der er herved lagt vægt på, at hensynet til den enkelte medarbejder må antages at overstige interessen i offentliggørelsen af ovennævnte lønoplysninger, når henses til at mange medarbejdere vil have en berettiget interesse i at holde oplysningerne om deres indtægtsforhold for sig selv. Offentliggørelsen vil således alene kunne ske med et udtrykkeligt samtykke fra de berørte medarbejdere, jf. § 6, stk. 1, nr. 1.

Det vil ligeledes skulle afgøres ud fra en konkret vurdering, om det pågældende ministerium kan videregive lønoplysninger til *tillidsrepræsentanter inden for samme overenskomstområde*. Ved denne

288 2003-321-0225.

289 2000-214-0007, hvorefter det var tilsynets opfattelse, at en arbejdsgiver kan videregive oplysninger om navne på tillægsmodtagende fuldmægtige, størrelsen af tillæg samt begrundelsen for tillægsmeddelelsen til tillidsrepræsentanterne og andre fuldmægtige på ansættelsesstedet uden samtykke efter persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7.

vurdering skal formålet med videregivelsen bl.a. tages i betragtning. Datatilsynet henviser i denne forbindelse til den ovenfor omtalte udtalelse (2000-214-0007), hvoraf det fremgår, at tilsynet i det konkrete tilfælde fandt, at en arbejdsgiver kunne videregive oplysninger om navne på tillægsmodtagende fuldmægtige, størrelsen af tillæg samt begrundelsen for tillægsmeddelelsen til tillidsrepræsentanten og andre fuldmægtige på ansættelsesstedet omfattet af den pågældende overenskomst uden samtykke efter § 6, stk. 1, nr. 7. I denne forbindelse blev der lagt vægt på, at videregivelsen måtte anses for at være *nødvendig* for at både tillidsrepræsentanterne og de pågældende ansatte kunne varetage deres interesser i relation til aftaler om løntillæg, og at sådanne interesser måtte anses for at være berettigede. Det fandtes endvidere, at disse interesser oversteg hensynet til de enkelte ansatte.

I Datatilsynets årsberetning 2003 gengives en sag om offentliggørelse på internettet af oplysninger om mulig jordforurening.[290] Baggrunden for sagen er en sommerhusejers klage over Vestsjællands Amt, fordi amtet har offentliggjort en mulig forurening på klagerens sommerhusgrund. Ved søgning i kommunens byggesagsarkiver, tankarkiver og gamle telefonbøger havde amtet fundet en oplysning om, at der på klagerens ejendom havde været metalstøberi, som kunne have medført en forurening af grunden. Selv om grunden ikke var formelt kortlagt som forurenet, havde amtet lagt oplysningen ud på amtets hjemmeside og udleverede oplysningerne ved henvendelse fra advokater og ejendomsmæglere. Formålet med offentliggørelsen var at beskytte mulige købere, skabe åbenhed omkring forureningsoplysninger og at informere grundejerne, så disse kunne tage deres forholdsregler.

Det var Datatilsynets vurdering, at Vestsjællands Amt efter § 6, stk. 1, nr. 7, og under iagttagelse af de almindelige principper i § 5, kan offentliggøre oplysninger om jordforureningskortlægning på amtets hjemmeside. Der blev i denne forbindelse lagt vægt på, at amtets interesse i at offentliggøre de pågældende oplysninger og offentlighedens interesse i at få kendskab til muligt forurenede grunde fandtes at veje tungere end hensynet til den pågældende ejers interesse i ikke at få offentliggjort oplysninger om sin ejendom på nettet. I denne forbindelse blev det også bemærket, at det følger af Århus Konventionens principper, at der skal være offentlighed i miljøoplysninger, og at borgerne skal have mulighed for at gøre sig bekendt med miljøoplysninger, herunder oplysninger om muligt

290 2003-321-0269, DÅ 2003, s. 118ff.

eksisterende forureninger, ikke blot af hensyn til økonomiske interesser, men også til sundhedsmæssige interesser. Endelig blev det tillagt vægt, at oplysningerne i forvejen er tilgængelige via aktindsigtsreglerne og derfor ikke kan anses som fortrolige. Datatilsynet fandt i imidlertid, at amtets *konkrete* offentliggørelse på internettet af klagerens grund som muligt forurenet ikke var i overensstemmelse med persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, og principperne i § 5. Der blev i denne forbindelse lagt vægt på, at amtets offentliggørelse af oplysningen om, at klagerens sommerhusgrund muligvis var forurenet, skete i meget summarisk form, således at besøgende på hjemmesiden ikke havde mulighed for at se det konkrete grundlag for amtets registrering af ejendommen, herunder at registreringen af klagerens sommerhusgrund alene var baseret på en oplysning fra en handelskalender fra 1970. Det indgik endvidere i vurderingen, at amtet meget kort tid efter den skete offentliggørelse vurderede, at der ikke var grundlag for at kortlægge klagerens ejendom som muligt forurenet i henhold til lov om forurenet jord, og amtet havde derfor udtaget den af amtets jordforureningskortlægning. Mht. den valgte overskrift – *Forurenede grunde* – fandt Datatilsynet ikke helt at kunne udelukke, at overskriften ved umiddelbar læsning kunne give de besøgende anledning til at tro, at alle de nævnte grunde er forurenede. Det blev derfor tilkendegivet over for amtet, at der efter tilsynets opfattelse ville være ønskeligt at ændre overskriften.

Vedrørende de fortsatte registreringer af ejendommen blev der lagt vægt på, at amtet offentliggjorde oplysninger om alle ejendomme i amtet på hjemmesiden under samme overskrift – *Forurenede grunde*. Datatilsynet fandt ikke, at offentliggørelsen af oplysninger om alle amtets ejendomme på hjemmeside kan antages at være i strid med persondatalovens § 6, stk. 1. I denne forbindelse blev der lagt vægt på, at der ikke er tale om fortrolige oplysninger, men alene en tilkendegivelse om, at den pågældende ejendom ikke er kortlagt i henhold til jordforureningsloven. Det blev ligeledes fundet, at offentlighedens interesse i at få kendskab til, at en ejendom ikke er omfattet af en kortlægning, vejer tungere end grundejerens interesse i ikke at få offentliggjort oplysninger om deres ejendomme. Der blev yderligere lagt vægt på, at alle ejendomme i amtet behandledes på lige fod, således at man ikke nødvendigvis havde en formodning for, at en ejendom har været under mistanke for at være forurenet. Endelig blev det tillagt betydning, at ejendomsoplysninger generelt er omfattet af retten til aktindsigt.

I en sag om Randers Energi[291] er det Datatilsynets umiddelbare opfattelse, at Randers Kommune i medfør af § 6, stk. 1, nr. 7, kan videregive de omhandlede foreløbige BBR-data til Energi Randers. Tilsynet har herved lagt vægt på, at Energi Randers til brug for beregning af afgifter på fjernvarme har en berettiget interesse i disse oplysninger. Det findes, at denne interesse overstiger hensynet til den registrerede. Den efterfølgende vurdering af behandlingens nødvendighed i forhold til det formål, som er opstillet med behandlingen foretages ikke i forhold til interesseafvejningen i forhold til § 5, stk. 3.[292]

3.4.3.2.4 Markedsføring på baggrund af medlemsoplysninger

Ældre Sagen rettede henvendelse til Datatilsynet for en vurdering af foreningens udsendelse af tilbud til medlemmerne på vegne af samarbejdspartnere.[293] Når en person melder sig ind i foreningen, modtager det nye medlem blandt andet en velkomstmappe, hvoraf det af en brochure fremgår, at medlemmerne ud over en række andre tilbud vil få særlige rabatter og tilbud hos en række private virksomheder, foreningens samarbejdspartnere og sponsorer. Disse tilbud sendes enten direkte til det enkelte medlem eller optræder i en rubrik med løbende tilbud i medlemsbladet. Foreningen står selv for udvælgelsen af de relevante adresser på medlemmer, der udsendes tilbud til, og foreningens databehandler (et edb-servicebureau) udskriver og kuverterer brevene. Samarbejdspartnerne og sponsorerne får på denne måde ikke at vide, hvem der er sendt tilbud til, og det enkelte medlem kan frabede sig at få tilsendt tilbud ved henvendelse til foreningens medlemsservice.

Datatilsynet udtaler, at foreningens behandling af medlemsoplysninger til udsendelse af markedsføringsmateriale for sponsorere og samarbejdspartnere vil kunne ske efter persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, og at behandlingen ikke er i strid med § 5, stk. 2. Ved afgørelsen blev der navnlig lagt vægt på, *at* en sådan behandling må anses for at falde inden for foreningens vedtægter, *at* foreningens velkomstbrochure klart informerer om, at medlemmerne vil få fremsendt særlige medlemstilbud, *at* medlemmerne tydeligt oplyses om retten til at frabede sig henvendelser i markedsføringsøjemed, og *at* dette kan ske på en nem måde. Endvidere blev det

291 2003-323-0101.
292 Jf. ovenfor i afs. 3.3.3, s. 133.
293 2000-216-0010, DÅ 2000, s. 41f.

lagt til grund, at foreningen ikke videregiver oplysninger om foreningens medlemmer til samarbejdspartnere mv., men alene anvender oplysningerne på vegne af disse.

Datatilsynet når frem til det modsatte resultat i en sag vedrørende Dansk Amatørfiskeriforenings videregivelse af en liste med navne og adresser på medlemmer til en virksomhed med henblik på markedsføring eller udsendelse af markedsføringsmateriale til medlemmerne på vegne af samarbejdspartnere.[294] Den pågældende forening er en landsforening for fritidsfiskere, hvor det er lokale foreninger, der er medlem af landsorganisationen. Landsforeningen modtog de enkelte lokalforeningers medlemmers navne og adresser fra lokalforeningerne for at kunne udsende landsforeningens blad.

Datatilsynet udtaler, at såvel videregivelse af oplysninger om lokalforeningernes medlemmer til en erhvervsvirksomhed med henblik på markedsføring som adressering og udsendelse på vegne af en virksomhed ikke kunne ske med hjemmel i § 6, stk. 1, nr. 7, men ville kræve det enkelte medlems samtykke. Datatilsynet fandt endvidere, at en videregivelse ville være i strid med § 5, stk. 2. Det blev herved lagt til grund, at en sådan videregivelse eller anvendelse ikke faldt inden for hverken landsorganisationens eller de lokale foreningers formål i kraft af f.eks. vedtægtsbestemmelser.

3.4.4 Nødvendighedskriteriets betydning i forhold til de øvrige bestemmelser i § 6, stk. 1

Efter ovenstående behandling af interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, kan behandlingen af de resterende bestemmelser i § 6, stk. 1, virke *noget tynd*. Datatilsynets praksis på området er meget sparsom, så det er umiddelbart vanskeligt at konstatere, at udfyldningen af nødvendighedskriteriet bringes videre her. Dette forhold kan der være flere forklaringer på, mest sandsynlig er det, at de behandlingssituationer som er opregnet i bestemmelserne er så kendte for de dataansvarlige, at den konkrete behandling i forhold til disse ikke giver anledning til nævneværdige problemer.

[294] 2000-216-0016, DÅ 2000, s. 42f.

3.4.4.1 Opfyldelse af en aftale, som den registrerede er part i mv.

Den eksakte ordlyd af persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 2, er som følger: *"behandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en aftale, som den registrerede er part i, eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på den registreredes anmodning forud for indgåelsen af en sådan aftale"*. Det følger af bestemmelsen, at der i forbindelse med opfyldelsen af en indgået aftale med den registrerede kan ske den nødvendige behandling af bl.a. ordrer, fakturaer og lignende. I forhold til denne del af § 6 er det en betingelse, at den registrerede er aftalepart. Det er således ikke tilstrækkeligt, at den pågældende blot er omfattet af en aftale, f.eks. en overenskomst. Hjemlen til denne type af behandlinger skal i stedet findes i bestemmelsen i nr. 7. Den anden del af bestemmelsen sikrer, at der også kan ske behandling af personoplysninger i prækontraktuelle situationer.[295] Et eksempel på en sådan prækontraktuel situation kunne være behandling af medarbejderoplysninger i forbindelse med udarbejdelse og afgivelse af bud i forbindelse med udlicitering.[296] Som yderligere eksempel kunne nævnes behandling af personoplysninger i forbindelse med en due diligence undersøgelse, hvor interesserede køberes rådgivere får lejlighed til at gennemgå forskelligt materiale om den virksomhed, som er til salg, med henblik på at få et så fuldstændigt billede af virksomheden som muligt. Under processen vil repræsentanterne for den mulige køber kunne få adgang til personoplysninger, f.eks. om nøglemedarbejdere og ledende medarbejdere.[297]

Aftaler om ansættelser vil være omfattet af stk. 1, nr. 2. Af denne grund vil en arbejdsgiver kunne behandle de nødvendige oplysninger om en ansat i f.eks. et personaleregister uden dennes samtykke. Dette er både tilfældet i forbindelse med en ansættelsessituation og i det løbende ansættelsesforhold.[298] I denne sammenhæng er det dog væsentligt at være opmærksom på, at helbredsoplysninger og oplysninger om fagforeningsmæssigt tilhørsforhold skal behandles efter reglerne i persondatalovens § 7. Behandling af oplysninger om strafbare forhold skal nok ske efter reglerne i § 8.

295 Betænkning nr. 1345/1997, s. 445-446.
296 Werlauff: Udlicitering og medarbejdere, 4. udg., s. 170.
297 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 159f.
298 Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 143.

3.4.4.2 *Overholdelse af en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige*

Bestemmelsen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 3, bygger på direktivets art. 7, litra c, som også anvender udtrykket *retlig forpligtelse*.

I betænkningen findes overvejelser vedrørende forståelsen af udtrykket retlig forpligtelse. Udvalget bag betænkningen finder, at udtrykket *retlig forpligtelse* i hvert tilfælde må dække over forpligtelser, som følger af lov eller administrative forskrifter fastsat i henhold til lov. Videre må internationale regler,[299] herunder fællesskabsretlige regler antages at være omfattet af udtrykket. Også forpligtelser, som udspringer af domstolsafgørelser eller administrative beslutninger, må antages at være omfattet af udtrykket. Derimod synes det tvivlsomt, om udtrykket dækker over rent aftaleretlige forpligtelser, som måtte påhvile den dataansvarlige. Hvis dette er tilfældet, vil den dataansvarlige kunne tilvejebringe den fornødne hjemmel til at behandle oplysninger om den registrerede ved i kontraktforhold gensidigt at påtage sig forpligtelser, til hvis opfyldelse behandling af oplysninger er nødvendig. Efter udvalgets opfattelse er dette ikke hensigten med direktivets art. 7, litra c. Af denne grund finder udvalget, at aftaleretlige forpligtelser bør holdes uden for udtrykket retlig forpligtelse. Dette synes også at være i overensstemmelse med den umiddelbart ovenfor gennemgåede regel samt reglen i § 6, stk. 1, nr. 7.[300]

Specielt inden for den offentlige sektor vil der være en betydelig overlapning mellem reglen i nr. 3 og reglen i nr. 6 (behandling nødvendig af hensyn til myndighedsudøvelse). Baggrunden for dette er, at offentlige myndigheder principielt altid udfører deres funktioner på grundlag af lovhjemmel. Ofte er det imidlertid ikke præcist angivet i lovgivningen, hvilke oplysninger en myndighed må behandle i forbindelse med løsning af sine opgaver. I disse tilfælde

[299] I denne forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at internationale konventioner/traktater ikke umiddelbart er en del af dansk ret. Korrekt implementerede konventioner/traktater kan have umiddelbar betydning for fortolkningen og anvendelsen af danske retsregler. Dog modificeres udgangspunktet af de af Alf Ross formulerede fortolknings- og formodningsregler, hvorefter den nationale ret i tvivlstilfælde (national ret tvetydig) må forstås på den måde, der bedst bringer den i overensstemmelse med traktatretlige forpligtelser, og må fortolkes med sådanne forbehold, at den kommer i overensstemmelse med almindelig kendt folkeret.

[300] Betænkning nr. 1345/1997, s. 235.

vil der ofte i stedet kunne peges på reglen i nr. 6 som hjemmel for behandlingen.[301]

Datatilsynet har hidtil behandlet bestemmelsen i § 6, stk. 1, nr. 3, i to afgørelser. Den ene omhandler Antipiratgruppen.[302] I denne sag er det tilsynets opfattelse at kravene til behandling med hjemmel i bestemmelsen er opfyldt, hvis der ligger en retskendelse efter retsplejelovens § 299, stk. 1, til grund for teleselskabernes udlevering af navn og adresser på kunderne.

Den anden sag beskæftiger sig med videregivelse i forbindelse med ansøgninger om boligstøtte.[303] Økonomiske oplysninger er såkaldte almindelige oplysninger, som skal behandles i overensstemmelse med lovens § 6. Ved vurderingen af den ønskede videregivelse lagde Datatilsynet til grund, at oplysningerne skulle videregives automatisk til ansøgeren i forbindelse med en ansøgningssags start, idet boligstøttesystemet – når ansøgeren logger på systemet – indhenter de relevante oplysninger fra forskellige offentlige registre og gør dem direkte tilgængelige for ansøgeren. Ansøgeren godkender derefter oplysningerne og sender dem til kommunen. Da oplysningerne ved den digitale løsning efter planen skulle udleveres ved sagens start, forelå der efter Datatilsynets opfattelse ikke en situation, hvor en myndighed skulle begrunde en afgørelse i forbindelse med et afslag. Videregivelsen ved sagens start var dermed ikke nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige, jf. nr. 3.

3.4.4.3 Beskyttelse af den registreredes vitale interesser

Efter persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 4, må behandling af almindelige oplysninger kun finde sted, hvis *"behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes vitale interesser"*.[304] En beskyttelse af den registreres vitale interesser vil bl.a. være nødvendig, hvis den registrerede som følge af sygdom, bortrejse eller lignende ikke er i stand til at meddele samtykke. Dette vil også være tilfældet, hvis behandling af oplysninger om den registrerede er af en sådan hastende karakter, at den dataansvarlige ikke har kunnet nå at ind-

301 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 144.

302 2002-219-0135, DÅ 2003, s. 80ff.

303 2002-321-0174, DÅ 2002, s. 69ff.

304 Persondatalovens § 7 indeholder en næsten tilsvarende bestemmelse, som dog indeholder et yderligere krav om, at den registrerede hverken fysisk eller juridisk skal være i stand til at give sit samtykke, jf. nedenfor afsnit 3.5.2, s. 210ff.

hente et samtykke fra den pågældende. Anvendelsen af udtrykket *vitale interesser* medfører, at behandlingen skal vedrøre interesser, som er af fundamental betydning for den registrerede. Dette vil bl.a. være tilfældet, hvis et manglende samtykke fra den registrerede til en given behandling medfører, at den pågældende lider et væsentligt økonomisk tab eller i øvrigt lider væsentlig skade.[305] Bestemmelsen vil ligeledes kunne anvendes, hvis det vil være til fare for den registrerede at afgive det pågældende samtykke.[306]

3.4.4.4 Udførelse af en opgave i samfundets interesse

Principielt er alle opgaver udført i samfundets interesse omfattet af bestemmelsen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 5, dog vil de tilfælde, hvor behandling af oplysninger sker til varetagelse af opgaver, der påhviler den dataansvarlige som en retlig forpligtelse falde ind under bestemmelsen i § 6, stk. 1, nr. 3. Af udtrykket *opgave i samfundets interesse* følger, at der skal være tale om opgaver af almen interesse, eller sagt på en anden måde, opgaverne skal have betydning for en bredere kreds af personer. Dette vil være tilfældet for så vidt angår behandling i statistisk, historisk eller videnskabelig øjemed,[307] samt med hensyn til behandling i retsinformationssystemer med henblik på at informere offentligheden om lovgivning, retspraksis mv. Andre former for behandling vil kunne anses for at være af almen interesse. Det drejer sig eksempelvis om større private foreningers og sammenslutningers registreringer af personoplysninger, som er af interesse for en bredere kreds af personer. Behandling i kommercielt øjemed udelukker ikke, at behandlingen bliver anset for at ske til varetagelse af almene interesser.[308]

Blume giver udtryk for en forventning om, at *"bestemmelsen vil blive fortolket forholdsvis snævert"*.[309] Dette udsagn kunne ønskes underbygget yderligere. Det forekommer nemlig ikke umiddelbart indlysende, at Blumes argument er korrekt. I Ph.D.-afhandlingen *Samfundsloddet – obligationsretten og kontrakter af samfundsmæssig interesse* bruger forfatteren, *Karsten Naundrup Olesen*, hele det første kapitel[310] på at undersøge, hvad begrebet *samfundets interesse* inde-

305 Betænkning nr. 1345/1997, s. 446.
306 Blume: Personoplysningsloven, s. 61.
307 Dette krav stemmer overens med den anden del af finalité-princippet i § 5, stk. 2.
308 Betænkning nr. 1345/1997, s. 446-447.
309 Blume: Personoplysningsloven, s. 61.
310 Naundrup Olesen, Karsten: Samfundsloddet, s. 17ff.

holder. Naundrup Olesen mener, at begrebet har forskelligt indhold på forskellige lovområder. Det faktum, at begrebets indhold i et vist omfang kan variere fra lov til lov, medfører, at man ikke uden videre kan overføre begrebets indhold fra ét lovområde til et andet. Forfatteren finder ikke, at det vil være muligt at definere begrebet samfundsmæssig interesse på en måde, der på samme tid er både entydig og anvendelig i alle sammenhænge.[311] Naundrup Olesen mener heller ikke, at det er nødvendigt med en præcis og udtømmende definition af begrebet samfundsmæssig interesse, fordi der bl.a. kan henvises til det faktum, at begrebet er velkendt i den juridiske verden, og at brugen her sker, uden at begrebet er givet noget entydigt indhold. Den juridiske verden har altså formået at håndtere begrebet, uden at dette er klart defineret.[312] Et af resultaterne af, at den samfundsmæssige interesse ikke kan beskrives klart og udtømmende, bliver ifølge Naundrup Olesen, at begrebet bliver fleksibelt. En fleksibilitet, som betyder, at begrebet kan rumme områder og situationer, der må komme til i fremtiden, og som er omfattet af den overordnede tankegang. Begrebet bliver dermed på sin vis mere anvendeligt. På den anden side betyder fleksibiliteten også, at begrebet kan komme til at fremstå som vagt. I nogle tilfælde kan det derfor blive vanskeligt at anvende begrebet.[313]

Denne citerede passus underbygger, at Blumes forventning om en forholdsvis snæver fortolkning af begrebet samfundets interesse i persondataloven ikke er korrekt. Det faktum, at der er tale om et fleksibelt begreb taler imod en snæver fortolkning af begrebet, fordi denne fleksibilitet vil gøre det vanskeligt at indkredse det præcise anvendelsesområde. Dette forhold underbygges videre af, at begrebets fleksibilitet kan føre til, at begrebet kommer til at fremstå som vagt. Et vagt begreb vil alt andet lige være vanskeligt at fortolke snævert, fordi det vil være yderst vanskeligt at give begrebet den vægt, der skal til, for at det kan indgå i en snæver fortolkningssituation.

Det er ikke kun i forbindelse med de almindelige oplysninger, at den samfundsmæssige interesse kan legitimere en behandling. Dette er også tilfældet for så vidt angår de følsomme oplysninger. Retsgrundlaget findes i persondatalovens § 7, stk. 7, hvorefter undtagelser fra hovedbestemmelsen i stk. 1 (forbud mod behandling af følsomme oplysninger) kan gøres, *"hvis behandlingen af oplysninger*

311 Naundrup Olesen, Karsten, a. st., s. 33.
312 Naundrup Olesen, Karsten, a. st., s. 37.
313 Naundrup Olesen, Karsten, a. st., s. 37f.

sker af grunde, der vedrører hensynet til vigtige samfundsmæssige interesser". Det er tilsynsmyndigheden, som giver tilladelse til behandlingen med mulighed for fastsættelse af nærmere vilkår. Hvis der meddeles tilladelse, har tilsynsmyndigheden pligt til at give underretning om det til Europa-Kommissionen.

I forholdet til bestemmelsen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 5, er det vigtigt at være opmærksom på, at det i § 7, stk. 7, forudsættes, at der er tale om *vigtige* samfundsmæssige interesser, og at § 7, stk. 7, ikke er en betingelse, som kan legitimere en behandling af oplysninger, men en undtagelse til et absolut forbud mod behandling af disse typer af oplysninger.

Det er ikke muligt at angive udtømmende, hvilke vigtige samfundsmæssige interesser der kan begrunde, at der fastsættes andre undtagelser fra reglen i § 7, stk. 1, end de der er nævnt i stk. 2-6.[314] Medlemsstaterne vil kunne fravige forbuddet mod at behandle følsomme oplysninger på områder som f.eks. folkesundhed og social sikring. Navnlig med henblik på at sikre kvaliteten og rentabiliteten af de procedurer, der anvendes i forbindelse med ansøgninger om ydelser og tjenester inden for en sygesikringsordning.[315] I direktivets præambel (pkt. 35 og 36) opregnes yderligere eksempler på forhold, som skal anses som vigtige samfundsmæssige interesser. Også i andre tilfælde end de i præamblen nævnte kan behandling ske i medfør af bestemmelsen. Datatilsynet vil bl.a. kunne meddele tilladelse til behandling af følsomme oplysninger for så vidt angår de særlige situationer, hvor det ikke har været muligt for humanitære organisationer mv. at indhente samtykke til behandling af følsomme oplysninger, f.eks. fordi den registrerede ikke kan findes, eller fordi det ikke har været muligt at rette henvendelse til den pågældende som følge af fængsling eller lignende.[316]

Det skal yderligere bemærkes, at i det omfang der i lovgivningen er fastsat særlige regler, der foreskriver, at behandling af oplysninger kan ske af hensyn til nærmere angivne vigtige samfundsmæssige interesser, vil vedkommende tilsynsmyndigheds tilladelse til behandling ikke skulle indhentes. Derimod vil Kommissionen skulle underrettes om eksistensen af sådanne lovregler, jf. art. 8, stk. 6.[317]

---

314 Betænkning nr. 1345/1997, s. 454.
315 Præambel pkt. 34.
316 Betænkning nr. 1345/1997, s. 455.
317 Betænkning nr. 1345/1997, s. 455.

3.4.4.5 *Udførelse af en pålagt opgave, der henhører under offentlig myndighedsudøvelse*

Efter persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 6, er behandling af almindelige oplysninger tillige tilladt, hvis behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave, der henhører under *offentlig myndighedsudøvelse*, som den dataansvarlige eller en tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, har fået pålagt.

Bestemmelsens område vil i et vist omfang være sammenfaldende med området for § 6, stk. 1, nr. 3 og 5.[318]

Umiddelbart kan bestemmelsen virke som en art blankocheck til en hvilken som helst behandling i forvaltningen, men man skal hele tiden være opmærksom på, at kriteriet om nødvendighed er styrende for hver enkelt form for behandling, og at den enkelte myndighed som dataansvarlig påser, at dette kriterium er opfyldt.

Bestemmelsen er anvendt af Datatilsynet i sagen om videregivelse af oplysninger i forbindelse med ansøgninger om boligstøtte.[319] Socialministeriet havde over for Datatilsynet anført en række hensyn, der talte for en videregivelse af oplysningerne, herunder tæt økonomisk forhold mellem ægtefæller eller samlevende, den forvaltningsretlige begrundelsespligt ved afslag samt den positive betydning, som boligstøtte har for en husstand. Hertil kommer myndighedernes interesse i at digitalisere boligstøttesagerne. Et krav om indhentelse af samtykke til videregivelse vil komplicere den digitale ansøgning, idet en procedure, der kan kræve flere digitale underskrifter, efter det af ministeriet oplyste i dag dårligt lader sig gennemføre i teknisk henseende. Datatilsynet er enig i, at tildelingen af boligstøtte kan have positiv betydning for hele husstanden. Efter Datatilsynets opfattelse kunne dette hensyn imidlertid ikke begrunde den ønskede videregivelse i alle situationer, hvor ansøgningen sker digitalt. I denne forbindelse lægges der bl.a. vægt på misbrugsmulighederne ved ordningen. En selvbetjeningsordning med adgang til oplysninger om andre personer ville indebære en risiko for, at en ansøger handler i strid med andre husstandsmedlemmers interesser – enten ved at søge om boligstøtte og derved gøre sig bekendt med indkomstoplysninger mod deres vilje eller ved at søge og modtage boligstøtte uden den øvrige husstand vidende.

---

318 Ovenfor i afs. 3.4.4.2 og afs. 3.4.4.4.

319 2002-321-0174, DÅ 2002, s. 69ff. Sagen er indgående behandlet ovenfor i afs. 3.4.3.2.3, s. 185f.

Socialministeriet havde påpeget, at oplysninger ville kunne videregives til ansøgeren uden samtykke fra husstandens medlemmer i forbindelse med en begrundelse for afslag. Denne videregivelse skulle efter tilsynets opfattelse behandles separat fra den videregivelse, som Socialministeriet ønskede gennemført. Begrundelsen i forbindelse med et afslag gives, når en sag er færdigbehandlet. På det tidspunkt må kommunen antages at have opfyldt persondatalovens oplysningspligt i forhold til ægtefællen eller samleveren, således at denne er bekendt med sagen og har haft mulighed for at gøre indsigelse, hvis vedkommende af særlige grunde ikke ønsker, at de økonomiske oplysninger videregives. For så vidt angik myndighedens interesse i at digitalisere boligstøttesagerne på en enkelt måde bemærkes, at tilsynet selvfølgelig anerkendte denne interesse. Tilsynet måtte imidlertid afveje denne i forhold til persondatalovens krav – herunder nødvendighedskravet – i forhold til de hensyn til registrerede personer, som talte imod. Ved vurderingen af disse interesser tillagde Datatilsynets tillige oplysningernes karakter betydning. Oplysninger om personers indtægtsforhold må anses for at være at fortrolig karakter og vil således ikke normalt kunne udleveres til private. Det var endvidere Datatilsynets opfattelse, at den omstændighed, at en løsning er teknisk vanskelig eller kræver udvikling af nye teknikker, ikke i sig selv medførte, at betingelserne for behandling af oplysningerne var opfyldt. Der kunne således ikke ske videregivelse efter stk. 1, nr. 6 eller 7.

Den eneste afgørelse fra Datatilsynet, som vedrører en isoleret behandling af bestemmelsen i § 6, stk. 1, nr. 6, er en klage over behandling af oplysninger om parkeringsafgift.[320] Her finder tilsynet, at Parkering-Københavns behandling af oplysninger om parkeringsafgifter pålagt klager og de øvrige oplysninger, som den konkrete sag omhandler, må antages at være nødvendig af hensyn til de myndighedsopgaver, som Parkering-København udfører. Behandlingen er derfor i overensstemmelse med § 6, stk. 1, nr. 6. Hermed er der lagt vægt på, at Parkering-København er en del af den offentlige forvaltning (Københavns Kommune), samt formålet med behandlingen.

[320] 2003-313-0180.

3.4.4.5.1 Forvaltningsafgørelser og faktisk forvaltningsvirksomhed

Traditionelt set sker afgrænsningen af begreberne *forvaltningsafgørelser* og *faktisk forvaltningsvirksomhed* i dansk ret efter bestemmelserne i forvaltningslovens § 2. Efter denne bestemmelse gælder forvaltningsloven som udgangspunkt kun for behandlingen af sager, hvori der er, eller vil blive, *truffet afgørelse*. Med udtrykket *truffet afgørelse* sigtes der til udfærdigelse af retsakter (forvaltningsakter), dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde.[321] Efter forarbejderne til forvaltningsloven falder navnlig den administrative sagsbehandling, som har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed uden for loven. Eksempler på dette er patient- og anden klientbehandling, undervisning og rådgivning.[322] Denne virksomhed tager ikke sigte på at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner.[323] På visse grænseområder vil der altid være anledning til tvivl om, hvorvidt en beslutning, som forvaltningen skal træffe, er en integreret del af den administration, der nødvendigvis altid er knyttet til myndighedens sagsforberedende eller faktiske virksomhed, eller om der er tale om en forvaltningsakt i traditionel forstand. Om disse grænseområder skal inddrages under forvaltningslovens regler eller ej, kan for så vidt bero på, om lovens afgørelsesbegreb fortolkes udvidende eller indskrænkende.[324]

Registerudvalget bemærker, at udtrykket *offentlig myndighedsudøvelse* formentligt må skulle forstås i overensstemmelse med det tilsvarende begreb, som er anvendt i TEU art. 45 (TEF art. 55). Af denne grund må der ved fastlæggelsen af begrebets indhold skulle tages hensyn til EF-Domstolens praksis vedrørende denne bestemmelse. Efter denne praksis[325] må det antages, at der foreligger *offentlig myndighedsudøvelse*, når der er tale om en form for virksomhed, der i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Heraf vil det næsten undtagelsesfrit følge, at udstedelse af forvaltningsakter er omfattet af udtrykket. Efter omstændighederne vil også udførelsen af opgaver, som sædvanligvis karakteriseres som

321 Folketingstidende 1985/86, tillæg A, sp. 115.
322 Folketingstidende 1985/86, tillæg A, sp. 115.
323 Vogter, a. st., s. 116.
324 Vogter, a. st., s. 110.
325 Udvalget henviser i denne forbindelse til følgende domme: Sag 2/74, Reyners, Saml. 1974, s. 631, præmis 45 og 47, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Saml. 1989, s. 4035, præmis 13, og sag C-42/92, Thijssen, Saml. 1993, s. 4047, præmis 22. Yderligere kan henvises til sag C-114/97 Kommissionen mod Spanien, Saml. 1998 s. 6717 præmis 35-39.

faktisk forvaltningsvirksomhed, kunne henregnes under udtrykket *offentlig myndighedsudøvelse*. Dog er det i hvert tilfælde en forudsætning herfor, at der er tale om en forvaltningsvirksomhed, der i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og som ikke naturligt vil kunne adskilles fra denne.[326]

Begrebet offentlig myndighedsudøvelse blev tidligere nævnt direkte i det såkaldte *udbudscirkulære*,[327] og i den betænkning, som resulterede i cirkulæret findes en art definition med følgende ordlyd: *"egentlig myndighedsudøvelse i forvaltningsretlig forstand, hvor forvaltningen virker gennem udstedelse af retsakter, der indeholder myndighedens ensidige bestemmelse af, hvad der er eller skal være gældende ret i det foreliggende tilfælde, eller hvor sådanne retsakter håndhæves gennem tvang, typisk tilsyn, kontrol, tilladelser, godkendelser samt administration af økonomiske styringsmidler m.v."*.[328]

Da bestemmelsen i nr. 6 har et meget bredt anvendelsesområde i forhold til offentlige myndigheder, vil den enkelte myndighed sjældent have behov for at indhente samtykke til behandling i de tilfælde, hvor der er tale om myndighedens egen indsamling, registrering og interne brug. Det var også med baggrund i dette forhold, at Registertilsynet normalt ikke udtalte sig imod en offentlig myndigheds registrering af oplysninger til brug for løsning af en opgave. I de tilfælde, hvor Registertilsynet har udtalt sig imod registrering inden for det offentlige, har det drejet sig om tilfælde, hvor den pågældende registrering er vurderet til at medføre en unødig dataophobning. Ud fra mere overordnede og til dels retspolitiske hensyn har Registertilsynet også undertiden anbefalet, at en registreringsaktivitet ikke blev iværksat, før der i (sær-)lovgivningen var tilvejebragt direkte lovhjemmel.[329] I langt de fleste tilfælde vil der heller ikke være noget til hinder for, at oplysninger videregives til andre offentlige myndigheder, som har behov for de pågældende

---

326 Betænkning nr. 1345/1997, s. 235-236.

327 Finansministeriets cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994 om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver (udbudscirkulæret). Af udbudscirkulærets § 1, fremgår det, *"at opgaver, som vil kunne udføres af eksterne leverandører, med passende mellemrum skal underkastes en udbudsrunde"*. I cirkulærets § 2 undtages myndighedsafgørelser fra denne udbudspligt. Cirkulæret er nu afløst af cirkulære nr. 159 af 17. december 2002, som ikke eksplicit undtager myndighedsudøvelse fra udbudspligten.

328 Betænkning nr. 1227/1991 "Udlicitering af offentlige drifts- og anlægsopgaver", s. 52. Begrebet *offentlig myndighedsudøvelse* er endvidere gennemgået i Bent Christensen: Myndighedsopgaver og udlicitering. Responsum til Udliciteringsrådet. April 1997.

329 Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 145-146.

oplysninger i deres sagsbehandling.[330] Til illustration kan nævnes, at det er antaget,[331] at der som udgangspunkt ikke vil være noget til hinder for, at en offentlig eller privat skole videregiver oplysninger om, hvilke elever der går på skolen, f.eks. i form af klasselister. Oplysninger om karakterer vil derimod som altovervejende hovedregel være beskyttet mod videregivelse.[332] Dette er også tilfældet med oplysninger om, hvilke bøger den enkelte borger låner på biblioteket.

I det omfang den offentlige myndighedsudøvelse påhviler tredjemand, og der er videregivet oplysninger om den registrerede til denne, følger det af bestemmelsen, at denne tredjemand kan foretage den nødvendige behandling af de modtagne oplysninger.[333]

3.4.4.5.2 Samkøring

I betænkningen til persondataloven blev det overvejet, om der skulle foreslås særlige regler for samkøring[334] af registre, selv om direktivet ikke indeholdt særregler om denne behandlingsform.[335] Den traditionelle begrundelse for den særlige regulering af registersamkøringer er først og fremmest frygten for, at der gennem samkøring af registre, der hver især er oparbejdet med henblik på varetagelse af egne, særskilte formål, gives mulighed for dannelse af meget tætte profiler af de pågældende enkeltpersoner, hvilket kan udgøre en risiko for krænkelse af deres privatliv. Ofte har de pågældende afgivet oplysninger om sig selv i en bestemt sammenhæng og til et bestemt formål, uden at have en forventning om, at oplysningerne

330 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 147.

331 L 44 – Spørgsmål stillet af Retsudvalget til Justitsministeriet om videregivelse i forskellige konkrete situationer.

332 I denne forbindelse skal det dog bemærkes, at bekendtgørelse nr. 495 af 31. maj 2000 om folkeskolens afsluttende prøver mv. og om karaktergivning i folkeskolen i § 50 stiller krav om, at den enkelte folkeskoleleder indberetter standpunkts- og prøvekarakterer for samtlige elever på 9. og 10. klassetrin til Undervisningsministeriet. Undervisningsministeriet offentliggør efterfølgende karaktererne. Offentliggørelsen af karaktererne sker i form af karaktergennemsnit for de enkelte fag på den pågældende skole.

333 Betænkning nr. 1345/1997, s. 447.

334 Efter Registertilsynets praksis en fælles betegnelse for forskellige tekniske løsninger, som vedrører sammenkobling af oplysninger som kommer fra forskellige registersystemer, jf. Betænkning 1345/1997, s. 67. Det skal yderligere bemærkes, at samkøring er direkte nævnt i direktivets opregning af eksempler på behandling i art. 3, litra b.

335 Betænkning nr. 1345/1997, s. 227.

– sammenstillet med andre oplysninger – vil dukke op i en anden sammenhæng og til et andet formål.[336]

Registerudvalget anbefalede, at de hensyn, som ligger bag en særlig regulering af registersamkøringer, også ville kunne varetages, uden at der blev fastsat særlige materielle regler for, hvornår samkøring må finde sted. Baggrunden for denne anbefaling byggede på følgende forhold: For det *første* indebærer indsættelsen af finalité-princippet i persondatalovens § 5, stk. 2, ifølge Registerudvalget begrænsninger til at samkøre registre og genbruge indsamlede data. For det *andet* indeholder lovudkastet (og loven) i afsnit II – behandlingsregler – specifikke regler for, hvornår behandling af personoplysninger må finde sted. Disse regler gælder generelt for al form for behandling af personoplysninger, også samkøring. Dog skal de enkelte behandlinger vurderes særskilt. En adgang til at indsamle og registrere oplysninger indebærer derfor ikke i sig selv en ret til at gennemføre samkøring med andre myndigheder, altså en samkøring som tillige indebærer en videregivelse af oplysninger. Denne handling skal vurderes særskilt i lyset af lovens behandlingsregler – også de generelle i § 5, og samkøringens formål vil bl.a. indgå i denne vurdering.[337] For det *tredje* indebærer en samkøring af oplysninger i forskellige registre og mellem forskellige myndigheder blot en banal og rutinemæssig videregivelse af de pågældende oplysninger. Elektronisk videregivelse af oplysninger i den offentlige sektor er i dag en helt almindelige sagsbehandlingsteknik, og der er ifølge udvalget ingen grund til at stille andre og mere restriktive krav til en sådan videregivelse end til en traditionel videregivelse i form af skriftlige eller mundtlige oplysninger.[338] *Endelig* peger registerudvalget på, at der i de situationer, hvor der er tale om samkøring af følsomme oplysninger eller samkøring i kontroløjemed i den offentlige sektor, ikke alene skal ske anmeldelse af behandlingen til Datatilsynet, men at behandlingen også skal kontrolleres af tilsynet inden iværksættelsen, jf. persondatalovens § 45, stk. 1, nr. 4. Herved bliver det bl.a. sikret, at Datatilsynet kan kontrollere, at en planlagt samkøring i kontroløjemed sker på et sikkert retsgrundlag.

Med baggrund i ovenstående betragtninger fra Registerudvalget må man forvente, at Datatilsynet i overensstemmelse med Registertilsynets tidligere praksis vil følge de tidligere retningslinjer for

336 Betænkning nr. 1345/1997, s. 228.
337 Betænkning nr. 1345/1997, s. 228.
338 Betænkning nr. 1345/1997, s. 228f.

samkøring.[339] Af disse retningslinjer fremgår det, at offentlige myndigheder ikke bør iværksætte en samkøring af registre, som indeholder oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold,[340] når registrene er oparbejdet med henblik på at varetage forskellige opgaver. Dog vil samkøring af de omtalte registre kunne komme på tale, hvis samkøringen bl.a. må anses at være nødvendig for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser for at sikre de personer, der optages i det pågældende register en forsvarlig behandling eller for at sikre ansøgere en smidig sagsbehandling.[341]

Det fremgår videre af de pågældende retningslinjer, at registre, der indeholder andre fortrolige oplysninger[342] end oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold, kun bør samkøres, når det er af væsentlig betydning for myndighedens virksomhed, at samkøringen iværksættes. Endelig forudsatte et flertal i Retsudvalget, at myndighederne i forbindelse med samkøring i kontroløjemed har et klart og utvetydigt retsgrundlag at arbejde på, og at myndighederne kun lader kontrolordningen tage sigte på fremtidige forhold, med mindre særlige forhold gør sig gældende.[343]

På baggrund af ovenstående og tidligere praksis fra Registertilsynet kan retsstillingen med hensyn til samkøring i kontroløjemed beskrives på følgende måde: Først og fremmest stilles der krav om, at denne form for samkøring sker på et klart og utvetydigt retsgrundlag (direkte lovhjemmel), og at de berørte personer har fået meddelelse om den pågældende kontrol, inden de afgiver oplysninger til myndigheden.[344] Disse opstillede krav stemmer også overens med de grundlæggende krav til behandling i persondatalovens § 5.

---

339 Fremgår af en tilkendegivelse fra Retsudvalgets flertal i betænkningen over lovforslag nr. L50 af 16. januar 1991. Folketingstidende 1990/91, 2. samling, Tillæg B, sp. 752-753.

340 Jf. afs. 3.6.1, s. 216ff.

341 Tilkendegivelse fra Retsudvalgets flertal i betænkningen over lovforslag nr. 50 af 16. januar 1991.

342 Jf. afs. 3.4.1, s. 159.

343 Tilkendegivelse fra Retsudvalgets flertal i betænkningen over lovforslag nr. 50 af 16. januar 1991.

344 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 149.

3.5 Nødvendighedskriteriet i forhold til følsomme oplysninger

Efter persondatalovens § 7, stk. 1, må der *"ikke behandles oplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold"*. Så det helt klare udgangspunkt er altså et forbud mod behandling af de opregnede typer af oplysninger. Opregningen af typer af følsomme personoplysninger er principielt udtømmende.

Bestemmelsen bygger på direktivets art. 8, stk. 2, som stiller krav om, at medlemsstaterne forbyder behandling af de opregnede typer af oplysninger.

I forhold til problemstillingen i denne fremstilling betyder det generelle forbud i forhold til behandling af de følsomme oplysninger, at den dataansvarlige skal være yderst varsom med behandling af denne kategori af oplysninger med baggrund i anvendelsen af et nødvendighedskriterium.

Selvom en oplysningstype ikke er nævnt direkte, kan personoplysninger alligevel være omfattet af § 7 stk. 1 (eller § 8), hvis den kan udledes af den sammenhæng, hvori den pågældende person er omtalt. En oplysning om, at en person har bopæl på et psykiatrisk hospital, vil f.eks. udgøre en oplysning omfattet af persondatalovens § 7. Dette vil også kunne være tilfældet, hvis oplysningerne angår tildeling af forskellige hjælpemidler. Også oplysninger om medlemskab af forskellige foreninger vil efter omstændighederne i sig selv afsløre forhold, som bevirker, at oplysningerne må anses for omfattet af § 7 (eller § 8). Normalt anser Datatilsynet ikke oplysninger om nationalitet eller navn for at være omfattet af § 7, på trods af at sådanne oplysninger kan give en mere eller mindre kraftig indikation af f.eks. etnisk baggrund eller religiøs overbevisning.[345]

Udtrykket *helbredsmæssige forhold* bør efter Registerudvalgets opfattelse omfatte oplysninger om en fysisk persons tidligere, nuværende og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand samt oplysninger om medicinmisbrug af narkotika, alkohol eller lignende nydelsesmidler.[346] I den nedenfor behandlede afgørelse om Mærsk Olie og Gas A/S' bortvisningsregister[347] afgrænser Datatilsynet selv de hel-

[345] Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 174.

[346] Betænkning nr. 1345/1997, s. 231.

[347] 2003-42-0641, DÅ 2003, s. 88ff. Afgørelsen er behandlet nedenfor i afsnit 3.6.4, s. 239ff.

bredsmæssige forhold negativt, således at begrebet ikke omfatter oplysninger om en medarbejders positive alkohol- og narkotikatests og ikke omfatter oplysninger om henholdsvis afvisning, hjemsendelse eller bortvisning af medarbejdere, som ikke overholder virksomhedens alkohol- og narkotikapolitik. Misbrugsaspektet ser ud til at være det afgørende for, om oplysninger skal betegnes som følsomme eller ej. Konkret set ville det også være for vidtgående, at betegne en persons indtagelse af alkohol som et misbrug, blot fordi den pågældendes promille oversteg den i Mærsk-sagen tilladte promille på 0,4, men dette forhold medfører samtidig ikke, at det sagtens kan betragtes som uforsvarligt at flyve vedkommende ud til eller lade vedkommende opholde sig på en off shore-installation.

Lige som det er tilfældet for de almindelige oplysninger, vil et samtykke fra den registrerede altid kunne berettige en behandling af følsomme oplysninger, jf. persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 1.[348] Det er dog stadig et krav, at behandlingen af de følsomme oplysninger overholder de grundlæggende regler i persondatalovens § 5.

Fra Datatilsynets praksis kan nævnes en afgørelse om fagforeningers udsendelse af medlemsfortegnelse.[349] Sagen vedrørte en henvendelse fra Ingeniørforeningen i Danmark (IDA), som spurgte, hvorvidt persondataloven satte grænser for foreningens påtænkte udsendelse af en elektronisk medlemsfortegnelse. Datatilsynet konstaterer indledningsvis, at der ved udgivelse af en medlemsfortegnelse, som principielt ville kunne udgives til 60.000 medlemmer, ville være tale om videregivelse (offentliggørelse) af oplysninger om det enkelte medlem. Da der er tale om en fagforening, ville der med udsendelsen af medlemsfortegnelsen ske videregivelse af følsomme oplysninger omfattet af persondatalovens § 7, stk. 1, og det var ikke tilsynets opfattelse, at nogen af bestemmelserne i § 7, stk. 2, nr. 2-4, (eller de øvrige undtagelsesbestemmelser i § 7) kunne anvendes om hjemmelsgrundlag for udsendelse af medlemsfortegnelsen. Fagforeningen vil derfor være nødsaget til udelukkende at udsende medlemsfortegnelsen til de medlemmer, som har givet deres samtykke til optagelse i denne.

Datatilsynet har også behandlet kravet om samtykke til behandling af følsomme oplysninger i en sag vedrørende behandling af oplysninger hos Projekt JANUS.[350]

---

348 Samtykke som grundlag for en behandling er behandlet overfor i afs. 3.4.2, s. 161ff.

349 2002-214-0046, DÅ 2002, s. 39f.

350 2004-54-1508.

> I 2003 iværksatte Socialministeriet et treårigt projekt – Projekt JANUS – som har til formål at forebygge seksuelle overgreb mod børn ved så tidligt som muligt at gribe ind i forhold til børn og unge, som er seksuelt grænseoverskridende. Uddybende er formålet at hjælpe de unge som har været seksuelt krænkende over for børn, samt at opnå og anvende den viden, som fremkommer via udredning og behandling, til at identificere årsager og være medvirkende til at skabe forebyggende instanser.[351] Behandlingen omfatter en lang række følsomme oplysninger om både den unge krænker,[352] dennes familie[353] og ofret.[354]

I relation til *krænkeren og dennes familie* er det oplyst, at der forinden behandling af oplysninger om krænkeren og dennes (kerne)familie (forældre og eventuelt søskende) indhentes udtrykkeligt samtykke enten fra den pågældende selv eller fra forældremyndighedsindehaveren. I forbindelse med krav til samtykket anbefaler Datatilsynet, at samtykket i videst muligt omfang afgives skriftligt. Dette vil navnlig gælde, hvis der gives samtykke til behandling af oplysninger, som er af følsom karakter, eller hvis samtykket i øvrigt har stor betydning for en eller flere af parterne.

I relation til *ofret* oplyses, at der behandles de oplysninger om denne, som krænkeren selv oplyser. Det er alene krænkerens version af virkeligheden, der registreres. Der er således ikke nogen garanti for, at krænkeren oplyser den rigtige relation til ofret. Navnet på ofret eller andre identifikationsoplysninger vil dog i visse tilfælde blive oplyst af socialforvaltningen eller eventuelt fremgå af de manuelle journaler, men ikke elektronisk. Projekt JANUS oplyser videre, at det er nødvendigt at indhente oplysninger om krænkerens relation til ofret for at kunne påvise, om det er unge, som kender hinanden i forvejen. Dette er tilfældet i hovedparten af sagerne.

---

351 Efter en drøftelse mellem Datatilsynet og Projekt JANUS blev den oprindelige anmeldelse opdelt i to anmeldelser vedrørende henholdsvis behandlingsdelen og forskningsdelen.

352 Alder, køn, bopæl, antal søskende, relation til forældre, forekomst af omsorgssvigt i hjemmet, skole- og kammeratskabsoplysninger, kognitivt funktionsniveau, gruppetilhørsforhold, kontakt med politiet, oplysninger om overgrebet/overgrebene, den unges relation til ofret/ofrene, den unges anvendelse af pornografisk materiale, racemæssig baggrund og helbredsforhold.

353 Psykosociale forhold, forældrenes indbyrdes relation, om de evt. har været udsat for seksuelt grænseoverskridende adfærd eller har udsat andre for seksuelt grænseoverskridende handlinger, evt. forekomst af vold i hjemmet, alder, køn, relation til krænkeren og trivsel.

354 Alder, køn, relation til krænker samt oplysninger om seksuelle forhold på baggrund af krænkerens oplysninger.

Klassificeringen bevirker endvidere, at situationerne kan sammenholdes med international litteratur. Det er endelig oplyst, at det anses for en naturlig og nødvendig del af behandlingen at tale om ofret, og hvilken adfærd krænkeren har udvist over for ofret.

Projekt JANUS tilkendegiver, at de ikke fandt det hensigtsmæssigt at forsøge at indhente samtykke fra ofret. Dels anså de det for tvivlsomt, om det ville være i ofrets interesse at få oplysning om, at der blev behandlet oplysninger om vedkommende i forbindelse med et tidligere overgreb, som ofret måske prøvede at lægge bag sig, og dels ville man i forbindelse med indhentning af samtykke blive nødt til at oplyse ofret om, at krænkeren var i behandling for den pågældende forseelse. Hertil blev oplyst, at det måtte anses for et brud på den tavshedspligt, som de ansatte var underlagt, at videregive oplysninger om, at krænkeren var i behandling. Projekt JANUS anså det endvidere ikke for at være forsvarligt at forsøge at indhente samtykke fra krænkeren til, at Projekt JANUS kunne henvende sig til ofret, idet det ansås for etisk uansvarligt at bede en ung person i en krisesituation om at tage stilling til, om der måtte rettes henvendelse til ofret. På baggrund af ovenstående var det Datatilsynets umiddelbare vurdering, at det næppe vil være praktisk muligt i alle tilfælde at stille krav om udtrykkeligt samtykke fra ofret.

3.5.1 Forholdet til oplysningskategorierne i forvaltningsloven

Inden vedtagelsen af persondataloven blev den mest beskyttelsesværdige kategori af personoplysninger i dansk registerlovgivning benævnt *oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold*. Kategorien af oplysninger blev reguleret i lov om offentlige myndigheders registre § 9, stk. 2, og forvaltningslovens § 28, stk. 1.

Denne terminologi findes ikke i persondataloven. Ved en gennemlæsning af den relevante bestemmelse i loven opdager man, at der ikke anvendes en egentlig overordnet terminologi som direkte modstykke til det begreb, som anvendtes i registerlovene. I direktivets art. 8, stk. 1, anvendes betegnelsen *særlige kategorier af oplysninger*. I forarbejderne til persondataloven[355] benyttes begrebet *følsomme oplysninger* om den mest beskyttelsesværdige kategori af oplysninger.

Inden vedtagelsen af persondataloven var det som tidligere nævnt

[355] Betænkning nr. 1345/1997, s. 448 og L 147, afsnit 4.2.4.2, s. 53.

forvaltningslovens § 28 og lov om offentlige myndigheders registres § 9, stk. 2, som var de centrale bestemmelser vedrørende de mest beskyttelsesværdige personlige oplysninger. Efter bestemmelsen i forvaltningsloven måtte disse typer af oplysninger *"ikke videregives til en anden forvaltningsmyndighed"*. Efter bestemmelsen i lov om offentlige myndigheders registre måtte disse typer af oplysninger *"ikke registreres, medmindre dette er nødvendigt for varetagelse af registerets opgaver"*. Begge bestemmelserne bruger betegnelsen *oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold* og eksemplificerer efterfølgende, at der kan være tale om *"oplysninger om race, religion og hudfarve, om politiske, foreningsmæssige, seksuelle og strafbare forhold samt oplysninger om helbredsforhold, væsentlige sociale problemer og misbrug af nydelsesmidler og lignende"*.

Opregningen i forvaltningslovens § 28, stk. 1, er ikke udtømmende, men angiver alene karakteren af de forhold, der gør, at en oplysning må anses at være om rent private forhold. Ved afgørelsen af, om en oplysning vedrører rent private forhold eller blot i øvrigt skal behandles som fortrolig, skal der lægges vægt på, om oplysningen på samme måde som de i stk. 1 nævnte oplysninger direkte afslører særligt følsomme forhold i forbindelse med den pågældendes privatliv. Således kan oplysninger om f.eks. interne familieforhold, herunder om adoption og ulykkestilfælde efter omstændighederne være af rent privat karakter. Oplysninger om økonomiske forhold, arbejds- og ansættelsesmæssige forhold og boligforhold vil derimod ikke i almindelighed være af rent privat karakter. Sådanne oplysninger vil normalt blot være almindeligt fortrolige.[356]

3.5.2 *Nødvendighedskriteriet i forhold til beskyttelse af den registreredes vitale interesser*

Bestemmelsen i persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 2, skal ses som en undtagelse til forbuddet mod behandling af følsomme oplysninger i § 7, stk. 1. Behandling af følsomme oplysninger vil kunne ske, hvis den ud fra en nødvendighedsvurdering viser sig nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesse[357]

[356] Pkt. 175 i Vejledning om forvaltningsloven. Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven (1986).

[357] Udtrykket *vitale interesser* skal forstås i overensstemmelse med det tilsvarende udtryk i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 4, som er gennemgået ovenfor i afsnit 3.4.4.3, s. 195ff.

i tilfælde, hvor den pågældende ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give sit samtykke.

Bestemmelsen i persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 2, skal ses som et supplement til reglen om samtykke i § 7, stk. 2, nr. 1, og den omfatter bl.a. den situation, at den registrerede på grund af sygdom eller andre fysisk betingede omstændigheder (senil demens eller bevidstløshed) ikke er i stand til at meddele sit samtykke. Omfattet af bestemmelsen er endvidere den situation, hvor der foreligger juridiske hindringer for den registreredes meddelelse af samtykke til behandlingen. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis den registrerede er frataget sin retlige handleevne (umyndiggjort).[358]

Man kunne spørge sig selv, hvilket indhold der skal lægges i udtrykket *andre personer*. Her må man formode, at der kan være tale om nærtståendes vitale interesser, når en registreret ikke er i stand til at samtykke. Eksempelvis kunne man forestille sig en situation, hvor en mand er bevidstløs som følge af et færdselsuheld. Den pågældende vil således ikke have mulighed for at samtykke til behandling af hans helbredsmæssige oplysninger i den situation, hvor behandling af disse oplysninger er nødvendige for den nærmeste families vitale interesser (af fundamental betydning) – f.eks. i forhold til disses sundhedstilstand eller lignende.

I de situationer, hvor en dataansvarlig mener, at det er nødvendigt at behandle oplysninger om en registreret efter bestemmelsen i persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 2, for at beskytte den pågældende, vil de grundlæggende behandlingsregler i lovens § 5 så at sige give den registrerede en art *ekstra* beskyttelse, da en registreret, som er omfattet af bestemmelsen, er i en situation, hvor denne ikke på et senere tidspunkt vil kunne forholde sig til, at der bliver behandlet følsomme oplysninger om vedkommende. Den registrerede har altså ingen muligheder for på nogen måde at sige fra i forbindelse med den pågældende behandling, da muligheden for samtykke efter § 7, stk. 1, er udelukket. Dette er f.eks. ikke tilfældet med registrerede personer, som er omfattet af den næsten tilsvarende bestemmelse i lovens § 6, stk. 1, nr. 4, hvor den manglende samtykkemulighed *kun* skyldes bortrejse, sygdom eller lignende – altså alle forhold, som *går over igen*. Bestemmelsen i § 7 rummer en betydelig bredere behandlingssituation, og af denne grund er kravene i § 5 særdeles hensigtsmæssige. Den dataansvarlige er således forpligtet til at angive et sagligt formål, således at den registreres *uheldige* situation ikke fører til, at der uretmæssigt behandles oplys-

358 Betænkning nr. 1345/1997, s. 450.

ninger om den pågældende. Ved den dataansvarliges angivelse af formål er det væsentligt at have for øje, at det er beskyttelseshensynet, som er det bærende element, og at man derigennem må antage, at den dataansvarlige i hvert tilfælde angiver et formål, hvis udelukkende hensigt er at beskytte den registreredes vitale interesser. I denne forbindelse medfører proportionalitetsvurderingen i § 5, stk. 3, 2. led også, at de oplysninger, som indsamles, ikke omfatter mere, end hvad der kræves til opnåelse af de formål, hvortil oplysningerne indsamles. I forhold til beskyttelsen af den registreredes vitale interesser vil et snævert angivet behandlingsformål også føre til en snæver proportionalitetsvurdering. Tidsbegrænsningsprincippet bliver særdeles aktuelt i denne situation, hvor den registrerede ikke har mulighed for konkret at forholde sig til, at der foregår behandling af personoplysninger om den pågældende. Her vil princippet føre til, at den dataansvarlige kun har ret til at opbevare oplysninger, så længe det er nødvendigt af hensyn til beskyttelsen af den registrerede eller andres vitale interesser. Da persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 2, er at betragte som en undtagelse til et forbud mod behandling af følsomme oplysninger, vil nødvendighedsvurderingen i relation til den tidsmæssige udstrækning af opbevaringen blive relativt streng, således at de grænser, som er udstukket af Datatilsynet i forbindelse med opbevaring af almindelige oplysninger, indsnævres. Det konkrete omfang af indsnævringen vil dog afhænge af den enkelte behandlingssituation. En rettesnor kunne være, at tidsrummet vil være kortest i relation til oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold. Endelig skal princippet om god databehandlingsskik også nævnes her. På trods af de variationer, som de ovenfor nævnte principper medfører, vil kravet om god databehandlingsskik under alle omstændigheder være ydergrænsen for det rum, som den dataansvarlige kan agere inden for i forbindelse med den nødvendige beskyttelse af den registreredes vitale interesser.

3.5.3 Nødvendighedskriteriet i forhold til fastlæggelse mv. af retskrav

Bestemmelsen i persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 4, omhandler behandling, som sker i såvel den dataansvarliges som i den registreredes interesse. Omfattet af bestemmelsen er dermed den situation, hvor behandling af oplysninger om den registrerede er nødvendig for, at den dataansvarlige kan afgøre, om den *registrerede har*

et retskrav[359]. I denne forbindelse bør man dog være opmærksom på, at det ikke er alle former for retskrav, der legitimeres. Det er først og fremmest forvaltningens interne anvendelse af de følsomme oplysninger, der vil være omfattet af bestemmelsen.[360] Dette vil bl.a. være tilfældet med hensyn til offentlige myndigheders behandling af oplysninger som led i myndighedsudøvelse. Det gælder f.eks. i den situation, hvor de sociale myndigheder har mistanke om incest eller andre seksuelle overgreb mod børn, og i den forbindelse ønsker at kontakte andre myndigheder, såsom sygehuse, politi mv. for at beskytte børnene.[361] Det vil også være tilfældet, hvis der er tale om arbejdsgivers behandling af oplysninger med henblik på at afgøre, om den registrerede har krav på erstatning, eller hvis der er tale om forsikringsselskabers behandling af helbredsoplysninger med henblik på at vurdere, om den registrerede har krav på erstatning. Videre er den situation, hvor behandling af oplysninger om den registrerede er nødvendig for, at det kan afgøres, om den dataansvarlige kan gøre et krav gældende over for den registrerede, omfattet. Dette sker eksempelvis, når skattemyndighederne behandler oplysninger om medlemskab af folkekirken i det Centrale Personregister (CPR) med henblik på opkrævning af kirkeskatter. Endelig vil behandling af oplysninger, der er nødvendig for at tredjemands retskrav kan fastlægges, også kunne ske i henhold til bestemmelsen. Dog skal man i den forbindelse være opmærksom på, at saglighedskravet i persondatalovens § 5, stk. 2, stadig er en betingelse.[362] De øvrige grundlæggende behandlingskrav i persondatalovens § 5 skal for den sags skyld også tages i betragtning ved denne specielle behandlingsform af følsomme oplysninger. Bestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 4, er så at sige tosidig i denne forbindelse, fordi bestemmelsen legitimerer, at et givet retskrav kan fastlægges til fordel for både den registrerede og for den dataansvarlige.

Datatilsynet har behandlet bestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 4, i en række afgørelser.

I sagen om behandling af følsomme oplysninger om misbrugere[363] udtalte Datatilsynet i relation til amtets behandling af oplys-

---

359 Krav, der kan hævdes ved de retlige tvangsmidler, jf. Bryde Andersen og Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, 2. udg., s. 17 og Gomard: Civilprocessen, 5. udg., s. 23. Betænkning nr. 1345/1997, s. 450.

360 Blume: Personoplysningsloven, s. 69.

361 Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, a. st., s. 177.

362 Betænkning nr. 1345/1997, s. 450f.

363 2000-53-0118, DÅ 2001, s. 37ff. Afgørelsen er behandlet ovenfor i afs. 3.2.1, s. 93f.

ninger om pårørende, at disse kun rent undtagelsesvis kunne behandles uden samtykke efter bestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 4, hvis det måtte vise sig umuligt at indhente samtykke fra den pårørende. Det blev dog præciseret, at behandling af oplysninger om pårørende uden samtykke forudsatte, at der var iværksat fornødne tiltag med henblik på at søge samtykke indhentet, og at det ud fra en konkret vurdering var fundet klart nødvendigt at inddrage oplysninger om den tidligere misbrugers familiemedlemmer i behandlingsforløbet.

I relation til den ovenfor omtalte afgørelse om Projekt JANUS[364] er det oplyst, at projektet anser det for nødvendigt at kunne inddrage oplysninger om ofret i behandlingen, idet det ikke kan udelukkes, at sådanne oplysninger spiller en rolle for at kunne udlede baggrunden for den pågældende krænkelse og dermed for behandlingen af krænkeren, således at gentagelsessituationer undgås. Det er Datatilsynets opfattelse, at oplysninger om ofret kan behandles uden samtykke, hvis det ud fra en konkret vurdering viser sig *nødvendigt* for at kunne give krænkeren den bedst mulige behandling. Tilsynet lægger herved vægt på, at det følger af lov om social service § 38, stk. 1, at kommunen skal undersøge barnets eller den unges forhold, hvis det må antages, at et barn eller en ung har behov for særlig støtte, og at det følger af § 40, stk. 1, og stk. 2, nr. 3, at kommunen kan træffe afgørelse om foranstaltninger, herunder familiebehandling eller lignende støtte, hvis det skønnes at være af væsentlig betydning for et barns eller en ungs særlige behov for støtte. Endvidere skal det tillægges vægt, at Socialministeriet har oplyst, at ordet *kan* i lovteksten i praksis er et *skal*, således at kommunen er forpligtet til at igangsætte de mindst indgribende formålstjenlige foranstaltninger, hvis et barn eller en ung har behov for særlig støtte. Det er ministeriets opfattelse, at de unge krænkeres problem er af en karakter, hvor kommunen er forpligtet til at sætte foranstaltninger i gang, og at man derfor med rette kan sige, at disse børn og unge har retskrav på behandling.

Betydningen af de grundlæggende behandlingsbetingelser i persondatalovens § 5 i forhold til en behandling af følsomme oplysninger med hjemmel i § 7, stk. 2, nr. 4, understreges også af Datatilsynet i sagen om Projekt JANUS. Som det tidligere er påpeget, medfører kravet i § 5, stk. 2, 2. led, at de oplysninger om bl.a. ofrene, som Projekt JANUS indsamler og registrerer, ikke frit kan

364 2004-54-1508. Afgørelsen er behandlet ovenfor i afs. 3.5, s. 207f.

genbruges og videregives. Under hensyntagen til karakteren af de oplysninger, der behandles i projektet, og til det ganske særlige formål, der er begrundelsen for behandlingen, er det tilsynets opfattelse, at anvendelse af de oplysninger om ofre, som behandles i projektet til andre formål end dem, der varetages i projektet, som udgangspunkt vil være i strid med § 5, stk. 2, 2. led. Det forhold, at der er tale om oplysninger om ofret, som er afgivet af krænkeren og derfor kan være fejlagtige, tillægges også betydning. I forhold til kravet om proportionalitet i § 5, stk. 3, er det Datatilsynets opfattelse, at der i relation til oplysningerne i projektet – og i særdeleshed oplysningerne om ofrene – er en forpligtelse til at minimere databehandlingen til det absolut nødvendige. I denne forbindelse bør det tilstræbes, at oplysningerne om ofrene i videst muligt omfang gøres anonyme eller ikke umiddelbart personhenførbare. Datatilsynet påpeger endelig, at de oplysninger om ofrene, som alene er baseret på krænkerens udsagn, bør registreres således, at det klart fremgår, at der er tale om et udsagn fra en person og ikke en bekræftiget kendsgerning.

I begge de nævnte situationer vil de grundlæggende behandlingskrav føre til, at den dataansvarlige er nødsaget til at angive et formål med indsamlingen, uanset om retskravet skal fastlægges til fordel for den registrerede eller til fordel for den dataansvarlige. I denne behandlingssituation vil formålet nok oftest komme af sig selv i forbindelse med selve retskravets indhold. Men samtidig skal den dataansvarlige være opmærksom på, at der ikke må indsamles flere oplysninger end dem, som er *relevante og tilstrækkelige* i forhold til fastsættelsen af det pågældende retskrav. Yderligere vil den dataansvarlige ikke kunne opbevare oplysningerne længere end det er nødvendigt, for at retskravet kan blive fastlagt, gjort gældende eller forsvaret.

3.6 Nødvendighedskriteriet i forhold til semi-følsomme oplysninger

De såkaldte semi-følsomme oplysninger er – som tidligere nævnt – en særegen dansk oplysningskategori, som er *skudt ind* mellem de almindelige og de følsomme oplysninger. Baggrunden for, at man fra dansk side ønskede denne form for lovgivning, fremgår umiddelbart nedenfor. I den korte version skal svaret findes i et forsøg på at opretholde den retstilstand, som var gældende under registerlovene, for så vidt angik oplysninger om rent private for-

hold.[365] Dette er også baggrunden for, at nærværende afsnit indledes med en gennemgang af lovgivningshistorikken vedrørende persondatalovens §§ 7 og 8. Resultatet af lovgivningsproceduren endte med, at de semi-følsomme oplysninger ikke behandles ens for offentlige og private dataansvarlige, så derfor den efterfølgende opdeling. Afsnittet berører videre reglen i § 8, stk. 6, som er fælles for offentlige og private dataansvarlige. Sluttelig samles op på de semi-følsommme oplysninger i forhold til denne afhandlings problemstilling for dermed at have fokus klar, inden behandlingen af de EU-retlige problemer, som er opstået ved, at Danmark har sin egen kategori af oplysninger.

3.6.1 Lovgivningshistorik vedrørende persondatalovens §§ 7 og 8

Persondatadirektivets art. 32, stk. 1, fastsætter krav om, at medlemsstaterne skulle sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at kunne efterkomme direktivet senest tre år efter dets vedtagelse – altså den 24. oktober 1998. Direktivet kom efterfølgende til at leve en noget omtumlet tilværelse i dansk ret, inden det blev endelig implementeret i dansk ret ved persondatalovens ikrafttrædelse den 1. juli 2000.

Udvalget bag betænkning nr. 1345/1997 fandt, at lovudkastet burde bygge på samme ordning som direktivet, således at der i lovudkastet skulle sondres mellem ikke-følsomme og følsomme oplysninger. Videre fandt udvalget, at fastlæggelsen af, hvilke typer af oplysninger som er af følsom karakter, burde svare til, hvad der fulgte af direktivet.[366] Videre antog Registerudvalget, at det ikke i gennemførelseslovgivningen kunne fastsættes, at andre typer af personoplysninger end de i art. 8 nævnte skulle behandles som følsomme. Disse andre typer af personoplysninger ville derfor skulle henregnes til kredsen af oplysninger, som er omfattet af art. 7, og behandles efter de regler, der er indeholdt i denne bestemmelse. Under hensyn til dette fandt udvalget ikke, at det var muligt at opretholde den opregning af følsomme oplysningstyper, som var indeholdt i den dagældende registerlovgivning. Udvalget mente således, at der i den fremtidige lovgivning (persondataloven) måtte ske

[365] Se om forholdet til oplysningskategorierne i forvaltningsloven ovenfor i afs. 3.5.1, s. 209f.

[366] Betænkning nr. 1345/1997, s. 231.

en indsnævring af begrebet *følsomme personoplysninger*. Dette forhold førte ifølge udvalget til, at oplysninger om væsentlige sociale problemer ikke længere vil kunne anses for følsomme. Også andre oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold vil falde uden for den særlige kategori af oplysninger, som er omfattet af art. 8. De to oplysningstyper vil ikke kunne henføres under den fremtidige lovgivnings kreds af følsomme oplysninger.[367] Udvalget om registerlovgivningen har altså det rigtige udgangspunkt i forhold til opregningen i direktivet.

Det skal dog også bemærkes, at udvalget betoner, at betydningen af, at enkelte oplysningstyper udgår af begrebet *følsomme oplysninger*, ikke skal overvurderes, da behandlingen af de almindelige oplysninger kun må ske, hvis det er *nødvendigt*, medmindre den registrerede har afgivet samtykke.[368] Proportionalitetsprincippets krav om nødvendighed inddrages således i forhold til vurderingen af den konkrete form for behandling af personoplysninger. På trods af at opregningen af følsomme oplysninger ændres i forhold til registerlovene, må man dog stadig være opmærksom på det grundlæggende udgangspunkt, nemlig et forbud mod behandling af følsomme oplysninger. Behandling af almindelige oplysninger er tilladt i de opregnede behandlingssituationer, hvis kravet om nødvendighed er opfyldt.

Med hensyn til behandling af oplysninger om *strafbare forhold* anbefaler Registerudvalget, at man anvender det i dansk ret kendte begreb *"oplysninger om strafbare forhold"* om det udtryk som i direktivets art. 8, stk. 5, 1. afsnit, kaldes *"oplysninger om lovovertrædelser, straffedomme og sikkerhedsforanstaltninger"*. Udvalget fastslår i denne forbindelse, at der ikke i direktivet er taget direkte stilling til, hvad der skal forstås ved dette udtryk. Der kan heller ikke udledes fortolkningsbidrag i direktivets tilblivelsesproces.[369] Den omstændighed, at oplysninger om strafbare forhold ikke er medtaget i den i art. 8, stk. 1, nævnte opregning af oplysninger – men i stedet i den selvstændige bestemmelse i stk. 5 – må efter udvalgets opfattelse antages at indebære, at oplysningerne ikke er omfattet af den regulering, der findes i art. 8, stk. 2-4. Derfor antager Registerudvalget – under hensyn til bestemmelsens udformning og systematiske placering – at direktivet bygger på den ordning, at spørgsmålet om, hvorvidt behandling af oplysninger om strafbare forhold lovligt kan

367 Betænkning nr. 1345/1997, s. 232.
368 Betænkning nr. 1345/1997, s. 233.
369 Betænkning nr. 1345/1997, s. 241.

ske, skal afgøres under hensyntagen til de principper vedrørende grundlaget for behandling af oplysninger, som er indeholdt i art. 7.[370]

Fremsættelsen af det *første* lovforslag[371] til implementering af persondatadirektivet var i det store hele identisk med lovudkastet i betænkning 1345/1997. Nydannelsen i forhold til betænkningen er, at Justitsministeriet kommer med dets forslag til de enkelte problemstillinger, som er fremhævet i betænkningen. Ministeriet erkender, at opdelingen mellem almindelige og følsomme oplysninger er anderledes end den, som fandtes i registerlovene. Forskellene skal ifølge Justitsministeriet *ikke overvurderes*. Justitsministeriet lagde i denne forbindelse vægt på, at formålet med lovforslaget var at sikre, at der også i fremtiden ville være et højt beskyttelsesniveau med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt behandling af oplysninger lovligt kan finde sted. I denne forbindelse fremhæves det, at lovforslaget bygger på den forudsætning, at den gældende retstilstand om, i hvilke tilfælde offentlige myndigheder uden samtykke kan videregive oplysninger til private om enkeltpersoners rent private forhold, bliver opretholdt.[372]

Med fremsættelsen af det *andet* lovforslag[373] startede den *politiske kamp* omkring det svært forståelige persondatadirektiv. I L 44 giver Justitsministeriet udtryk for, at ministeriet er enig med udvalget i, at der i den kommende lovgivning bør fastsættes almindelige betingelser for behandling af oplysninger, og at reglerne må udformes på baggrund af direktivets art. 6-8. Ministeriet er videre enig med udvalget i, at reglernes ordlyd må lægges tæt op ad direktivteksten for at sikre en korrekt implementering af direktivet.[374]

I samme passus giver Justitsministeriet udtryk for, at de almindelige behandlingsregler i lovforslagets §§ 6-7 forudsættes således i videst muligt omfang administreret på den måde, at der ikke – uden samtykke – registreres og videregives personoplysninger i videre udstrækning end efter den gældende registerlovgivning. Samme sted fremhæves, at lovforslaget skulle bygge på den forudsætning, at den gældende retstilstand om, i hvilke tilfælde offentlige myndigheder uden samtykke kan videregive oplysninger til private om enkeltpersoners rent private forhold, skulle opretholdes.

---

370 Betænkning nr. 1345/1997, s. 241-242.
371 L 82 fremsat 30. april 1998.
372 L 82, afs. 4.2.4.3.
373 L 44 fremsat 8. oktober 1998.
374 L 44, s. 40.

Lovforslaget skulle således ikke åbne for, at private arbejdsgivere kunne indhente oplysninger om jobansøgeres væsentlige sociale problemer, selv om jobansøgeren ikke havde givet samtykke til det.[375]

Denne form for lovgivning i motiverne kan anskues i forhold til EU-retten, hvor det er fastslået, at det ikke er korrekt at implementere EU-retsakter i motiverne, men dette forhold medfører modsat ikke, at det, som står i motiverne, ikke skal ses som en fejlagtig implementering af den pågældende retsakt. Alt i alt medfører dette forsøg på implementering en yderst uklar og uheldig retstilstand. Denne argumentation gør sig tilsvarende gældende for så vidt angår motiverne til den efterfølgende forfattede § 8, vedrørende semi-følsomme oplysninger.

Dette udgangspunkt skal følges, på trods af at medlemsstaterne med hjemmel i TEF art. 249, stk. 3 har en vis frihed ved valg af implementeringsmetoden. Da Danmark skulle implementere ligelønsdirektivet,[376] var det præciseret i bemærkningerne til lovforslaget, at udtrykket *samme løn for samme arbejde* havde samme rækkevidde som direktivets *samme løn for samme arbejde og arbejde, som tillægges samme værdi*. I den efterfølgende sag vedrørende Danmarks overholdelse af direktivet[377] udtalte Domstolen, at medlemsstaterne som udgangspunkt kan overlade gennemførelsen af ligelønsprincippet til arbejdsmarkedets parter, men at staten stadig har pligt til at sikre, at alle arbejdstagere i fuld udstrækning kan nyde godt af direktivets beskyttelse. Under hensyn til, at loven særlig gjaldt arbejdstagere, der ikke var fagligt organiserede og beskæftiget i små eller mellemstore virksomheder, var der efter Domstolens opfattelse anledning til særligt og omhyggeligt at tilsikre dem de rettigheder, de kan udlede af direktivet. Hensynet til retssikkerheden og retsbeskyttelsen krævede således en entydig formulering, der satte de berørte personer i stand til på tilstrækkelig klar og tydelig måde at kende deres rettigheder og forpligtelser, og domstolene i stand til at sikre iagttagelsen heraf. Domstolen fandt, at den nævnte bemærkning i lovmotiverne ikke var tilstrækkelig til at sikre en hensigtsmæssig information af de berørte personer. Den danske stat tabte således sagen. Eller sagt med Gulmann og Hagel-Sørensens ord: *"Uanset at 'lovgivning i motiverne' er en hyp-*

375 L 44, s. 40. Fremhæves også s. 20 og s. 91.

376 Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder.

377 Dom af 30. januar 1985 i Sag 143/83, Kommissionen mod Danmark (ligeløn), Saml. 1985, s. 427.

pigt anvendt teknik i Danmark, kan den, som denne sag viser, være utilstrækkelig."[378]

Justitsministeriet giver videre udtryk for at være enig med udvalget i, at der – i lyset af direktivets art. 8, stk. 5 – bør fastsættes særlige regler om behandling af oplysninger om strafbare forhold.[379]

L 44 udløste mange spørgsmål til Retsudvalget. Et af disse var en henvendelse fra Danmarks Journalisthøjskole med en rapport om forslaget. Rapporten er udarbejdet af afdelingsforstander Oluf Jørgensen.

Oluf Jørgensen finder det påfaldende, at lovforslaget ikke kategoriserer oplysninger om væsentlige sociale problemer og strafbare forhold som følsomme. Dette begrunder han med, at der i direktivets præambel findes klare tilkendegivelser af, at gældende beskyttelse i medlemslandene ikke skal forringes. Oluf Jørgensen mener af denne grund, at det må tillægges stor betydning, at væsentlige sociale problemer og strafbare forhold i dansk ret hidtil har været karakteriseret som *rent private forhold* (særligt følsomme oplysninger). Oluf Jørgensen mener, at den manglende medtagning af disse oplysningstyper i direktivet kan skyldes en forglemmelse eller forskellige retstraditioner i EU-landene. Ifølge Oluf Jørgensen kunne det også skyldes, at socialt arbejde og det strafferetlige område ikke hører til fællesskabsretten, og at disse oplysningstyper derfor kun periferisk hører under direktivets anvendelsesområde. Disse forhold fører til, at der ifølge Oluf Jørgensen er gode begrundelser for at antage, at Folketinget kan fravige direktivets ordlyd vedrørende betingelserne for behandling af personoplysninger. Forfatteren mener endog, at der er sikre tegn på, at det ikke er nødvendigt at forringe gældende beskyttelsesregler på grund af direktivet.[380]

Rapporten afsluttes med en række forslag til ændring af L 44. Forslagets nr. 6, 7 og 8 er interessante i denne sammenhæng. De to første forslag vedrører beskyttelse af oplysninger om væsentlige sociale problemer og strafbare forhold. Oluf Jørgensen foreslår, at det med en tilføjelse i § 7, stk. 1, sikres, at oplysninger om væsentlige sociale problemer og strafbare forhold forsat betragtes som følsomme oplysninger. Det sidste forslag vedrører sikring af mulig-

---

378 Gulmann og Hagel-Sørensen: EU-ret, 3. udg., s. 206 og ligeledes Engsig Sørensen & Runge Nielsen: EU-retten, s. 114f.

379 L 44, s. 40.

380 Jørgensen, Oluf: Lovforslag om behandling af personoplysninger, s. 46. Bilag 86 til L 44.

heden for videregivelse af følsomme oplysninger, når tungtvejende hensyn tilsiger det. Dette skal ifølge Oluf Jørgensen ske ved, at der indføjes et nyt stykke i § 7 for at sikre, at videregivelse fra offentlige myndigheder kan ske i samme omfang som efter de hidtidige regler. Bestemmelsen skulle udformes i overensstemmelse med forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 3 og 4.[381]

Justitsministeriet svarer på forslaget vedrørende væsentlige sociale problemer og strafbare forhold ved at slå fast, at bestemmelsen i direktivets art. 8, stk. 1, efter Justitsministeriets opfattelse indeholder en *udtømmende* opregning af typer af følsomme oplysninger, og at medlemslandene derfor ikke kan antages at gennemføre afvigelser herfra.[382] Med baggrund i dette kan det efter Justitsministeriets opfattelse ikke antages at være foreneligt med direktivet at gennemføre de foreslåede ændringer vedrørende væsentlige sociale problemer og strafbare forhold. Justitsministeriet understreger i denne forbindelse, at det er en afgørende forudsætning bag lovforslaget, at kategoriseringen af oplysningstyper (lovforslagets §§ 6 og 7) ikke har betydning for beskyttelsen af oplysninger om væsentlige sociale problemer og strafbare forhold – eller andre oplysninger, der på daværende tidspunkt blev anset for at være følsomme. Justitsministeriet henviser endvidere til, at det er anført i lovforslaget, at de almindelige behandlingsregler i videst muligt omfang forudsættes administreret på den måde, at der ikke – uden samtykke – registreres eller videregives personoplysninger i videre udstrækning end efter den dagældende registerlovgivning.[383]

Justitsministeriet svarer på forslaget vedrørende udveksling af følsomme oplysninger mellem offentlige myndigheder med at slå fast, at forslaget vil være muligt at gennemføre inden for rammerne af direktivet. Justitsministeriet mener dog ikke, at den dagældende retstilstand videreføres, da Oluf Jørgensens ændringsforslag ifølge Justitsministeriet vil føre til en indskrænkning i adgangen til at udveksle personoplysninger mellem offentlige myndigheder, da spørgsmålet om videregivelse skal bedømmes efter forvaltningslovens kriterier i stedet for de kriterier, som var fastsat i lov om offentlige myndigheders registre. Forvaltningslovens videregivelsesregler er på visse punkter mere restriktive end de tilsvarende i lov om offentlige myndigheders registre.

---

381 Jørgensen, Oluf: Lovforslag om behandling af personoplysninger, s. 54. Bilag 86 til L 44.

382 L 44, bilag 107, Spørgsmål nr. 89, nr. 7, s. 8.

383 L 44, bilag 107, Spørgsmål nr. 89, nr. 7, s. 9.

Oluf Jørgensen svarer på Justitsministeriets udtalelser i lovforslagets bilag 111,[384] hvor han i forbindelse med forslaget om beskyttelse af oplysninger om væsentlige sociale problemer og om strafbare forhold giver udtryk for en undren over, at Justitsministeriet på ét og samme tidspunkt kan sige, at det er i strid med direktivet, hvis den danske lovgivning karakteriserer de to oplysningstyper som følsomme, og at det ikke er i strid med direktivet, hvis danske myndigheder i praksis behandler disse typer af oplysninger efter reglerne, der gælder for følsomme oplysninger. Oluf Jørgensen finder Justitsministeriets opfattelse meget *"mystisk"*, da det efter hans opfattelse enten er foreneligt eller uforeneligt med direktivet at betragte disse oplysninger som følsomme.[385]

Vedrørende svaret om udveksling af følsomme oplysninger mellem offentlige myndigheder slår Oluf Jørgensen blot fast, at hans forslag skal sikre, at lovreglerne udformes, så det f.eks. forsat er muligt at videregive oplysninger om voksne, når det i særlige tilfælde er nødvendigt for at beskytte børn i sociale sager. Reglerne i forvaltningsloven skulle give en tilstrækkelig retssikkerhed, men reglerne i lov om offentlige myndigheders registre kunne også vælges.[386]

I betænkningen over Forslag til lov om behandling af personoplysninger stilles 43 ændringsforslag. Ændringsforslag nr. 10 vedrørende § 8 har følgende ordlyd:

»**§ 8.** For den offentlige forvaltning må der ikke behandles oplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold, medmindre det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver.

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte oplysninger må ikke videregives. Videregivelse kan dog ske, hvis

1) den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke til videregivelsen,
2) videregivelsen sker til varetagelse af private eller offentlige interesser, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse, herunder hensynet til den, oplysningen angår,
3) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en myndigheds virksomhed eller påkrævet for en afgørelse, som myndigheden skal træffe, eller
4) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en persons eller virksomheds opgaver for det offentlige.

Stk. 3. Private må behandle oplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold, hvis det er nødvendigt til

384 L 44, bilag 111.
385 L 44, bilag 111, s. 7.
386 L 44, bilag 111, s. 7f.

varetagelse af en berettiget interesse, og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede.

Stk. 4. Et fuldstændigt register over straffedomme må kun føres for en offentlig myndighed.«

I bemærkningerne til ændringsforslaget giver Justitsministeriet udtryk for, at formålet med ændringsforslaget er i selve lovteksten at sikre, at de oplysninger om rent private forhold, der ikke er nævnt i opregningen over følsomme oplysninger i § 7, stk. 1, ikke må registreres eller videregives i videre udstrækning end efter den dagældende registerlovgivning. Det drejer sig først og fremmest om oplysninger om strafbare forhold og væsentlige sociale problemer.[387]

Oluf Jørgensens kommentarer til den ændrede udformning af lovforslagets § 8[388] indledes med en konstatering af, at ændringsforslaget ikke kun gælder for oplysninger om væsentlige sociale problemer og strafbare forhold, men for alle oplysninger om *rent private forhold*. Begrebet *oplysninger om rent private forhold* var kendt fra både forvaltningsloven og registerlovene. Dette fører ifølge Oluf Jørgensen til, at forslaget til en ny § 8 også omfatter oplysninger om race, religion, hudfarve, om politiske, foreningsmæssige, seksuelle og helbredsmæssige forhold og misbrug af nydelsesmidler og lignende. Da disse oplysningstyper også er at finde i lovforslagets § 7, finder Oluf Jørgensen det uklart, om disse oplysninger skal være omfattet af begge bestemmelser. Ifølge forfatteren vil det give god mening, hvis forslaget til en ny § 8 opfattes som en specialregel, der indeholder kriterier for behandling af alle oplysninger om rent private forhold. Men så vil der kun være få oplysninger tilbage, som reguleres efter § 7 – fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om filosofisk overbevisning – oplysningstyper, som hidtil ikke havde været betragtet som særligt følsomme i dansk ret. Efter Oluf Jørgensens opfattelse er det en klar forbedring af lovforslaget, at oplysninger om væsentlige sociale problemer og strafbare forhold ikke længere betragtes som almindelige oplysninger, men efter ændringsforslaget skal behandles på linje med andre oplysninger om rent private forhold.[389] Den 9. december 1999 blev det tredje og sidste lovforslag[390] til persondataloven fremsat. Den ovenfor omtalte § 8 har nu følgende ordlyd:

387 L 44, bilag 127, s. 10.
388 L 44, bilag 136.
389 L 44, bilag 136, s. 2-3.
390 L 147 af 9. december 1999.

"**§ 8.** For den offentlige forvaltning må der ikke behandles oplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 7, stk. 1, nævnte, medmindre det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver.

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte oplysninger må ikke videregives. Videregivelse kan dog ske, hvis

1) den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke til videregivelsen,
2) videregivelsen sker til varetagelse af private eller offentlige interesser, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse, herunder hensynet til den, oplysningen angår,
3) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en myndigheds virksomhed eller påkrævet for en afgørelse, som myndigheden skal træffe, eller
4) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en persons eller virksomheds opgaver for det offentlige.

Stk. 3. Forvaltningsmyndigheder, der udfører opgaver inden for det sociale område, må kun videregive de i stk. 1 nævnte oplysninger og de oplysninger, der er nævnt i § 7, stk. 1, hvis betingelserne i stk. 2, nr. 1 eller 2, er opfyldt, eller hvis videregivelsen er et nødvendigt led i sagens behandling eller nødvendig for, at en myndighed kan gennemføre tilsyns- eller kontrolopgaver.

Stk. 4. Private må behandle oplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 7, stk. 1, nævnte, hvis den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke hertil. Herudover kan behandling ske, hvis det er nødvendigt til varetagelse af en berettiget interesse, og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede.

Stk. 5. De i stk. 4 nævnte oplysninger må ikke videregives uden den registreredes udtrykkelige samtykke. Videregivelse kan dog ske uden samtykke, når det sker til varetagelse af offentlige eller private interesser, herunder hensynet til den pågældende selv, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse.

Stk. 6. Et fuldstændigt register over straffedomme må kun føres for en offentlig myndighed."

I bemærkningerne til lovforslagets § 8 fremgår det, at formålet med reglerne i § 8[391] navnlig er at lovfæste forudsætningen om, at de almindelige behandlingsregler i lovforslagets §§ 6-7 i videst muligt omfang administreres således, at der ikke – uden samtykke – registreres og videregives personoplysninger i videre udstrækning end efter den gældende registerlovgivning. Det er med baggrund i denne antagelse, at § 8 er udformet i lyset af reglerne i registerlovene.

[391] *"indsat for at fjerne enhver tvivl"*, jf. L 147, s. 42.

Bestemmelserne i § 8 skal administreres således, at den behandling der kan finde sted efter § 7, også kan finde sted efter § 8. I denne forbindelse bemærker Justitsministeriet, at lovforslaget bygger på forudsætningen om, at (også) reglerne i § 7 så vidt muligt skal administreres i overensstemmelse med den dagældende registerlovgivning. Videre bemærkes det, at der er den principielle forskel mellem reglerne i lovforslagets § 7 og § 8, at lovforslagets § 7 har til formål at gennemføre reglerne om behandling af særligt følsomme oplysninger i direktivets art. 8. Heroverfor har lovforslagets § 8 til formål at udgøre en del af den samlede danske gennemførelse af direktivets (mindre restriktive) regler for behandling af andre typer af personoplysninger, jf. direktivets art. 7. Efter Justitsministeriets opfattelse vil denne forskel ikke i nævneværdig grad nødvendiggøre, at der anlægges forskellig praksis vedrørende adgangen til at behandle oplysninger efter henholdsvis lovforslagets § 7 og lovforslagets § 8. Det skyldes, at direktivet overlader medlemsstaterne et vist spillerum til at fastlægge de nærmere kriterier for adgangen til at behandle oplysninger, der ikke – i direktivets forstand – har karakter af særligt følsomme oplysninger.[392]

Lovforslaget kommer for så vidt angår forvaltningsmyndigheder, der udfører opgaver inden for det sociale område til at betyde, at adgangen til at videregive oplysninger om rent private forhold skal afgøres efter kriterier, der svarer til forvaltningslovens § 28, stk. 2.[393]

Lovforslagets bilag 5 er et notat fra *Peter Blume*, som blandt andet fremsætter en række kommentarer til lovforslagets § 8. For det *første* bemærker Blume, at bestemmelsen er modelleret over de tilsvarende bestemmelser i registerlovene. Dette ser han som et udtryk for et ønske om at bevare registerlovens regler, selvom det formelt angives i bemærkningerne, at der er tale om en implementering af direktivets art. 7. Dette forhold skulle ganske tydeligt vise sig ved, at det især er videregivelsen af disse oplysningstyper, der undergives en særlig regulering.[394] For det *andet* fremhæver Blume, at § 8, stk. 1, efter sin ordlyd er mere restriktiv end § 7, da behandling kan ske, når det er nødvendigt. I denne forbindelse peger Blume på det uheldige i, at det kun fremgår af bemærkningerne og ikke af lovteksten, at § 7 også skal finde anvendelse. Blume finder denne form for lovgivning *"meget uheldig"*, og det faktum, at det alene fremgår af bemærkningerne, at der skal administreres på denne måde, er

392 L 147, s. 103f.
393 L 147, s. 42f.
394 L 147, bilag 5, s. 8.

ikke acceptabelt rent lovteknisk. Blume afslutter med at konstatere, at § 8 *"ikke forekommer ganske vellykket"*.

Justitsministeriet bemærker følgende til Peter Blumes notat:

For det *første* slår Justitsministeriet fast, at reglerne i lovforslagets § 8, stk. 1-2, og stk. 4-5, ikke må administreres mere restriktivt end reglerne i lovforslagets § 7 – navnlig for at undgå, at der rejses spørgsmål om, hvorvidt direktivet er gennemført korrekt.[395]

For det *andet* finder Justitsministeriet, at det rent lovteknisk er en vanskelig opgave at udforme reglerne om behandling af andre oplysninger om rent private forhold end dem, der er nævnt i lovforslagets § 7, stk. 1, som på den ene side – så vidt muligt – skal være en afskrift af reglerne i registerlovgivningen, og som på den anden side skal administreres på en sådan måde, at den behandling, der skal finde sted efter § 7, også kan finde sted efter § 8, stk. 1-2, og stk. 4-5. Der er imidlertid ikke grundlag for generelt at kritisere udformningen af reglen i § 8 og betegne administrationen af reglen som *"lovgivning i motiverne"*. På trods af dette er Justitsministeriet dog indstillet på at fremsætte et ændringsforslag til § 8, således at det kommer til at fremgå af selve lovteksten, at behandling af personoplysningerne i de tilfælde, der er nævnt i stk. 1-2 og 4-5, også kan finde sted, hvis betingelserne herfor efter lovforslagets § 7 er opfyldt.[396]

Den 11. maj 2000 afgav Retsudvalget betænkning over Forslag til behandling af personoplysninger, hvor der indsættes et nyt stk. 6 i lovforslagets § 8, som er i overensstemmelse med det ovenfor foreslåede af Peter Blume, således at behandling af oplysninger i de tilfælde, der er reguleret i stk. 1, 2, 4 og 5, i øvrigt kan finde sted, hvis betingelserne i § 7 er opfyldt. I bemærkningerne til det pågældende ændringsforslag refererer Justitsministeriet til en henvendelse fra Registertilsynet, som peger på den forskel mellem reglerne i lovforslagets § 7, stk. 2, nr. 1, og § 8, stk. 1, for så vidt angår offentlige myndigheders behandling, herunder navnlig registrering af følsomme oplysninger. Registertilsynet peger i den forbindelse på, at bestemmelsen i § 7, stk. 2, nr. 1, giver en offentlig myndighed adgang til at registrere de i § 7 nævnte følsomme oplysninger med den registreredes samtykke. Til forskel herfra kan behandling efter § 8, stk. 1, kun finde sted, hvis det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver. Efter denne bestemmelse vil et samtykke fra den registrerede således ikke i sig selv give myndigheden det fornødne

395 L 147, bilag 17, s. 10.
396 L 147, bilag 17, s. 10f.

hjemmelsgrundlag for at foretage den pågældende behandling. På denne baggrund foreslår Registertilsynet, at det ved en ændring i lovteksten i § 8 præciseres, i hvilket omfang behandling også kan finde sted, hvis betingelserne i § 7 er opfyldt.[397]

Den 26. maj 2000 bliver Forslag til Lov om behandling af personoplysninger vedtaget af Folketinget ved 3. behandling, som Lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger. Den vedtagne lov er i overensstemmelse med den betænkning, som Retsudvalget afgav den 11. maj 2000. Loven trådte i kraft den 1. juli 2000.

Den resterende del af nærværende afsnit behandler det materielle indhold i persondatalovens § 8 vedrørende den særegne danske oplysningskategori – semi-følsomme oplysninger – samt Datatilsynets praksis på området. Efterfølgende behandler afsnit 3.7 de EU-retlige problemer, som bestemmelsen i § 8 giver anledning til.

3.6.2 *Registerlovene*

I forhold til problemstillingen i nærværende afsnit er det især bestemmelserne i lov om offentlige myndigheders registre §§ 9, 16 og 21 og i lov om private registre § 3, stk. 2, i.f. og § 4, stk. 1, i.f., som er interessante.

Bestemmelserne handlede overordnet set om registrering og videregivelse af oplysninger og fik deres endelige udformning ved en lovændring i 1987.[398] Ifølge lovforslagets almindelige bemærkninger havde lovændringen til formål at foretage en revision af de to registerlove på de områder, hvor den tekniske udvikling og erfaringerne med administration af de to love havde nødvendiggjort dette. På nogle områder havde der vist sig et behov for yderligere at skærpe registerlovenes bestemmelser for at sikre, at registrering og anvendelse af registrerede oplysninger forsat skete på en sådan måde, at den enkeltes privatliv blev beskyttet mest muligt.[399]

I de almindelige bemærkninger gives videre udtryk for, at der, for så vidt angår de offentlige myndigheders registre, foreslås en udvidelse af de oplysningstyper, som efter loven skal betragtes som rent private. Videre blev det foreslået, at bestemmelserne om videregivelse af oplysninger til både private og andre offentlige myn-

397 L 147, bilag 52, s. 4f.

398 L 32, fremsat 8. oktober 1986 i FT 1986-87, Tillæg A, sp. 479-524 blev vedtaget som lov nr. 383 af 10. juni 1987.

399 FT 1986-87, Tillæg A, sp. 491.

digheder blev skærpet på væsentlige punkter, både for de følsomme oplysninger og for andre typer af oplysninger.[400]

Udvidelsen af kredsen af oplysninger, som må anses at vedrøre rent private forhold, omhandlede helt konkret oplysninger om foreningsmæssige forhold og om væsentlige sociale problemer, således at opregningen i lov om offentlige myndigheders registre var i overensstemmelse med opregningen i forvaltningslovens § 28, stk. 1. Der fandtes et særligt behov for beskyttelse mod unødig registrering og brug af disse oplysninger. Da lov om offentlige myndigheders registre kun omfattede edb-registre, medførte denne ændring, at de samme oplysningstyper blev anset for sensitive, uanset om de forelå i manuel eller elektronisk form. For så vidt angår videregivelse af de følsomme oplysninger, skulle disse ændres således, at det blev præciseret, at videregivelse af disse oplysninger som udgangspunkt ikke måtte finde sted. Opregningen af de tilfælde, hvor dette alligevel kunne ske, blev foreslået ændret, således at den svarede til opregningen i forvaltningslovens § 28, stk. 2.

Efter lov om offentlige myndigheders registre § 9, stk. 1, måtte der kun *"registreres oplysninger, der **klart er af betydning** for varetagelsen af vedkommende myndigheds opgaver."* [Min fremhævelse]. Efter § 9, stk. 2, måtte *"Andre oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold, herunder oplysninger om race, religion og hudfarve, om foreningsmæssige, seksuelle og strafbare forhold samt oplysninger om helbredsforhold, væsentlige sociale problemer og misbrug af nydelsesmidler o.lign., ... ikke registreres medmindre dette er **nødvendigt** for varetagelsen af registrets opgaver."* [Min fremhævelse]. Kravet om, at registrering af de i bestemmelsen nævnte oplysningstyper skulle være nødvendig for varetagelse af myndighedens opgaver, medførte, at det ikke blot skulle være nødvendigt at være i besiddelse af oplysningen, men også nødvendigt at opbevare den i et register. Afgørelsen af, om dette var tilfældet, måtte bero på en konkret vurdering, som i sidste instans måtte foretages af den politisk ansvarlige myndighed efter en forud indhentet udtalelse fra Registertilsynet efter de almindelige regler i lovforslagets kap. 2.[401] Den enkelte myndighed måtte således sandsynliggøre, at denne ikke ville kunne varetage sine opgaver uden at have de pågældende oplysninger registreret.[402] Ligesom det er tilfældet med forvaltningslovens § 28, stk. 1, var bestemmelsen ikke udtømmende. Registertilsynet kunne inddrage andre oplys-

400 FT 1986-87, Tillæg A, sp. 493.
401 FT 1977-78, Tillæg A, sp. 688 og Registertilsynets beretning 1984, s. 18f.
402 Blume: Personregistrering, 3. udg. s. 187.

ningstyper under bestemmelsens nødvendighedskrav under forudsætning af, at de ansvarlige politiske myndigheder efter reglerne i lovens kap. 2 kunne tiltræde denne opfattelse.

Udgangspunktet i lov om offentlige myndigheders registre var, at andre oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold ikke måtte registreres. Oplysningerne måtte derimod godt registreres, hvis det var nødvendigt for varetagelsen af registerets opgaver.

Kapitel 5 i lov om offentlige myndigheders registre omhandlede videregivelse af oplysninger til private. Dette kapitel indeholdt den tidligere nævnte § 16, som havde følgende ordlyd: *"Oplysninger som nævnt i § 9, stk. 2, der kan henføres til bestemte personer, må ikke videregives til private personer og virksomheder m.v."* Udgangspunktet var således, at de følsomme oplysninger ikke måtte videregives. Et tilsvarende udgangspunkt findes i lovens kapitel 6, som omhandler videregivelse af oplysninger til offentlige myndigheder. Kapitel 6 indeholder den tidligere nævnte § 21, som næsten er enslydende med § 16, dog med den modifikation, at den pågældende type af oplysninger ikke må *"videregives til anden offentlig myndighed"*. I både § 16 og § 21 findes der dog undtagelser til dette udgangspunkt. Af disse er undtagelserne i stk. 2, nr. 3-5, interessante i forhold til denne fremstilling. I både § 16 og § 21 findes der i stk. 2, nr. 3, en såkaldt værdispringsregel, hvorefter de følsomme oplysninger alligevel kan videregives, hvis videregivelsen sker til varetagelse af private eller offentlige interesser, der *klart overstiger* hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse, herunder hensynet til den person oplysningerne angår. Det forudsættes efter nr. 3, at der foreligger et egentligt værdispring imellem den interesse, der begrunder videregivelse, og de almindelige hensyn til hemmeligholdelse. *Blume* har givet udtryk for, at det vil være sjældent, at bestemmelsen kan anvendes, når der er tale om følsomme oplysninger.[403] I henholdsvis § 16 og § 21, stk. 2, nr. 4 og 5, kan der ske videregivelse, hvis videregivelsen er *nødvendig* i forhold til bestemte situationer. Det er især de to stk. 4, som er interessante. Efter § 16, stk. 2, nr. 4, kan der ske videregivelse af den pågældende oplysningstype til private, hvis videregivelsen er *nødvendig* for udførelsen af en persons eller virksomheds opgave for det offentlige. Efter § 21, stk. 2, nr. 4, kan der ske videregivelse til offentlige myndigheder, hvis videregivelsen er *nødvendig* for udførelsen af en myndigheds virksomhed, eller påkrævet for en afgørelse, som myndigheden skal træffe. Bestemmelsen fik sin endelige udformning i Retsudvalgets betænkning af

[403] Blume, a. st., s. 211.

27. maj 1987,[404] hvor det blev understreget, at det ikke som ved forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 4, er nødvendigt for videregivelse, at der foreligger en konkret sag hos den videregivende myndighed, men at videregivelse kan ske af hensyn til den modtagende myndigheds virksomhed eller for en afgørelse, denne skal træffe.

I lov om private registre er registreringen af de almindelige oplysninger reguleret i § 3, stk. 1, hvorefter erhvervsvirksomheder, erhvervsdrivende, institutioner, foreninger og lignende kun må foretage registrering som nævnt i lovens § 1[405] i det omfang, registreringen er et naturligt led i den normale drift af virksomheder af den pågældende art.

Efter § 3, stk. 2, må fortrolige oplysninger ikke registreres, medmindre det følger af anden lovgivning. Registrering må dog alligevel ske, hvis oplysningen er afgivet af den pågældende eller indhentet med dennes samtykke, og der i øvrigt foreligger omstændigheder, hvor den registrerede må vide, at oplysningen vil blive registreret. Videre er det en betingelse, at det er nødvendigt for virksomheden at være i besiddelse af den pågældende oplysning for at muliggøre en berettiget varetagelse af virksomhedens eller andres tarv. Da det kan være uhensigtsmæssigt alene at basere registreringsniveauet på et samtykke, da der let kan forekomme tilfælde, hvor der foreligger en form for *frivillig tvang*, er kravet om samtykke kombineret med materielle betingelser for registreringen. Dette er netop baggrunden for, at registreringen tillige skal være nødvendig. I denne sammenhæng skal bemærkes, at de tre betingelser i bestemmelsen er kumulative, således at de alle tre skal være opfyldte for at registrering kan ske. Der gennemføres en forholdsvis streng vurdering af, om nødvendighedskriteriet i bestemmelsens sidste punktum er opfyldt.[406]

Lov om private registre § 4, stk. 1, regulerer videregivelsen af de fortrolige oplysninger. De opregnede oplysninger må som udgangspunkt ikke videregives uden samtykke fra den registrerede, medmindre adgang hertil følger af anden lovgivning. Registertilsynet kunne dog tillade, at de pågældende oplysninger blev videregivet,

---

404 FT 1986-87 Tillæg B, sp. 2463-64.

405 Lov om private registre § 1 har følgende ordlyd: *"Registrering, der omfatter personoplysninger, og hvor der gøres brug af elektronisk databehandling, og systematisk registrering, der omfatter oplysninger om personers, institutioners, foreningers eller virksomheders private eller økonomiske forhold eller i øvrigt oplysninger om personlige forhold, som med rimelighed kan forlanges unddraget offentligheden, må kun finde sted efter reglerne i kapitel 2 og 3."*

406 Blume: Personregistrering, 3. udg., s. 52f.

når videregivelse skete til varetagelse af offentlige eller private interesser, herunder hensynet til den pågældende selv, der klart oversteg hensynet til de interesser, der begrundede hemmeligholdelse. Hvis bestemmelsen sammenlignes med samme lovs § 3, stk. 2, kan det ses, at der stilles lempeligere krav til videregivelse end til registrering. Specielt kan det understreges, at der ikke stilles krav om, at videregivelsen skal være nødvendig. Der skal således ikke opfyldes nogle materielle betingelser.[407]

I forhold til persondataloven er det væsentligt at være opmærksom på, at det udelukkende er registreringen og videregivelsen, som de ovenfor omtalte bestemmelser fokuserer på, og ikke hele behandlingssituationen, som det er tilfældet i persondataloven. Dette ser umiddelbart ud til at betyde, at vurderingen af, om nødvendighedskravet (og proportionalitetsprincippet) er overholdt, bliver mere konkret. Således forstået at den enkelte registeransvarlige har haft lettere ved at foretage nødvendighedsvurderingen.

Da de ovenfor omtalte bestemmelser i lov om offentlige myndigheders registre i 1987 blev bragt i overensstemmelse med reglerne i forvaltningsloven, medførte det, at der opstod klare forbindelser mellem det krav om nødvendighed, som findes i forvaltningsloven, og det tilsvarende krav i lov om offentlige myndigheders registre. Som udgangspunkt var der ikke noget forkert i at bringe de to regelsæt i overensstemmelse med hinanden for herigennem at opnå en mere gennemskuelig retstilstand på et vanskeligt retsområde. Dette vil således betyde, at man på et forholdsvis nyt retsområde – det registerretlige – kan anvende de principper, som over årene er udviklet på et eksisterende retsområde – nemlig det forvaltningsretlige. Problemerne opstår derimod først i det øjeblik, hvor det registerretlige område skal bringes i overensstemmelse med et direktiv fra EU, og man så fra dansk side stadig ønsker at fastholde i den eksisterende lovgivning.

3.6.3 Offentlige dataansvarlige

Persondatalovens § 8, stk. 1, har følgende ordlyd: *"For den offentlige forvaltning må der ikke behandles oplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 7, stk. 1, nævnte, med mindre det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver."* De oplysningstyper, som er opregnet i § 8, stk. 1, er

[407] Blume, a. st., s. 66.

karakteristiske derved, at de blev anset for omfattet af *oplysninger om rent private forhold* i registerlovene, men ikke er omfattet af den udtømmende opregning i direktivets art. 8, stk. 1, og persondatalovens § 7, stk. 1. De oplysningskategorier, som går under betegnelsen *væsentlige sociale problemer* og *andre rent private forhold*, er meget brede kategorier, som for den førstes vedkommende eksempelvis kan angå modtagelse af sociale ydelser i det omfang, oplysningerne ikke kan karakteriseres som helbredsoplysninger, der falder ind under § 7. Oplysninger om rent private forhold kan eksempelvis angå interne familieforhold, herunder separations- og skilsmissebegæringer, familiestridigheder, opdragelsesmåde, adoption og ulykkestilfælde. Videre vil andre foreningsmæssige tilhørsforhold end de fagforeningsmæssige tilhørsforhold, der er nævnt i persondatalovens § 7, være omfattet.

Udgangspunktet for de oplysningstyper, som er nævnt i persondatalovens § 8, stk. 1, er, at de *ikke må behandles* for den offentlige forvaltning, dog med den ventil, at dette alligevel godt kan ske, hvis den pågældende behandling er *nødvendig* for varetagelsen af myndighedens opgaver.

Yderligere er det udgangspunktet, jf. stk. 2, at de pågældende oplysningstyper ikke må *videregives*. Dette kan dog alligevel godt lade sig gøre, hvis en ud af fire nærmere opregnede betingelser er opfyldte. To af disse bestemmelser – nr. 3 og 4 – indeholder et krav om nødvendighed, og deres nærmere indhold gennemgås umiddelbart nedenfor.

Udgangspunktet i § 8, stk. 1, om, at oplysninger om strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 7, stk. 1, nævnte, ikke må behandles af den offentlige forvaltning, stemmer egentligt godt overens med systematikken i persondatalovens §§ 6 og 7. Efterfølgende må denne systematik dog siges at blive brudt så eftertrykkeligt. Den anden del af bestemmelsen siger, at dette alligevel godt kan ske, hvis det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver. Bestemmelsen i § 8, stk. 1, indeholder dermed yderligere et nødvendighedskrav i relation til et forbud. Denne *konstruktion* findes ikke tilsvarende i §§ 6 og 7.

Udformningen af bestemmelsen er bygget over tilsvarende bestemmelser i registerlovene.[408]

Den anden del af § 8, stk. 1, kan siges at kollidere med de grundlæggende betingelser for databehandling i lovens § 5 – specielt reglerne i § 5, stk. 2 og 3. De omtalte regler indeholder finalité- og

[408] Lov om offentlige myndigheders registre §§ 16 og 21.

proportionalitetsprincippet. Udtrykket *"... nødvendig for varetagelse af myndighedens opgaver"* medfører, at den mulige behandlingssituation i mange tilfælde vil blive bredere, end det er tilfældet, hvis behandlingssituationen afgrænses efter de grundlæggende regler i persondatalovens § 5, stk. 2 og 3. Under gennemgangen af finalité-princippet,[409] at formålet med behandling af oplysninger skal angives med en vis præcision – *"til myndighedsudøvelse"* vil ikke opfylde dette krav. En generel indsamling af oplysninger om primært strafbare forhold og sociale problemer med formålet *myndighedsudøvelse* vil føre til en behandling af oplysninger, som ikke omfatter relevante og tilstrækkelige oplysninger.

I den tidligere omtalte sag om tv-overvågning i Høje-Taastrup Kommune[410] fremgår det, at kommunens formål med tv-overvågningen er at stoppe indbrud og hærværk samt at tilføre tryghed til borgere og ansatte. Der vil derfor være en formodning om, at der med tv-overvågningen tillige behandles oplysninger om strafbare forhold, som er omfattet af persondatalovens § 8. Det er i denne forbindelse Datatilsynets vurdering, at Høje-Taastrup Kommune inden for rammerne af § 8, stk. 1 og stk. 2, nr. 2 og 3, kan behandle og videregive oplysninger om strafbare forhold til politiet i forbindelse med den iværksatte tv-overvågning under hensyn til, at det er nødvendigt med henblik på kommunens og politiets varetagelse af deres opgaver, ligesom behandlingen af de nævnte oplysninger sker til varetagelse af offentlige interesser, der kan antages klart at overstige hensynet til dem, som oplysningerne vedrører. Yderligere vil kommunen kunne foretage behandling af oplysninger om strafbare forhold i det omfang, behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares, jf. § 8, stk. 6, jf. § 7, stk. 2, nr. 4.

3.6.3.1 Nødvendighedskriteriet i forhold til myndighedsudøvelse mv.

Persondatalovens § 8, stk. 2, nr. 3, bygger på lov om offentlige myndigheders registre § 21, stk. 2, nr. 4, som omhandler videregivelse til offentlige myndigheder. Bestemmelsen har følgende ordlyd: *"De i stk. 1 nævnte oplysninger må ikke videregives. Videregivelse kan dog ske, hvis ... 3) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en myndigheds virksomhed eller påkrævet for en afgørelse, som myndigheden skal træffe, ..."*

409 Jf. afs. 3.3.2.

410 2003-313-0149. Baggrunden for afgørelsen findes ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 143.

I forbindelse med vedtagelsen af registerlovene[411] blev det understreget, at det ikke, som ved forvaltningslovens § 28, stk. 2, nr. 4, er nødvendigt for videregivelse, at der foreligger en konkret sag hos den videregivende myndighed, men at videregivelse kan ske af hensyn til den modtagende myndigheds virksomhed eller for en afgørelse, den skal træffe. Et yderligere eksempel på videregivelse efter denne bestemmelse foreligger, hvor en myndighed udøver sekretariatsopgaver for en anden myndighed.

3.6.3.2 Nødvendighedskriteriet i forhold til udførelse af en opgave for det offentlige

Persondatalovens § 8, stk. 2, nr. 4, har følgende ordlyd *"4) videregivelsen er nødvendig for udførelsen af en persons eller virksomheds opgaver for det offentlige"* og bygger på lov om offentlige myndigheders registre § 16, stk. 2, nr. 4, som omhandler videregivelse af oplysninger til private. Efter lov om offentlige myndigheders registre § 16, stk. 2, nr. 4, kunne videregivelse ske i de tilfælde, hvor private havde brug for oplysningen til udførelse af opgaver for det offentlige. Det måtte i denne forbindelse være klart, at de pågældende oplysninger var nødvendige for at udføre påkrævede opgaver for det offentlige. Det blev ligeledes forudsat, at oplysningerne ikke blev benyttet til andre formål. I almindelighed skulle det vurderes nøje, om det var påkrævet at videregive oplysningerne.[412]

3.6.3.3 Bestemmelsernes forhold til de grundlæggende behandlingskrav

Til trods for at bestemmelserne i § 8, stk. 2, er modelleret over tilsvarende bestemmelser i de tidligere gældende registerlove, skal de stadig respektere de grundlæggende behandlingskrav i persondatalovens § 5. Specielt i forhold til overholdelsen af finalité-princippet opstår der problemer. Den første del af princippet kræver, at *indsamling* af oplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål. Dette kan ikke lade sig gøre i forhold til bestemmelserne i persondatalovens § 8, stk. 2, som udelukkende handler om *videregivelse*, altså en behandlingssituation som tidsmæssigt ligger senere end indsamlingen.

I forhold til videregivelse af oplysninger inden for den offentlige forvaltning skal man dog være opmærksom på, at der stilles uskrev-

411 Retsudvalgets betænkning af 27. maj 1987 (FT 1986-87 Tillæg B, sp. 2463-64).
412 Blume: Personregistrering, 3. udg., s. 211.

ne krav til saglighed i forvaltningen,[413] og at disse derfor vil være retsgrundlag i den situation, hvor der ikke findes regler i persondataloven. Videre vil kravet om angivelse af et formål i forbindelse med indsamling af oplysninger være reguleret via forvaltningslovens § 32, hvorefter den, der virker inden for den offentlige forvaltning, ikke i den forbindelse må skaffe sig fortrolige oplysninger, som ikke er af betydning for udførelsen af den pågældendes opgaver. Så i kraft af forvaltningsrettens uskrevne krav til saglighed samt reguleringen efter forvaltningslovens § 32 bliver situationen altså reguleret alligevel, men det er ikke hensigtsmæssigt, at grundlaget for denne regulering skal findes uden for persondataloven. Det forhold, at reguleringen for en dels vedkommende baseres på uskrevne retsgrundsætninger, medvirker ikke til øget gennemsigtighed på et lidet gennemsigtigt retsområde som det persondataretlige. En eventuel senere behandling af de oplysningstyper, som er opregnet i persondatalovens § 8, stk. 1, må således ikke være uforenelig med de formål, som er fastsat efter uskrevne forvaltningsretlig regler og forvaltningslovens § 32.

De øvrige grundlæggende behandlingsregler fører ikke til tilsvarende problemer, men en dataansvarlig, som indsamler oplysninger efter persondatalovens § 8, vil stadig skulle respektere disse grundlæggende regler. Dette fører til, at reglen i § 5, stk. 1, om god databehandlingsskik skal overholdes, selvom reglerne i persondatalovens § 8 er modelleret over de tilsvarende regler i registerlovene, som ikke indeholdt et krav svarende til god databehandlingsskik. Relevans- og proportionalitetsprincippet i stk. 3 fører til, at de oplysninger, som videregives, skal være relevante og tilstrækkelige. Det vil derfor ikke være muligt, at myndigheder blot videregiver oplysninger, fordi modtageren eventuelt vil få brug for dem i fremtiden, og myndigheden så kan blive fri for at videregive de pågældende oplysninger på dette tidspunkt. Bestemmelserne i stk. 4 og 5 vil ikke føre til væsentlige ændringer på dette område, da disse bestemmelser også fandtes i registerlovene.

3.6.3.4 Specielt om udførelsen af opgaver inden for det sociale område

I persondatalovens § 8, stk. 3, er der indsat en særregel for det sociale område. Bestemmelsens har følgende ordlyd: *"Forvaltningsmyndigheder, der udfører opgaver inden for det sociale område, må kun videregive de i stk. 1 nævnte oplysninger og de oplysninger, der er nævnt i*

[413] Jf. afs. 3.3.2.2, s. 126.

§ 7, stk. 1, hvis betingelserne i stk. 2, nr. 1 eller 2, er opfyldt, eller hvis videregivelsen er et nødvendigt led i sagens behandling eller nødvendig for, at en myndighed kan gennemføre tilsyns- eller kontrolopgaver."

Bestemmelsen omfatter myndigheder, der varetager opgaver inden for det sociale område. Det drejer sig om kommuners og amtskommuners socialforvaltninger og de statslige myndigheder, der varetager opgaver på det sociale område (de sociale nævn, Sikringsstyrelsen og Ankestyrelsen). Kriterierne for videregivelse svarer til dem, der er fastsat i forvaltningslovens § 28, stk. 2. I modsætning til forvaltningslovens § 28, stk. 2, regulerer bestemmelsen imidlertid ikke alene videregivelse til andre myndigheder, men også videregivelse til private.[414]

Jon Andersen har karakteriseret reglen som *"næsten ulæselig"*[415], men dog med den modifikation, at meningen med bestemmelsen er *"ganske klar"*. De omtalte myndigheder må således kun videregive de følsomme og semifølsomme oplysninger, hvis den registrerede har samtykket, hvis videregivelsen sker til varetagelse af klart vigtigere formål end tavshedspligten, eller hvis videregivelsen er et væsentligt led i afgivermyndighedens sagsbehandling eller er nødvendig for, at en anden myndighed kan gennemføre kontrol eller tilsynsopgaver.[416] Til forskel fra § 7, stk. 1, nr. 4, og § 8, stk. 2, nr. 3, berettiger det derimod ikke en social myndighed til at videregive rent private oplysninger, at videregivelsen er nødvendig af hensyn til en anden myndigheds virksomhed, eller er påkrævet for en afgørelse, en anden myndighed skal træffe. Jon Andersen eksemplificerer dette på følgende måde: *"En primærkommunal socialforvaltning kan således ikke uden samtykke videregive oplysninger til et amtsgymnasium, til politiet eller til et statsamt blot fordi disse myndigheder har brug for oplysningerne. Socialforvaltningen er nødsaget til at forsøge at vurdere om videregivelsen tjener et formål, der er klart vigtigere end opretholdelsen af socialforvaltningens tavshedspligt. Til gengæld er de nævnte tre myndigheder, ..., berettiget til, uden at gøre sig denne overvejelse, elektronisk at videregive nøjagtig samme oplysningstyper til socialforvaltningen eller til hinanden, blot det skønnes at modtagermyndigheden har brug for dem i sin sagsbehandling."*[417] Lovforslaget giver ikke en egentlig forklaring på, hvorfor de sociale myndigheder skal undergives en

414 L 147, s. 104, 2. spalte.

415 Andersen, Jon: Persondataloven og den offentligretlige tavshedspligt i Juristen 2003, s. 281ff. (s. 286).

416 Jon Andersen, a. st.

417 Jon Andersen, a. st.

mere restriktiv tavshedspligt end for eksempel skolemyndigheder og statsamterne.

Jon Andersen slutter gennemgangen af persondatalovens § 8, stk. 3, med følgende udtalelse: *"Gennemførelsen af en særlig (restriktiv) tavshedspligt for sociale myndigheder har ikke gjort problemerne med at afstemme forvaltningsloven og persondataloven over for hinanden mindre. Den skaber ulighed mellem myndigheder, ..., der udfører indbyrdes beslægtede opgaver, og som behandler helt identiske oplysningstyper. Afgrænsningen af hvilke sagsområder, den særlige tavshedspligt gælder for, er desuden upræcis."*[418]

Blume betragter § 8, stk. 3, som *"endog meget videregående"*[419] og finder det *"uhyre vanskeligt at forene denne regel med direktivet"*.[420] I forhold til den nedenfor omtalte afgørelse i Lindquist-sagen[421] vil den omtalte bestemmelse ikke være i overensstemmelse med direktivet, således som dette læses af EF-Domstolen. Blume spørger derfor, hvilke konsekvenser Lindquist-dommen skal tillægges i forhold til regler af denne karakter. En mulighed ville være at ændre reglerne, men man kunne også give reglerne et indsnævret anvendelsesområde. Hvis den sidste mulighed valgtes, vil den indebære, at reglerne skulle anvendes som hidtil internt i Danmark, men at de i forhold til overførsler til EU-lande måtte fortolkes således, at de ikke virker blokerende. I forhold til § 8, stk. 3, vil dette betyde, at videregivelse til nationale modtagere er underlagt denne restriktive regel, medens videregivelse til et EU-land skal bedømmes efter § 6, stk. 1, der repræsenterer den regelrette implementering af art. 7. Blume konstaterer videre, *"Det er dog på ingen måde åbenbart, at det er holdbart eller praktisk at arbejde med to fortolkninger, idet dette bl.a. forudsætter, at den dataansvarlige er fuldt ud informeret om, hvilke regler der skal læses på denne måde. Det er næppe realistisk, at alle dataansvarlige kan mestre en sådan dobbelthed. Hertil kommer, at det kan fremstå som stødende, at der i videre omfang kan videregives til et andet land end til en modtager her i landet. Der er tale om bestemmelser, som blev tillagt stor betydning af Folketinget, og det er svært at forklare, at der skal anlægges en lempeligere praksis i de tilfælde, hvor oplysninger føres ud af landet. Dette vil næppe blive anset for acceptabelt."*[422] Blumes spørgsmål er besvaret af EF-Domstolen i ÖRF og Lindquist.[423]

---

418 Jon Andersen, a. st., s. 287.

419 Blume: Databeskyttelsesrettens harmonisering i UfR2004B.45 (s. 47).

420 Blume, a. st.

421 Se afs. 3.7.5.2, s. 263ff.

422 Blume, a. st., s. 47f.

423 Nedenfor i afs. 3.7.5.1, s. 256ff. og i afs. 3.7.5.2.3, s. 267ff.

Datatilsynet har berørt bestemmelsen i § 8, stk. 3, i forbindelse med høringen over strukturkommissionens betænkning[424] om etablering af servicecentre med tværgående borgerbetjening. Disse servicecentre eller kvikskranker vil muliggøre en fremskudt borgerbetjening, da disse enheder kan betjene borgerne på vegne af flere offentlige myndigheder. I forbindelse med udveksling af personoplysninger mellem myndigheder i denne forbindelse, konstaterer Datatilsynet indledningsvis, at persondatalovens begrænsninger navnlig ligger i kravet om, at offentlige myndigheder ikke må behandle eller have adgang til oplysninger, som de ikke har behov for i forbindelse med deres konkrete myndighedsudøvelse. Udveksling af følsomme oplysninger vil i et vist omfang kunne ske konkret i medfør af persondatalovens §§ 7 og 8. Det er imidlertid Datatilsynets umiddelbare vurdering, at de strenge betingelser i bestemmelsen for videregivelse af oplysninger fra forvaltningsmyndigheder, der udfører opgaver inden for det sociale område, kan give anledning til vanskeligheder i forbindelse med etableringen af servicecentre. Dette udsagn konkretiseres ikke yderligere fra tilsynets side.

3.6.4 Private dataansvarlige

Den retlige regulering af private dataansvarliges behandling, herunder videregivelse af semi-følsomme oplysninger, findes i persondatalovens § 8, stk. 4 og 5. Efter § 8, stk. 4, 1. led, må private behandle semi-følsomme oplysninger, hvis den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke. Efter § 8, stk. 4, 2. led, kan behandling herudover ske, hvis *"det er nødvendigt til varetagelse af en berettiget interesse, og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede"*. Stk. 5 regulerer specifikt videregivelsessituationen. De semi-følsomme oplysninger må som udgangspunkt ikke videregives uden den registreredes udtrykkelige samtykke, jf. § 8, stk. 5, 1. led. Efter bestemmelsens 2. led kan der dog ske videregivelse uden samtykke, når *"det sker til varetagelse af offentlige eller private interesser, herunder hensynet til den pågældende selv, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelse"*.

I en sag om FDB's advarselsregister over bortviste medarbejdere[425] konkretiserer Datatilsynet, hvilke oplysninger der kan indeholde *andre rent private forhold* end de i § 7, stk. 1, nævnte. Formålet

424 2004-122-0103.
425 2000-43-0013 DÅ 2000, s. 47f.

med det pågældende register er at sikre, at genansættelse af medarbejdere, der tidligere er blevet bortvist fra et af selskaberne i koncernen, vil blive overvejet nærmere. Det anføres, at FDB kun ønsker at optage tidligere medarbejdere i registeret, hvis den pågældende har begået grov misligholdelse af ansættelsesforholdet, som har ført til bortvisning eller fratræden uden varsel. Sidstnævnte kan i FDB af overenskomstmæssige grunde sidestilles med bortvisning, idet fratrædelse ellers ikke kan finde sted uden varsel. Det fastlægges efter dansk rets almindelige funktionær- og ansættelsesretlige regler, om der foreligger grov misligholdelse. Optagelsen i advarselsregisteret anfører således, at den pågældende er blevet bortvist fra en arbejdsplads. Dette kan være på grund af et strafbart forhold, men det behøver ikke at være det. Det fortæller under alle omstændigheder, at den pågældende har gjort sig skyldig i en grov tilsidesættelse af sine ansættelsesretlige forpligtelser. Datatilsynet lægger derfor til grund, at der er tale om *andre rent private forhold* end omtalt i § 7, stk. 1, og oplysningerne vil derfor være omfattet af persondatalovens § 8, stk. 4-6.

Datatilsynet lavede en meget dybtgående behandling af reglerne i persondataloven § 8, stk. 4-5, i sagen om Mærsk Olie og Gas A/S' bortvisningsregister.[426]

> Baggrunden for sagen er en anmodning fra Mærsk Olie og Gas om tilladelse til behandling af personoplysninger i forbindelse med håndhævelse af virksomhedens alkohol- og narkotikapolitik. Mærsk beskæftiger ca. 830 personer på sine offshore installationer i Nordsøen. Af disse var ca. 25% ansat hos Mærsk, mens de øvrige var beskæftiget hos leverandører, som Mærsk havde indgået særlige kontrakter med. Arbejdet med udvinding af råstoffer fra undergrunden var af en sådan karakter, at der var behov for iagttagelse af særlige sikkerhedsforanstaltninger. De ansatte, som arbejdede offshore skulle bl.a. i tilfælde af ulykker kunne varetage en række særlige opgaver såvel under tjenesten som under friperioderne offshore. Det var derfor uforeneligt med tjeneste offshore at være påvirket af alkohol eller narkotiske stoffer. Det fremgik af Mærsks alkohol- og narkotikapolitik, at hverken alkohol eller euforiserende eller lignende stoffer måtte medbringes offshore. Det var ikke tilladt at blive testet positiv (grænsen for alkohol var 0,4 promille), hverken offshore eller ved check-in i lufthavnen forud for offshore tjeneste. Overtrædelse heraf medførte afvisning, hvis overtrædelsen blev konstateret ved check-in, eller hjemsendelse, hvis overtrædelsen blev konstateret offshore, samt forbud mod at opholde sig på enheder opereret af Mærsk i en

426 2003-42-0641, DÅ 2003, s. 88ff.

periode på fem år regnet fra datoen for afvisning eller hjemsendelse. Hvis vedkommende var beskæftiget i Mærsk, ville der yderligere ske afskedigelse uden varsel, altså bortvisning.

Det fremgik af anmeldelsen, at behandlingen omfattede oplysninger om de personer, der var beskæftiget i Mærsk, og som havde ærinde på de anlæg på havet, som virksomheden drev, samt oplysninger om de personer der i henhold til aftale mellem disses respektive arbejdsgivere og Mærsk var udsendt til havanlæg. Der ville ske registrering af de testresultater, som overskred de grænseværdier, virksomheden havde fastsat, for indhold af alkohol i blodet, eller som viste indhold af narkotiske eller lignende stoffer. Personlige data for de personer, som blev testet positive, såvel for personer, der afviste at lade sig teste, ville blive registreret. Oplysninger skulle opbevares og anvendes i forbindelse med ansættelse og kontrahering af personer til beskæftigelse på virksomhedens havanlæg. Oplysningerne ville blive videregivet til de pågældende personers arbejdsgivere med henblik på at udelukke disse personer fra beskæftigelse på Mærsks havanlæg for en femårig periode. Oplysningerne ville blive slettet senest fem år efter meddelelsen om konsekvenserne for det positive testresultat.

Den *første* del af udtalelsen drejer sig om oplysninger om en medarbejders positive alkohol- og narkotikatest. Det var Datatilsynets opfattelse, at oplysninger om en medarbejders positive alkohol- og narkotikatest som udgangspunkt må anses for at være en oplysning om *andre rent private forhold* og dermed omfattet af persondatalovens § 8. Der blev herved lagt vægt på, at alene det forhold, at en person testes positiv i forhold til den fastlagte alkohol- og narkotikapolitik, ikke kan siges at være en oplysning omfattet af begrebet *helbredsmæssige forhold* i lovens § 7. Tilsynet fandt videre, at Mærsks registrering af oplysningerne om resultaterne af medarbejdernes positive alkohol- og narkotikatest var *nødvendig* af hensyn til virksomhedens interesse i, at medarbejderne på boreplatformene fysisk og psykisk er i stand til at varetage deres arbejdsopgaver, ikke kun af hensyn til medarbejdernes egen sikkerhed, men også af hensyn til kollegaernes sikkerhed. Sikkerheden om bord på boreplatformene overstiger klart hensynet til den enkelte ansattes interesser i ikke at blive registreret, og derfor er det i overensstemmelse med persondatalovens § 8, stk. 4, 2. pkt., at Mærsk registrerer disse oplysninger. For så vidt angår registrering af Mærsks egne ansatte, fandt Datatilsynet endvidere, at kontraktretlige forhold kan medføre, at Mærsk i medfør af § 8, stk. 6, jf. § 7, stk. 2, nr. 4, kan registrere oplysninger om disse medarbejderes positive alkohol- og narkotikatest. Virksomhedens formaliserede alkohol- og narkotikapolitik medfø-

rer, at det ikke er tilladt at blive testet positiv. Mærsk må kunne registrere de pågældende oplysninger med henblik på at kunne drage ansættelsesretlige konsekvenser af en tilsidesættelse af de fastsatte retningslinjer, herunder fremlæggelse af fornøden dokumentation i forbindelse med bortvisning.

Den *anden* del af udtalelsen drejer sig om behandling af oplysninger om henholdsvis afvisning, hjemsendelse eller bortvisning af medarbejdere, som ikke overholder virksomhedens alkohol- og narkotikapolitik. Oplysninger af denne type må anses for at være oplysninger om *andre rent private forhold* omfattet af persondatalovens § 8. Datatilsynet finder, at Mærsk i medfør af persondatalovens § 8, stk. 4, 2. pkt., kan registrere sådanne oplysninger om henholdsvis egne medarbejdere og medarbejdere ansat hos leverandører. Virksomhedens interesse i at varetage sine interesser i tilfælde af et retligt efterspil overstiger klart hensynet til den ansattes interesse i ikke at blive registreret. Registreringen er *nødvendig* for, at Mærsk i forbindelse med en sag om *uberettiget* afvisning, hjemsendelse eller bortvisning kan dokumentere sagligheden af en sådan. Det er videre Datatilsynets opfattelse, at Mærsk i medfør af persondatalovens § 8, stk. 5, 2. pkt., kan videregive oplysninger om, at en person tidligere er blevet afvist, hjemsendt eller bortvist, til dennes arbejdsgiver (leverandøren) i forbindelse med planlægning af tjeneste offshore. Tilsynet forudsætter herved, at videregivelse alene sker i umiddelbar tilknytning til planlægning af offshore aktiviteter og således *ikke* sker i forbindelse med en leverandørs ansættelse af en medarbejder. Datatilsynet lægger herved vægt på, at videregivelsen er *nødvendig* for, at Mærsk kan varetage virksomhedens interesse i at sikre, at arbejdet på havanlæggene kan udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt, og at virksomhedens interesse heri klart overstiger hensynet til den enkelte ansattes interesse i ikke at få oplysningerne videregivet.

I forbindelse med Datatilsynets vurdering af behandlingen af oplysninger om henholdsvis afvisning, hjemsendelse eller bortvisning i relation til den afvejning, som findes i persondatalovens § 8, stk. 5, 2. pkt., er det tankevækkende, at denne foretages i forhold til en nødvendighedsvurdering, hvor tilsynet lægger vægt på, at videregivelsen er *nødvendig* for, at virksomheden kan varetage sin interesse i at sikre, at arbejdet off shore udføres forsvarligt, og at denne interesse klart overstiger den enkelte ansattes interesse i, at oplysningerne ikke videregives. Hvis man ser både på de øvrige interesseafvejningsregler i § 8 og på de tilsvarende regler i §§ 6 og 7, ser den vurdering, som Datatilsynet foretager, umiddelbart logisk

ud. Ved en konsultation af teksten i persondatalovens § 8, stk. 5, 2. led, vil en manglende konsensus mellem Datatilsynets afgørelse i den ovenstående sag og selve lovteksten tone frem. Ordlyden af den omtalte bestemmelse er: *"Videregivelse kan dog ske uden samtykke, når det sker til varetagelse af offentlige eller private interesser, herunder hensynet til den pågældende selv, der klart overstiger hensynet til de interesser, der begrunder hemmeligholdelsen."* Bestemmelsen indeholder altså *intet* krav om, at interesseafvejningen skal foretages i forhold til en nødvendighedsvurdering. Det kunne jo være, at Datatilsynet var af den opfattelse, at kravet lå eksplicit i bestemmelsen. Hvis man konsulterer den tilsvarende bestemmelse i § 8, som vedrører offentlige dataansvarliges videregivelse af semi-følsomme oplysninger, konstateres, at denne bestemmelse ej heller indeholder et krav om, at der skal foretages en nødvendighedsvurdering. Som det tidligere er påpeget, er reglerne i persondataloven modelleret over de tilsvarende regler i de tidligere gældende registerlove, og hvis man ser på de relevante bestemmelser i relation til registrering og videregivelse af oplysninger om rent private forhold,[427] viser det sig, at ingen af disse bestemmelser indeholder den nødvendighedsvurdering, som eksplicit indfortolkes af Datatilsynet i afgørelsen om Mærsk Olie og Gas A/S' bortvisningsregister. Dette forhold understreges også af *Blume* i dennes lovkommentar til registerlovene, hvor det påpeges, at man ved en sammenligning af reglerne i lov om private registre § 3, stk. 2, og § 4, stk. 1, konstaterer, at der stilles lempeligere krav til videregivelse end til registrering. Bestemmelsen i § 4, stk. 1, indeholder ikke et krav om nødvendighed. Ifølge Blume skal der således ikke opfyldes nogen materielle betingelser.[428]

Fra et proportionalitetssynspunkt medfører dette to mindre heldige forhold. For det *første* er det uheldigt, at en enkelt behandlingssituation tages ud og gøres til genstand for en selvstændig regule-

---

427 Lov om offentlige myndigheders registre § 16, stk. 2, nr. 3, og § 21, stk. 2, nr. 3 (videregivelse til henholdsvis private og offentlige myndigheder). Lov om private registre § 4, stk. 1, 2. pkt. (videregivelse af oplysninger om rent private forhold). Bestemmelserne er behandlet ovenfor i afs. 3.6.2, s. 227ff.

428 Blume: Personregistrering, 3. udg., s. 66. Men han tilføjer dog følgende: *"Ud fra det almindelige databeskyttelsesretlige princip om, at registrerede oplysninger alene må benyttes inden for rammen af de formål, der begrunder deres registrering, må det dog antages at videregivelse, uanset at princippet ikke formelt fremgår af loven, ikke kan ske med henblik på andre formål. Det må også herved erindres, at for at videregivelse overhovedet kan komme på tale, må oplysningen først være lovligt registreret. Det er endvidere en vigtig pointe, at lovlig registrering ikke i sig selv giver adgang til videregivelse."*

ring, når dette ikke er tilfældet noget andet sted i de almindelige behandlingsregler. Videregivelse af de semi-følsomme oplysninger kræver som udgangspunkt samtykke fra den registrerede, men vil også kunne ske ud fra en interesseafvejning, som lige netop for denne specielle og vidtgående behandlingsform ikke sættes i forhold til en nødvendighedsvurdering, som det er tilfældet i den resterende del af de almindelige behandlingsregler. For det *andet* er det uheldigt, at Datatilsynet eksplicit indfortolker nødvendighedsvurderingen i forhold til § 8, stk. 5, 2. led, når dette hverken er nævnt i lovteksten eller i de love, som ligger til grund for denne. Dette betyder dog ikke, at det ikke kan betragtes som fornuftigt, men det er ikke med til at gøre et ikke-gennemsigtigt retsområde mere gennemsigtigt – hverken for lægfolk eller specialister.

Datatilsynet har også behandlet bestemmelserne i persondatalovens § 8, stk. 4-5, i en række andre sager. I afgørelsen om videoovervågning i S-tog[429] fastslår Datatilsynet, at DSB med hjemmel i § 8, stk. 4, kan foretage optagelse af de kriminelle handlinger, der sker i S-togene, samt gennemgå disse. DSB har en berettiget interesse i at forbedre passagerernes tryghed, herunder ved at forsøge at forhindre kriminalitet. Endvidere lægges vægt på, at det ifølge lov om jernbanevirksomhed mv. må anses som en del af DSB's opgaver at sørge for sikkerhed og orden på jernbaneområdet, herunder i S-togene. Endelig lægger tilsynet vægt på, at DSB har en berettiget interesse i, at oplysningerne fra overvågningen kan anvendes som dokumentation ved en strafferetlig efterforskning. Det er endvidere Datatilsynets opfattelse, at DSB uden samtykke vil kunne videregive oplysninger fra optagelser af konkrete hændelser, der afslører oplysninger om strafbare forhold, til politiet, jf. § 8, stk. 5, 2. pkt. Det er dog en forudsætning, at der alene sker videregivelse af oplysninger om strafbare forhold, når det er til brug for en strafferetlig efterforskning af forhold over en vis grænse.

Private dataansvarliges behandling af semi-følsomme oplysninger var også genstand for behandling af en sag om telekommunikationsindustriens advarselsregister.[430]

Baggrunden for sagen var en henvendelse fra Telekommunikationsindustrien i Danmark, som søgte om tilladelse til at oprette et samlet advarselsregister for teleindustrien. Formålet med registeret var at advare teleoperatører

429 2003-42-0523, DÅ 2003, s. 95ff. Afgørelsen er refereret ovenfor i afsnit 3.3.3.2, s. 147.

430 2000-43-0004, DÅ 2000, s. 43ff.

> mod en mere eller mindre afgrænset gruppe af personer eller virksomheder, der systematisk har misbrugt de abonnementsaftaler og vilkår, som teleoperatørerne udbyder. Det er en betingelse for at få adgang til registeret, at den enkelte teleoperatør samtidig er kunde hos RKI. For så vidt angår optagelse i advarselsregisteret, må der kun ske registrering og videregivelse af oplysninger om personer eller virksomheder, hvis oplysningerne vedrørende skyldforhold til samme kreditor er på mere end 1.000 kr., og kreditor enten har erhvervet den registreredes skriftlige erkendelse af en forfalden gæld eller har foretaget retlige skridt mod den pågældende. Endvidere kan der ske optagelse i advarselsregisteret på særlige vilkår godkendt af Datatilsynet.

Det er Datatilsynets opfattelse, at teleoperatørernes *registrering* af oplysninger om strafbare forhold begået af personer, der har tilsidesat abonnementsvilkår, med henblik på at indgive anmeldelse til politiet for overtrædelse af straffeloven er i overensstemmelse med persondatalovens § 8, stk. 4, samt § 8, stk. 6, jf. § 7, stk. 2, nr. 4.

Datatilsynet fandt i modsætning hertil, at det ikke ville være muligt for den enkelte teleoperatør at *videregive* oplysninger om strafbare forhold til et advarselsregister, uden at der forelå udtrykkeligt samtykke fra den registrerede, idet de interesser, der begrundede registreringen, ikke kunne antages klart at overstige hensynet til de registrerede personers interesse i at hemmeligholde det strafbare forhold. Tilsynet lægger blandt andet vægt på, at det af forarbejderne til persondatalovens § 7, stk. 2, nr. 4, fremgår, at det er hensigten, at denne regel skal administreres under hensyntagen til den tidligere gældende retstilstand. Bestemmelsen i § 8, stk. 5, 2. led, fandt efter Datatilsynets opfattelse ikke anvendelse i denne situation, idet det af bemærkningerne til § 8, stk. 4 og 5, fremgår, at bestemmelserne blandt andet tilsigter at videreføre den gældende retstilstand efter lov om private registre, hvor denne regel navnlig tog sigte på humanitære organisationer som Amnesty International og lignende. Sluttelig udtaler Datatilsynet, at i det omfang kriteriet for optagelse i registeret fastsættes med udgangspunkt i misligholdelsen af en indgået kontrakt – og således ikke af, om der måtte være begået et strafbart forhold – vil videregivelse af oplysningerne i registeret ikke udgøre en videregivelse af de i § 8, stk. 4, jf. stk. 5, nævnte semi-følsomme oplysninger.

3.6.5 Bestemmelsen i persondatalovens § 8, stk. 6

Persondatalovens § 8, stk. 6, fastsætter, at behandling af oplysninger i de tilfælde, der er reguleret i stk. 1, 2, 4 og 5, i øvrigt kan finde sted, hvis betingelserne i § 7 er opfyldt. Bestemmelsen blev indsat i persondataloven ved et ændringsforslag stillet af justitsministeren efter 1. behandling af lovforslag L 147. Kravet i bestemmelsen fremgik kun som en forudsætning i bemærkningerne til det oprindelige lovforslag.[431]

I forhold til den tvivl der kan være i relation til § 8's overensstemmelse med direktivet, tager bestemmelsen henblik på at præcisere, at kan en oplysning behandles efter § 7, kan dette også ske efter § 8. Det ville selvsagt være problematisk, om de egentlige følsomme oplysninger kunne behandles i videre omfang end de semi-følsomme oplysninger. Den væsentligste konsekvens af stk. 6 er, at oplysninger i alle tilfælde kan behandles på grundlag af et udtrykkeligt samtykke.[432]

Datatilsynet har behandlet § 8, stk. 6, i afgørelsen om videoovervågning i S-tog.[433] Her er det tilsynets opfattelse, at persondatalovens § 8, stk. 6, jf. § 7, stk. 2, nr. 4, medfører, at behandling af strafbare oplysninger – ud over § 8, stk. 4 – kan ske hvis behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares. DSB's behandling af oplysninger om strafbare forhold vil endvidere kunne ske inden for rammerne af § 7, stk. 2, nr. 4, hvis der i forbindelse med f.eks. hærværk eller en ulykke opstår erstatningskrav for DSB, den registrerede eller tredjemand.

Spørgsmålet er, om det ikke også kan betegnes som uheldigt, at de semi-følsomme oplysninger ender på samme høje beskyttelsesniveau som de følsomme oplysninger, når der er tale om en udtømmende opregning. Dette spørgsmål besvares umiddelbart nedenfor.

431 Jf. i øvrigt om bestemmelsens historik ovenfor i afs. 3.6.1, s. 225ff.

432 Blume: Personoplysningsloven, s. 78.

433 2003-42-0523, DÅ 2003, s. 95ff. Sagen er indgående behandlet ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 147f.

3.7 EU-retlige problemer vedrørende den særegne danske oplysningskategori

Når man sætter spørgsmålstegn ved den danske implementering af oplysningskategorierne i persondatadirektivet, vil det være nærliggende at vende blikket mod det retsområde, hvorfra direktivet stammer, nemlig EU-retten. Nærværende afsnit indeholder først generelle fællesskabsretlige betragtninger om totalharmonisering for herved at undersøge, om opregningen i direktivets art. 8 kan betragtes som totalharmonisering. Efterfølgende ses på forarbejderne til bestemmelsen i direktivet. Dette gøres på trods af, at forarbejder normalt ikke tillægges retskildemæssig værdi i fællesskabsretten. I denne sammenhæng er forarbejderne med til at afklare problemerne med den særegne danske oplysningskategori. EF-Domstolens retspraksis på området inddrages og vurderes, og sluttelig ses på, hvordan man har forsøgt at løse tilsvarende problemstillinger i norsk og svensk persondataret.

3.7.1 Generelle betragtninger om totalharmonisering

Ved en totalharmonisering bindes alle medlemsstater som udgangspunkt til at indføre nøjagtig den samme retstilstand. Frihedsgrader er ikke udelukkede i forbindelse med denne form for harmonisering, men det er en forudsætning for dem, at den pågældende lovgivning *udtrykkelig* hjemler friheden. Det kan være vanskeligt konkret at angive, om et vedtaget regelsæt udgør en totalharmonisering, det står nemlig ikke i den pågældende retsakts overskrift, dens præambel eller andet steds. Af denne grund skal svaret først gives efter en fortolkning af den enkelte retsakt. I forbindelse med denne fortolkning er det en ledetråd, at medlemsstaterne alene er forpligtet til at afholde sig fra at gå *"regulativ enegang"* med hensyn til emner, som med sikkerhed er omfattet af totalharmoniseringen. Det kan dog ofte stille sig overordentligt vanskeligt at afgøre, hvad der med sikkerhed er omfattet af harmoniseringen. *"Problemet er navnlig, om et sagsforhold eller indretning lige ved siden af direktivets sikre forbudsområde skal anses for omfattet for at undgå at svække direktivets effektive virkninger, dets effect utile."*[434]

Fordelen ved denne harmoniseringsform er, at man sikrer ens betingelser i alle medlemsstater, og derfor skulle alle varer og per-

[434] Rasmussen, Hjalte: EU-ret i kontekst, 5. udg., s. 295f.

soner, der opfylder disse krav, uden videre have mulighed for at udnytte den fri bevægelighed. Ulempen er, at reguleringen har en tendens til at blive meget detaljeret og mindre fleksibel. Dette gør det ofte teknisk og politisk vanskeligt at blive enige om direktiverne. Efterfølgende kan den detaljerede regulering også virke hindrende for den teknologiske udvikling.[435]

I sagen *Kommissionen mod Frankrig*,[436] som vedrører tilsidesættelse af forpligtelser i henhold til visse artikler i direktiv 85/374/EØF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar, tog EF-Domstolen stilling til, om det pågældende direktiv var udtryk for totalharmonisering.

Realiteten i sagen er den, at de tre klagepunkter, som er fremført af Kommissionen, rejser det underliggende spørgsmål om, hvorvidt det resultat, som direktivet forfølger inden for sit anvendelsesområde, er en *totalharmonisering* eller blot en *minimumsharmonisering* af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser.[437]

I denne forbindelse er det den franske regerings opfattelse, at direktivet skal fortolkes i lyset af den voksende betydning, som forbrugerbeskyttelsen har i Fællesskabet (art. 153EF). Formuleringen af direktivets art. 13, der benytter begrebet *rettigheder*, viser, at dette ikke har til formål at hindre virkeliggørelsen af et højere nationalt beskyttelsesniveau. Denne fortolkning bekræftes ligeledes af, at direktivet selv tillader medlemsstaterne at fravige dets bestemmelser på visse punkter.[438]

I denne forbindelse bemærker EF-Domstolen, at direktivet er vedtaget af Rådet med enstemmighed på grundlag af TEU art. 100 (TEF art. 94) om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der direkte indvirker på det fælles markeds oprettelse eller funktion. I modsætning til TEU art. 100 A (TEF art. 95), der blev indsat i traktaten efter udstedelsen af direktivet, og som giver mulighed for visse undtagelser, giver det førstnævnte retsgrundlag ikke medlemsstaterne beføjelse til at opretholde eller fastsætte bestemmelser, der afviger fra Fællesskabets harmoniseringsforanstaltninger.[439] Heraf følger, at den skønsfrihed, som medlemsstaterne råder over ved reguleringen af produktan-

435 Engsig Sørensen, m.fl.: EU-retten, 3. udg., s. 653f.
436 Dom af 25. april 2002 i Sag C-52/00 Kommissionen mod Frankrig.
437 C-52/00, pr. 12.
438 C-52/00, pr. 13.
439 C-52/00, pr. 14. Persondatadirektivet er vedtaget med hjemmel i TEF art. 95.

svar, er fuldstændig fastlagt ved direktivet og skal udledes af direktivets ordlyd, formål og opbygning.[440]

Domstolen finder det væsentligt, at *direktivet* til forskel fra f.eks. Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler *"ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse om, at medlemsstaterne inden for det område, der omfattes af direktivet, kan vedtage eller opretholde strengere bestemmelser for at sikre en mere omfattende beskyttelse af forbrugerne"*.[441]

Det bemærkes videre, at den omstændighed, at direktivet indeholder visse undtagelser eller på visse punkter henviser til national ret, ikke medfører, at harmoniseringen på det område, der omfattes af direktivet, ikke er fuldstændig.[442] Endelig fastslår Domstolen, at den adgang, som medlemsstaterne har, i henhold til direktivets artikel 15, stk. 1, litra a) og b), og artikel 16 til at fravige de regler, det fastsætter, nemlig kun giver mulighed for at gøre undtagelse på nogle punkter, der er opregnet udtømmende og er snævert defineret.[443]

Af det foregående følger – i modsætning til hvad Den Franske Republik havde gjort gældende – at direktivet inden for sit anvendelsesområde havde til formål at gennemføre en totalharmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser.[444]

3.7.2 Totalharmonisering i forhold til direktivets art. 8

I den betænkning, som ligger til grund for persondataloven, er det erkendt, at direktivet antages at indeholde bestemmelser, som medlemsstaterne ikke kan fravige. Det gælder i et vist omfang for de materielle behandlingsregler i art. 6-8.[445] Videre bliver det antaget i betænkningen, at direktivets bestemmelser hænger sådan sammen, at kredsen af personoplysninger, som er omfattet af art. 7, skal fastlægges ud fra art. 8, eller sagt med andre ord må ordningen i direktivet være den, at oplysningstyper, som ikke kan henføres under art. 8, er omfattet af art. 7. Registerudvalget finder derfor, at lovudkastet bør opbygges på samme måde som direktivet, således at der sondres mellem følsomme oplysninger og almindelige oplysninger.

440 C-52/00, pr. 16.
441 C-52/00, pr. 18.
442 C-52/00, pr. 19.
443 C-52/00, pr. 20.
444 C-52/00, pr. 24.
445 Betænkning nr. 1345/1997, s. 33f.

Videre skal fastlæggelsen af, hvilke typer af oplysninger som er af følsom karakter, svare til, hvad der følger af direktivet.[446] Efter registerudvalgets opfattelse må den opregning af særlige kategorier af oplysninger, der er indeholdt i art. 8, stk. 5 (oplysninger om lovovertrædelser, straffedomme eller sikkerhedsforanstaltninger) og stk. 7 (nationalt identifikationsnummer), antages at være udtømmende. At medlemsstaterne i overensstemmelse med direktivets art. 5 kan *præcisere* de kategorier af følsomme oplysninger, som er angivet i art. 8, stk. 1, hvad særligt angår landets særlige juridiske og sociologiske forhold, som f.eks. oplysninger vedr. genetisk identitet, partipolitisk tilhørsforhold, fysisk helbred, personlig overbevisning, livsstil mv., jf. præamblens betragtning 22 og erklæring 11 i Rådets mødeprotokol, kan ikke antages at give medlemsstaterne adgang til som sådan at udvide kredsen af de særlige kategorier af personoplysninger (følsomme oplysninger). Med baggrund i disse betragtninger bliver det i betænkningen antaget, at det ikke er muligt – inden for rammerne af direktivet – at opretholde den opregning af følsomme oplysningstyper, som var indeholdt i den dagældende registerlovgivning. I den fremtidige lovgivning (persondataloven) må der ske en indsnævring af den tidligere gældende afgrænsning af begrebet *følsomme oplysninger*, jf. herved lov om offentlige myndigheders registre § 9, stk. 2, og lov om private registre § 3, stk. 2. Oplysninger om væsentlige sociale problemer vil således ikke længere kunne anses som følsomme. Også andre oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold falder uden for den særlige kategori af oplysninger, som er omfattet af art. 8, og vil dermed ikke kunne henføres under den fremtidige kreds af oplysninger.[447]

Dette forholdsvis klare udgangspunkt modificeres dog i forbindelse med fremsættelse af det første lovforslag (L 82) til persondataloven, hvor Retsudvalget stiller Justitsministeriet følgende spørgsmål: *"Der ønskes som grundlag for Folketingets videre arbejde med lovforslaget en konkret opregning af, hvilke bestemmelser i lovforslaget, der ikke kan fraviges på grund af totalharmoniseringskrav i direktivet og hvilke bestemmelser, der kan fraviges?"* Til dette svarer Justitsministeriet, at det efter ministeriets opfattelse ikke er muligt generelt at angive, i hvilket omfang direktivets bestemmelser må anses for at være ufravigelige, og at spørgsmålet derfor må vurderes i forhold til de konkrete ændringsforslag til lovforslaget, der måtte ønskes gennemført.[448]

446 Betænkning nr. 1345/1997, s. 231.
447 Betænkning nr. 1345/1997, s. 232.
448 L 82, bilag 43, spørgsmål nr. 96, 2. del.

I denne sammenhæng skal det fremhæves, at det i betænkningen understreges, at man ikke må overvurdere betydningen af, at enkelte oplysningstyper udgår af begrebet følsomme oplysninger. Med mindre den registrerede har meddelt sit samtykke må behandling af disse oplysninger kun ske, hvis det er nødvendigt.[449] Nødvendighedskriteriet er altså det bærende element i denne sammenhæng.

Fenger har fremsat en noget anderledes og ikke helt klar argumentation for, at sondringen fra forvaltningsretten og registerretten kan opretholdes. Han er umiddelbart enig i udgangspunktet om, at persondatadirektivets opregning af følsomme oplysningstyper er udtømmende og bindende, men mener, at de fleksible behandlingsregler i direktivets art. 7 og 8 har gjort det muligt at indsætte en særlig bestemmelse i den danske persondatalov om de forhold, der anses som rent private efter dansk ret, men almindelige efter direktivet. Forfatteren mener, at det hermed har været muligt at opretholde den grundlæggende sondring i dansk ret.[450] Jeg opfatter Fengers argumentation som noget søgt. Han synes at glemme det fællesskabsretlige ophav for især bestemmelsen i direktivets art. 8, således at denne kategori af oplysninger ikke kan udvides, jf. også de nedenfor fremførte generelle fællesskabsretlige betragtninger om totalharmonisering. Det er ingenlunde klart, hvorfor behandlingsreglerne i art. 7 og 8 kan karakteriseres som fleksible, og heller ikke hvorfor disse regler kan retfærdiggøre en særegen dansk oplysningskategori.

I Blumes kommentar til det sidst fremsatte lovforslag til persondataloven[451] fremhæver han, at lovforslagets § 8 ikke forekommer ganske vellykket, men at det tilsyneladende er en politisk nødvendighed at medtage en sådan regel. Ved at indeholde særregler om en form for persondatabehandling (videregivelse) bryder bestemmelsen lovens systematik. Blume giver udtryk for, at bestemmelsens overensstemmelse med direktivet kan diskuteres, og at denne tvivl bliver forstærket, fordi § 7 også skal finde anvendelse for stk. 1-2, og 4-5, samt fordi stk. 3 omfatter § 7-oplysninger. Dette sidste forhold kan muligvis begrundes i betragtning 22 i præamblen.[452]

---

449 Betænkning nr. 1345/1997, s. 233.

450 Fenger: Forvaltning og fællesskab, s. 297.

451 L 147, bilag 5 af 13. januar 2000, s. 10.

452 *"Medlemsstaterne fastsætter i deres lovgivning eller i de bestemmelser i øvrigt, der vedtages til gennemførelse af dette direktiv, nærmere bestemmelser om, på hvilke generelle betingelser en behandling er lovlig; især artikel 5 giver i forbindelse med artikel 7 og 8 medlemsstaterne mulighed for uafhængigt af de generelle regler at fastsætte særlige betingelser for databehandling på specifikke områder og med hensyn til de særlige kategorier af oplysninger, der omhandles i artikel 8".*

Ifølge Blume indiceres en omgåelse af art. 8. Dog antager Blume i samme åndedrag, at bestemmelsen – ved en antagelse af at direktivet er overholdt – kan være fornuftig nok, hvis den gøres klarere, og hvis de lidt uigennemskuelige bestemmelser bliver suppleret.[453]

3.7.3 Forarbejderne til bestemmelsen i direktivet

I det oprindelige direktivforslag[454] til persondatadirektivet omtaltes i art. 17 de *særlige kategorier af oplysninger*. Efter denne bestemmelse skulle medlemsstaterne *"forbyde edb-behandling af oplysninger om racemæssig og etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning og fagforeningsmæssigt tilhørsforhold samt af oplysninger om helbredsforhold og seksuelle forhold, medmindre den registrerede person frit, udtrykkeligt og skriftligt meddeler sit samtykke hertil"*.

I Kommissionens ændringsforslag[455] til Rådets direktivudkast har udformningen af art. 17 ændret sig i en retning, som er meget interessant for problematikken vedrørende den særegne danske oplysningskategori – eller de semi-følsomme oplysninger. Efter denne bestemmelse skal medlemsstaterne, *"medmindre den registrerede person frit, udtrykkeligt og skriftligt meddeler sit samtykke hertil, forbyde* ***manuel eller*** *edb-behandling af oplysninger om racemæssig og etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning og fagforeningsmæssigt tilhørsforhold samt af oplysninger om helbredsforhold og seksuelle forhold* ***og oplysninger om sociale forhold herunder strafbare forhold samt oplysninger om eventuelle identifikationsnumre udstedt af offentlige myndigheder****"*.

I det ændrede forslag til Rådets direktiv, om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og fri udveksling af sådanne oplysninger,[456] har opregningen vedrørende de særlige kategorier af oplysninger fået følgende udseende: *"Medlemsstaterne forbyder behandling af oplysninger om racemæssig og etnisk baggrund, politisk, religiøs og filosofisk eller moralsk overbevisning og fagforeningsmæssigt tilhørsforhold samt om helbredsforhold og seksu-*

453 Blume, a. st.

454 KOM(90) endelig udg. – SYN 287 af 5.11.90, EFT Nr. C 277/3. Forslag til Rådets direktiv om beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger.

455 EFT Nr. C 94/173 af 13.4.1992.

456 KOM(92)422 endelig udg., EFT C 311/30.

elle forhold." I forslagets art. 17, stk. 3, er indsat en bestemmelse om, at oplysninger om strafbare forhold kun må opbevares i offentlige registre.

Ovenstående viser, at EU faktisk har forholdt sig til de oplysningskategorier, som medførte problemer i Danmark. Meget kunne således tyde på, at man fra det daværende EF's side bevidst har fravalgt at lade *oplysninger om sociale forhold, herunder strafbare forhold* indgå i den særlige kategori af oplysninger.

3.7.4 Opregningen i art. 8 i forhold til menneskerettighederne

3.7.4.1 Europarådets konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger

I Europarådets konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger[457] vedrører art. 6 særlige typer af oplysninger. Bestemmelsen fastsætter, at *"personoplysninger vedrørende race, politisk overbevisning, religiøs eller anden trosbekendelse, såvel som personoplysninger om helbred og seksuelle forhold"* ikke må behandles elektronisk, medmindre den gældende nationale lovgivning yder den fornødne beskyttelse. Konventionen var et vigtigt grundlag for udarbejdelse af direktivet. Dette kommer direkte til udtryk i præamblens pkt. 11, hvorefter persondatadirektivets princip om beskyttelse af personers rettigheder, og navnlig retten til privatlivets fred, er en præcisering og udvidelse af principperne i Europarådets konvention. Opregningen i konventionens art. 6 stemmer ganske godt overens med opregningen i persondatadirektivets art. 8 vedrørende de særlige kategorier af oplysninger.

3.7.4.2 Det Europæiske Charter om Grundlæggende Rettigheder

I art 8 i Det Europæiske Charter om Grundlæggende Rettigheder findes regler om beskyttelse af personoplysninger. Efter stk. 1 har enhver *"ret til beskyttelse af personoplysninger, der vedrører ham/hende."* Efter stk. 2 skal disse oplysninger *"behandles rimeligt, til udtrykkeligt angivne formål og på grundlag af de berørte personers samtykke eller på et andet berettiget ved lov fastsat grundlag. Enhver har ret til adgang til indsamlede oplysninger, der vedrører ham/hende, og til berigtigelse heraf."*

457 108/81. Konventionen er omtalt indledningsvis i afs. 1.1.1, s. 25.

På nuværende tidspunkt fører Det Europæiske Charter om Grundlæggende Rettigheders retskildemæssige status til, at art. 8 kun kan bruges som en vejledende fortolkningsfaktor i forbindelse med fastsættelse af opregningen i persondatadirektivets art. 8 i forhold til menneskerettighederne. Men med tiden er der udsigt til, at denne status vil ændre sig betragteligt. Inden for en nærmere årrække er det hensigten, at Det Europæiske Charter om Grundlæggende Rettigheder skal skrives ind som en del af Forfatningstraktaten, og med en sådan indskrivning vil reglerne om beskyttelse af personoplysninger få status af en grundrettighed – noget, som for øvrigt ikke er set tidligere, da Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke indeholder en tilsvarende bestemmelse om beskyttelse af personlige oplysninger om det enkelte menneske.[458]

3.7.5 *Retspraksis fra EF-Domstolen*

Her godt 11 år efter vedtagelsen af persondatadirektivet findes der kun to præjudicielle afgørelser vedrørende fortolkningen af persondatadirektivet. Umiddelbart syner to præjudicielle afgørelser ikke af meget, men på et så uopdyrket retsområde som det persondataretlige vil sådanne to afgørelser få stor betydning, fordi det er de første tilfælde, hvor man kan få fortolkningsbidrag til forståelse af persondatadirektivet og dermed til forståelsen af den danske persondatalov. De to afgørelser – *Österreichischer Rundfunk* og *Lindquist* – gennemgås i det følgende, selvfølgeligt primært med fokus på selve indholdet i dommene, men sekundært også med fokus på dommenes resultaterne i forholdet til den særegne danske oplysningskategori i persondatalovens § 8. Dommene er placeret sammen på dette sted i afhandlingen, fordi de jo faktisk primært hører persondataretten til.[459]

458 Denne udviklingstendens kører givetvis på nedsat kraft efter Forfatningstraktatens nederlag i forbindelse med folkeafstemningerne i Frankrig og Holland, men det er stadig sandsynligt, at beskyttelsen af personoplysninger i fremtiden bliver en traktatsikret rettighed for de europæiske borgere.

459 Dommene er også kommenteret af Daniel Westman i artiklen: EG-domstolen og dataskyddsdirektivet i Lov&Data, nr. 77 – Marts 2004, s. 21ff.

Ud over de to præjudicielle afgørelser findes yderligere en afgørelse fra Domstolen på det persondataretlige område, nemlig vedrørende udveksling af passageroplysninger mellem EU og USA i sagen Europa-Parlamentet mod Rådet og Kommissionen.[460] Den 27. juli 2004 anlagde Europa-Parlamentet annullationssøgsmål i henhold til TEF art. 230 mod Rådet og Kommissionen med påstand om annullation af Rådets afgørelse 2004/496/EF af 17. maj 2004 og annullation af Kommissionens beslutning 2004/535/EF af 14. maj 2004. Rådets afgørelse vedrører indgåelse af en aftale mellem Det Europæiske Fællesskab og Amerikas Forenede Stater om luftfartsselskabers behandling og overførsel af PNR-oplysninger (*Passenger Name Records*) til United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection. Kommissionens beslutning vedrører tilstrækkelig beskyttelse af personoplysninger, der er indeholdt i registre over flypassagerer, og som videregives til Amerikas Forenede Staters told- og grænsekontrolmyndighed (Bureau of Customs and Border Protection). Parlamentet anfører fire anbringender til støtte for sin annullationspåstand i sag C-318/04, nemlig magtoverskridelse, tilsidesættelse af direktivets væsentlige principper, tilsidesættelse af de grundlæggende rettigheder og tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Parlamentet anfører seks anbringender til støtte for sin annullationspåstand i sag C-317/04, nemlig urigtigt valg af hjemmel for afgørelsen, tilsidesættelse af TEF art. 300, stk. 3, andet afsnit, af EMRK art. 8, af proportionalitetsprincippet henholdsvis kravet om begrundelse samt af princippet om loyalt samarbejde. Så umiddelbart kunne det se ud til, at udfaldet af sagerne kunne få væsentlig betydning for denne fremstilling, men dette viste sig ikke at blive tilfældet.

Den 30. maj 2006 afsagde Domstolen dom i sagerne og annullerede både Kommissionens beslutning og Rådets afgørelse. Det er Domstolens opfattelse af Kommissionens beslutning ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, og at Rådets afgørelse ikke kunne vedtages med hjemmel i TEF art. 95.

[460] Dom af 20. maj 2006 i Forenede sager C-317/04 og C-318/04, Europa-Parlamentet mod Rådet og Kommissionen.

Inden behandlingen af ÖRF og Lindquist er der grund til at bemærke to ting. For det *første* er forslag til afgørelse for begge sagers vedkommende udarbejdet af samme generaladvokat, nemlig Antonio Tizzano. Dette kunne føre i retning af en ensartet stillingtagen til forhold, som berøres i begge sager. For det *andet* er sagerne vævet ind i hinanden rent tidsmæssigt. ÖRF var den første af sagerne, som blev anlagt. Lindquist var den første af sagerne, hvor der blev forelagt forslag til afgørelse. Endelig var ÖRF den første af sagerne, hvor EF-Domstolen afsagde dom.

3.7.5.1 Österreichischer Rundfunk

Österreichischer Rundfunk[461] var den første sag, hvor der forsøgtes opnået en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af persondatadirektivet. De præjudicielle spørgsmål blev rejst under sager, der dels var anlagt af *Rechnungshof*[462] mod et større antal af de institutioner,[463] som er undergivet dens revision, og dels af Christa Neumann og Joseph Lauermann mod deres arbejdsgiver, den offentlige radiostation Österreichischer Rundfunk (ÖRF). Spørgsmålene vedrører den pligt, som offentlige institutioner, der er undergivet Rechnungshofs revision, har til at give meddelelser om de indkomster og pensioner over en bestemt størrelse, som de udbetaler til deres ansatte og tidligere ansatte, samt om modtagernes navne med henblik på udarbejdelsen af en årsberetning, der skal forelægges for *Nationalrat* (Nationalrådet), *Bundesrat* (Forbundsrådet) og *Landtag* (delstatsparlamenterne) og stilles til rådighed for offentligheden.[464]

Inden den egentlige besvarelse af de præjudicielle spørgsmål tager Domstolen stilling til, om persondatadirektivet finder anvendelse i hovedsagerne. I denne forbindelse bemærker Domstolen, at persondatadirektivet, der er vedtaget i medfør af TEU art. 100 A (TEF art. 95), har til formål at sikre den frie udveksling af personoplysninger mellem medlemsstater ved at foretage en harmonisering af de nationale bestemmelser til beskyttelse af fysiske personer

461 Dom af 20. maj 2003 i forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 Rechnungshof mod *Österreichischer Rundfunk* m.fl. og Neukomm og Lauermann mod Österreichischer Rundfunk.

462 Den østrigske rigsrevision.

463 Österreichischer Rundfunk, Wirtschaftkammer Steiermark, Marktgemeinde Kaltenleutgeben, Land Niederösterreisch, Österreichischer Nationalbank, Stadt Wiener Neustadt, Austrian Airlines, Österreichische Luftverkehrs-AG.

464 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og 139/01, pr. 1.

i forbindelse med behandling af sådanne oplysninger.[465] Det fastslås videre, at da alle personoplysninger vil kunne udveksles mellem medlemsstater, finder reglerne for beskyttelse af sådanne oplysninger – ifølge direktivet – principielt anvendelse på enhver form for behandling af personoplysninger som defineret i direktivets art. 3.[466] Det bliver i denne forbindelse tilføjet, at den omstændighed, at TEU art. 100 A (TEF art. 95) er anvendt som retsgrundlag for en retsakt, ikke forudsætter, at der rent faktisk i enhver af de situationer, der er omfattet af den pågældende retsakt, skal foreligge en tilknytning til den frie bevægelighed mellem medlemsstater.[467] Sluttelig anfører Domstolen følgende: *"Anvendelsen af direktiv 95/46 afhænger således ikke af, om de konkrete situationer, der er omhandlet i hovedsagerne, har en tilstrækkelig tilknytning til udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er garanteret i traktaten, og i de nævnte sager, navnlig til arbejdskraftens frie bevægelighed. Risikoen ved en fortolkning med modsat resultat ville være, at grænserne for nævnte direktivs anvendelsesområde ville blive særdeles usikre og uberegnelige, hvilket ville være uforeneligt med direktivets grundlæggende formål, der er at foretage en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes nationale love og administrative bestemmelser for at fjerne de hindringer for det indre markeds funktion, der netop hidrører fra forskellene i de nationale lovgivninger."*[468] EF-Domstolen finder således, at direktivet finder anvendelse på den behandling af personoplysninger, som foretages i hovedsagerne.

Generaladvokat *Antonio Tizzano*[469] var uenig med Domstolen i dette i sit forslag til afgørelse i sagen.[470] Generaladvokaten indleder med at fastslå, at det er en forudsætning for besvarelsen af de stillede præjudicielle spørgsmål, at direktivet finder anvendelse i den foreliggende sag – noget, som var blevet bestridt for Domstolen. Det er generaladvokatens opfattelse, at den relevante østrigske lovbestemmelse angiver fem former for behandling af personoplysninger: 1) De berørte retssubjekters samkøring af oplys-

465 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og 139/01, pr. 39.

466 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og 139/01, pr. 40.

467 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og 139/01, pr. 41.

468 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 42.

469 Den pågældende generaladvokat havde tidligere forelagt et forslag til afgørelse i *Lindquist*-sagen (19. oktober 2002). Domstolen afsagde først dom i Lindquist-sagen den 6. november 2003. Lindquist-dommen gennemgås umiddelbart nedenfor i afs. 3.7.5.2, s. 263ff.

470 Forslag til afgørelse af 14. november 2002 i forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 Rechnungshof mod *Österreichischer Rundfunk* m.fl. og Neukomm og Lauermann mod Österreichischer Rundfunk.

ninger om løn og pensioner, 2) Underretning til Rechnungshof om disse oplysninger, 3) Rechnungshof's indførelse af oplysningerne i en årsberetning, 4) Forelæggelse af beretningen for parlamentet og andre relevante organer, 5) Selve offentliggørelsen af beretningen.

Det er generaladvokatens opfattelse, at den pågældende østrigske bestemmelse pålægger de retssubjekter, som er underlagt Rechnungshofs tilsyn en *anden yderligere* form for behandling end den, som de normalt foretager i forbindelse med håndtering af regnskaber og udbetaling af lønninger til de ansatte. Den første type behandling, som foreskrives i den pågældende bestemmelse, består i at udvælge alle de oplysninger, som findes i de berørte retssubjekters regnskaber og sammensætte oplysninger om lønninger og pensioner for personer, som i mindst ét af de to foregående kalenderår har oppebåret lønninger eller pensioner, som på årsbasis anløber sig et beløb, som er mere end 14 gange højere end 80% af det månedlige basisbeløb og ligeledes tager hensyn til yderligere lønninger og pensioner, som eventuelt oppebæres fra andre retssubjekter, som er underlagt Rechnungshofs revision. Ifølge generaladvokaten er det således et spørgsmål om en særskilt behandling af oplysninger, som disse retssubjekter disponerer over. En behandling, som ikke skal forveksles med den anden form for behandling, som disse retssubjekter sædvanligvis skal foretage i forbindelse med håndtering af regnskaber og udbetaling af lønninger til de ansatte. Til forskel fra disse typer af behandlinger er den aktuelle behandling en ad hoc-behandling, som specifikt og udelukkende har til formål at muliggøre den kontrolvirksomhed af regnskaberne, som foreskrives i den pågældende bestemmelse.

Det, som efter generaladvokatens opfattelse skal afgøres, er, om fællesskabsretten omfatter de fem behandlingsformer, sådan som direktivets art. 3, stk. 2, foreskriver. Tizzano mener, at spørgsmålet skal besvares benægtende. Dette begrunder han med, at Rechnungshof's virksomhed udføres med det formål at garantere de østrigske medborgere en bred information om de lønninger, som oppebæres hos de offentlige retssubjekter, og i denne forbindelse at sikre en korrekt forvaltning af almene midler. Det er således et spørgsmål om en offentlig tilsynsvirksomhed, som de østrigske myndigheder regulerer på baggrund af deres eget selvstændige institutionspolitiske valg og ikke med det formål at opfylde en fællesskabsretlig forpligtelse. Eftersom denne virksomhed ikke er genstand for nogen specifik fællesskabslovgivning, må den antages at være omfattet af medlemsstaternes kompetence. Generaladvo-

katen mener ikke, at nogen af de implicerede parter har været i stand til at forklare det eventuelle forhold mellem sagens virksomhed og TEF art. 141[471] (TEU, art. 119), uden at det blot i almene vendinger angives, *at sådan er det bare*. Generaladvokaten finder også at forsøget med at påberåbe den ovenfor nævnte virksomheds eventuelle indvirkning på den frie bevægelighed for arbejdstagere, som garanteres i TEF art. 39 (TEU art. 48), således at virksomheden i sagen omfattes af fællesskabsretten, er noget anstrengt og derfor ikke er overbevisende. Tizzano peger indledningsvis på, at sagens grænseoverskridende element kun er af hypotetisk karakter, og at det fremgår af Domstolens praksis, at TEF art. 39 (TEU art. 48) ikke finder anvendelse i sådanne hypotetiske tilfælde.

Generaladvokaten finder, at beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder er af stor betydning, og at det udgør et krav, som fællesskabslovgiver har haft for øje i forbindelse med udformningen af den harmoniserende lovgivning, som var nødvendig for etableringen af det indre marked og for at få dette til at fungere, men at beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder ikke kan betragtes som nogen *selvstændig* målsætning for direktivet.

Selv om direktivet også havde til formål at beskytte de grundlæggende rettigheder, skulle der ifølge generaladvokaten kunne sættes spørgsmålstegn ved gyldigheden af selve direktivet. TEU art. 100 A (TEF art. 95) skulle ikke kunne påberåbes som grundlag for foranstaltninger, der går ud over de specifikke formål, som angives i bestemmelsen, nemlig i dette tilfælde formål, som ikke retfærdiggøres af målsætningen om at oprette det indre marked og få det til at fungere. I denne forbindelse henvises til Domstolens afgørelse i Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet,[472] hvor det fastslås *"at de i traktatens artikel 100 A, stk. 1, omhandlede foranstaltninger har til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion. Fortolkes denne bestemmelse således, at den giver fællesskabslovgiver en generel kompetence til at regulere det indre marked, er det ikke blot i strid med selve ordlyden af den nævnte bestemmelse, men ligeledes uforeneligt med det i traktatens artikel 3 B (TEF art. 5) stadfæstede princip, hvorefter Fællesskabets kompetence er tildelte beføjelser."*[473] Konkret annullerer Domstolen direktiv 98/43/EF om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse på baggrund af, at direktivet ikke kunne

471 Lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

472 Dom af 5. oktober 2000 i Sag C-376/98 Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet.

473 Sag C-376/98, pr. 83.

udstedes med hjemmel i TEU art. 100 A (TEF art. 95). Vedrørende beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder henviser generaladvokaten til Domstolens udtalelse 2/94 om Fællesskabets tiltrædelse af EMRK,[474] hvori det fastslås, at ingen bestemmelser i Traktaten på general måde tillægger Fællesskabets institutioner beføjelse til at fastsætte regler om menneskerettigheder.[475]

Generaladvokaten ender op i en konklusion om, at den behandling af personoplysninger, som foreskrives i bestemmelser af den type, som spørgsmålet drejer sig om, ikke omfattes af bestemmelserne i direktivet, eftersom de udgør et led i en virksomhed, som ikke er omfattet af fællesskabsretten, i den betydning som kræves efter persondatadirektivet art. 3, stk. 2. Dette medfører, ifølge Tizzano, at sådanne bestemmelser ikke kan anses for at være uforenelige med bestemmelserne i direktivet.

Det *første præjudicielle spørgsmål* drejer sig om, at de forelæggende retter[476] nærmere bestemt ønsker oplyst, om persondatadirektivet skal fortolkes således, at det er til hinder for nationale bestemmelser, som de i hovedsagerne omhandlede, hvorefter et statsligt revisionsorgan er forpligtet til – med henblik på offentliggørelse – at indsamle og videregive indkomstoplysninger for ansatte i institutioner, som er undergivet denne revision, når indkomsterne overstiger et bestemt niveau.[477]

I forbindelse med behandlingen af dette spørgsmål bemærker Domstolen, at bestemmelserne i persondatadirektivet, for så vidt de omhandler behandling af personoplysninger, der kan krænke de grundlæggende frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred, nødvendigvis skal fortolkes under hensyntagen til grundrettighederne, som ifølge fast retspraksis hører med til de almindelige retsgrundsætninger.[478] Disse principper er nu udtrykkeligt indarbejdet i traktatens art. 6, stk. 2,[479] hvorefter *"Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved Den Europæ-*

474 Domstolens udtalelse i henhold til EF-traktatens art. 228, stk. 6 (TEF art. 300, stk. 6) af 28. marts 1996 om Fællesskabets tiltrædelse af konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, Saml. 1996, s. 1759.

475 Udtalelse 2/94, pr. 27.

476 Verfassungsgerichtshof og Oberster Gerichtshof (begge Østrig).

477 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 48.

478 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 68.

479 Se om forholdet mellem EU-retten og grundlæggende rettigheder nedenfor i afsnit 2.3.3, s. 66ff.

iske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten." Domstolen finder derfor, at det af hensyn til anvendelsen af persondirektivet og navnlig art. 6, stk. 1, litra c), art. 7, litra c) og e), og art. 13, er nødvendigt at undersøge, hvorvidt en lovgivning, som den i hovedsagerne omhandlede, indebærer et *indgreb i privatlivets fred* og i så fald, om dette indgreb er berettiget i henhold til EMRK art. 8.[480] Domstolen ender i denne forbindelse med at fastslå, at den almindelige lagring, som arbejdsgiveren foretager af oplysninger på navn om de lønninger, der udbetales til dennes ansatte, ikke i sig selv udgør et indgreb i privatlivet, hvorimod videregivelse af disse oplysninger til tredjemand – her en offentlig myndighed – gør indgreb i de berørte personers ret til beskyttelse af deres privatliv, uanset hvordan de videregivne oplysninger efterfølgende anvendes, og er dermed et indgreb i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i EMRK art. 8.[481] Det er i denne forbindelse uden betydning, om de videregivne oplysninger er følsomme oplysninger, eller om indgrebet har medført eventuelle ubehageligheder for de berørte. Det er tilstrækkeligt, at det kan fastslås, at oplysningerne om de indkomster, som en arbejdstager eller en pensionist har modtaget, af arbejdsgiveren er videregivet til tredjemand.[482]

I spørgsmålet, om det i sagen omhandlede indgreb er *berettiget*, fastslår Domstolen, at dette vil være tilfældet, medmindre det *"i overensstemmelse med loven"* varetager et eller flere af de legitime formål, der er omhandlet i EMRK art. 8. stk. 2, og er *"nødvendig i et demokratisk samfund"* for at opfylde dette eller disse formål. Det er i denne forbindelse uden tvivl, at indgrebet er fastsat ved en østrigsk lovbestemmelse,[483] men spørgsmålet er, om denne bestemmelse er affattet tilstrækkeligt præcist til, at lovens adressater kan tilpasse deres adfærd, og dermed opfylder kravet om forudsigelighed, som er fastsat i Menneskerettighedsdomstolens (EMD) praksis. EF-Domstolen tilpligter herefter de forelæggende retter at efterprøve, om fortolkningen, hvorefter den omtalte østrigske lovbestemmelse kræver, at de pågældende personers navne skal offentliggøres i forbin-

480 Bestemmelsen behandles nedenfor i afs. 4.1, s. 286. Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 72.

481 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 74.

482 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 75.

483 BezBegrBVG's § 8.

delse med deres indkomster, er i overensstemmelse med det netop omtalte krav om forudsigelighed. Domstolen finder dog, at det først er relevant at rejse dette spørgsmål efter en efterprøvelse af, om denne fortolkning er i overensstemmelse med proportionalitetskravet i EMRK art. 8, stk. 2, i forhold til de formål, der varetages. Af forelæggelseskendelsen fremgår det, at formålet med den pågældende bestemmelse er at presse de pågældende offentlige institutioner til at holde lønningerne inden for rimelighedens grænser, eller med andre ord at administrationen ved anvendelse af de offentlige midler udviser sparsommelighed og fornuft. Domstolen anser dette formål som legitimt – både i forhold til EMRK og persondatadirektivet. Herefter undersøger Domstolen, om det pågældende indgreb i et demokratisk samfund er nødvendigt for at nå det legitime formål, der varetages. I forbindelse med fastlæggelse af indholdet i begrebet *nødvendig* henviser EF-Domstolen til praksis fra EMD, hvorefter der skal være tale om *"et tvingende socialt hensyn"*, og at den trufne foranstaltning *"står i et rimeligt forhold til det legitime formål, som varetages"*.[484] I øvrigt har de nationale myndigheder et skøn *"hvis omfang ikke alene afhænger af formålet, men tillige af selve karakteren af indgrebet"*.[485] Domstolen foretager herefter en afvejning af Østrigs interesser i at sikre en optimal udnyttelse af de offentlige midler, og navnlig at lønningerne holdes inden for rimelighedens grænser, i forhold til, hvor alvorligt indgrebet er i de pågældende personers privatliv.[486] Domstolen stiller i den forbindelse spørgsmålet, hvorvidt angivelsen af navnet på de pågældende personer, der har modtaget de pågældende indkomster, står i et rimeligt forhold til det legitime formål, som varetages. Domstolen kommer frem til, at det er de forelæggende retter, som skal efterprøve dette forhold, men stiller i den forbindelse spørgsmålet, om det ikke ville have været tilstrækkeligt blot at meddele offentligheden, hvilke vederlag og andre økonomiske fordele de pågældende offentligt ansatte personer kan kræve, og ikke hvilket beløb hver enkelt person faktisk har modtaget i løbet af et givet år, og hvoraf en del er variabel alt afhængig af deres familiemæssige og personlige situation.[487] Domstolen påpeger også, at det ikke kan udelukkes, at indgrebets alvorlighed kan medføre, at de pågældende personer lider

484 EMD dom af 24.11.1986, Gillow mod UK, § 55. Dommen behandles nedenfor i afs. 4.2.1, s. 289.

485 EMD dom af 26.3.1987, Leander mod Sverige, § 59.

486 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 84.

487 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 88.

skade på grund af negative følgevirkninger af den offentlighed, der er omkring erhvervsindkomst.[488]

Endelig sætter Domstolen de ovenfor omtalte følger i forhold til persondatadirektivet, og ender med at besvare det første præjudicielle spørgsmål med, *"at artikel 6, stk. 1, litra c), og artikel 7, litra c) og e), i direktiv 95/46 ikke er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagerne omhandlede på betingelse af, at det godtgøres, at den omfattende offentliggørelse ikke blot af størrelsen af årlige indkomster over et bestemt niveau, som ansatte ved offentlige institutioner, der er underlagt Rechnungshofs revision, modtager, men også navnene på modtagerne af disse indkomster, både er nødvendige og står i et rimeligt forhold til det formål om hensigtsmæssig forvaltning af offentlige midler, som varetages, hvilket det tilkommer de forlæggende retter at afgøre."*[489]

Med det *andet præjudicielle spørgsmål* ønsker de forelæggende retter oplyst, om de bestemmelser i persondatadirektivet, der er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagerne omhandlede, er umiddelbart anvendelige i den forstand, at de for de nationale domstole kan påberåbes af private for at udelukke anvendelsen af de pågældende bestemmelser.[490] Domstolen bemærker først, at i alle de tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan der i mangel af rettidig gennemførelsesforanstaltninger støttes ret herpå over for enhver national regel, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, ligesom private over for staten kan påberåbe sig bestemmelser, der efter deres indhold tillægger private rettigheder i forhold til staten.[491] Domstolen ender med at fastslå, at de i sagen omhandlede direktivbestemmelser er *"tilstrækkeligt præcise til, at de kan påberåbes af private og anvendes af de nationale domstole. Selv om direktiv 95/46 uomtvisteligt indeholder en større eller mindre skønsbeføjelse for medlemsstaterne ved gennemførelsen af visse af direktivets bestemmelser, fastsættes der i artikel 6, stk. 1, litra c), og artikel 7, litra c) og e), ubetingede bestemmelser."*[492]

---

488 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 89.

489 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 94.

490 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 95.

491 Domstolen henviser i denne forbindelse til Sag 8/81 Becker og Sag C-141/00 Kügler. Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 98.

492 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 100.

3.7.5.2 *Lindquist*

Den mest omfattende præjudicielle forelæggelse vedrørende persondatadirektivet findes i Lindquist-sagen.[493] Generaladvokatens forslag til afgørelse[494] medtages i de følgende afsnit, hvor dette er relevant, da Domstolens dom faldt anderledes ud end denne. I det følgende gives først en kort indføring i sagen, hvorefter de præjudicielle spørgsmål behandles.

3.7.5.2.1 *Sagens indhold*

I efteråret 1998 arbejdede Bodil Lindquist gratis som leder for konfirmander i Alseda pastorat i Sverige ved siden af sit ordinære job. Inden for rammerne af dette arbejde oprettede hun en hjemmeside på Internettet, så konfirmanderne let kunne få den information, som de havde brug for. Hjemmesiden indeholdt diverse oplysninger om hende selv, hendes ægtefælle og seksten arbejdskammerater i forsamlingen, som i visse tilfælde var benævnt ved fornavn og i andre tilfælde også med efternavn. Derudover blev de andre lederes arbejdsopgaver og fritidsvaner beskrevet i let spøgefulde vendinger på hjemmesiden. I visse tilfælde blev endog deres familieforhold beskrevet, deres telefonnummer angivet og andre personlige oplysninger offentliggjort. Blandt de forskellige oplysninger, som blev offentliggjort, er det her af særskilt interesse, at det blev angivet, at en kvindelig arbejdskammerat havde skadet foden og var sygemeldt på halv tid. Man kunne ligeledes nå til hjemmesiden via de svenske kirkers fælles websted. På denne hjemmeside var der på Bodil Lindquists opfordring lagt et særskilt link.[495]

Bodil Lindquist informerede ikke sine arbejdskammerater om, at hjemmesiden fandtes, og indhentede heller ikke deres samtykke til behandlingen af oplysninger om dem. Yderligere underrettede hun heller ikke Datainspektionen om, at hjemmesiden var blevet oprettet eller anmeldte behandlingen af personoplysninger til denne myndighed. Hjemmesiden fik dog en kort eksistens, da den hurtigt blev fjernet, så snart Bodil Lindquist blev informeret om, at nogle af arbejdskammeraterne ikke billigede hendes tiltag med oprettelsen af den.[496]

---

493 Dom af 6. november 2003 i Sag C-101/01 Bodil *Lindquist* mod Åklagarkammaren i Jönköping.

494 Forelagt den 19. september 2002 af generaladvokat Antonio Tizzano. Igen bør det understreges, at dette forslag til afgørelse er forelagt *før* forelæggelsen af forslag til afgørelse i ÖRF.

495 Sag C-101/01, pr. 17.

496 Sag C-101/01, pr. 18.

> På trods af, at hjemmesiden hurtigt blev fjernet, blev der rejst tiltale mod Bodil Lindquist i overensstemmelse med § 49, stk. 1, litra b–d i den svenske *personuppgiftlagen* på grund af, at hun havde oprettet hjemmesiden *uden at spørge*. Der blev nedlagt påstand om, at hun havde behandlet personoplysninger, at behandlingen havde været automatiseret, uden forinden at have angivet skriftlig anmeldelse til Datainspektionen, at hun har behandlet følsomme oplysninger, såsom oplysninger om arbejdskammeratens skadede fod og den heraf efterfølgende sygemelding på halv tid, og overført oplysninger til tredjelande uden samtykke fra de berørte.[497]

Ovenstående problemstilling førte til, at Göta Hovrätt stillede syv spørgsmål om tolkningen af 95/46/EF til EF-Domstolen. Spørgsmålene drejer sig om anvendelsesområdet for lovgivningerne, overførsel af oplysninger til tredjelande, direktivets forenelighed med de almene principper om ytringsfrihed og muligheden for at indføre strengere regler end de fællesskabsretlige på nationalt niveau. Af disse syv spørgsmål er specielt det sidste interessant i dette afsnits sammenhæng. Spørgsmålet drejer sig om, hvorvidt en medlemsstat – i de henseender, der er omtalt i de øvrige forelagte spørgsmål i sagen – kan have en mere vidtgående beskyttelse af personoplysninger eller et videre anvendelsesområde end det, der følger af persondatadirektivet, selv om der ikke foreligger nogen af de i art. 13[498] opregnede forhold.[499]

3.7.5.2.2 Er personomtale på en hjemmeside behandling?

Det første præjudicielle spørgsmål går på, om omtale af en person – med navn, eller navn og telefonnummer – på en hjemmeside på internettet udgør en handling, der falder ind under direktivets anvendelsesområde. Domstolen begynder besvarelsen af dette spørgsmål med at fastslå, at begrebet personoplysning i art. 3, stk. 1, uden tvivl omfatter navnet på en person sammen med oplysninger om dennes telefonnummer, eller oplysninger vedrørende dennes arbejdsforhold eller fritidsinteresser.[500] Herefter behandles spørgsmålet, om den omtalte form for behandling er omfattet af definitionen i direktivets art. 2, litra b). Efter denne bestemmelse er behandling *"enhver operation eller række af operationer – med eller*

497 Sag C-101/01, pr. 19.
498 Persondatadirektivets art. 13 omhandler *Undtagelser og begrænsninger* i forhold til opregnede bestemmelser i direktivet.
499 Sag C-101/01, pr. 18.
500 Sag C-101/01, pr. 24.

uden brug af elektronisk databehandling – som personoplysninger gøres til genstand for". Videre opregnes forskellige eksempler bl.a. *"videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse af oplysninger"*, og som følge heraf vil en operation, der består i at lægge personoplysninger ud på en hjemmeside, skulle betragtes som behandling.[501] Endelig fastslår Domstolen, at behandlingen også foretages helt eller delvis ved hjælp af edb, som det kræves efter definitionen i art. 3, stk. 1. Dette begrundes med, at en operation, hvorved oplysninger lægges ud på en internetside, ifølge de for nærværende anvendte tekniske edb-procedurer indebærer, at den pågældende side lægges ind på en server samt udførelse af de operationer, der er nødvendige for at gøre denne side tilgængelig for personer, der har koblet sig på internettet, i det mindste delvis udføres ved hjælp af edb. Det stillede spørgsmål bliver altså besvaret bekræftende af EF-Domstolen.

3.7.5.2.3 Falder personomtale ind under direktivets undtagelser?

Det tredje spørgsmål omhandler undtagelsesbestemmelserne i direktivets art. 3, stk. 2. Den pågældende bestemmelse har følgende ordlyd:

> *2. Dette direktiv gælder ikke for sådan behandling af personoplysninger,*
> - *som iværksættes med henblik på udøvelse af aktiviteter, der ikke er omfattet af fællesskabsretten, som f.eks. de aktiviteter, der er fastsat i afsnit V og VI i traktaten om Den Europæiske Union, og under ingen omstændigheder for behandling, der vedrører den offentlige sikkerhed, forsvar, statens sikkerhed (herunder statens økonomiske interesser, når behandlingen er forbundet med spørgsmål vedrørende statens sikkerhed) og statens aktiviteter på det strafferetlige område*
> - *som foretages af en fysisk person med henblik på udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter.*

Spørgsmålet er, om disse bestemmelser fører til, at en handling, hvorved der lægges oplysninger ud på en hjemmeside, som er tilgængelig for alle, der kender sidens adresse, anses for at falde uden for direktivets anvendelsesområde.

I september 2002 forelagde generaladvokat *Antonio Tizzano* sit forslag til afgørelse. Generaladvokaten anser dette spørgsmål som det centrale i den retlige bedømmelse. Generaladvokaten beskæftiger sig først med den anden undtagelse i art. 3, stk. 2, som ved-

501 Sag C-101/01, pr. 25.

rører udøvelse af rent personlige eller familiemæssige aktiviteter. Her fastslås det, at der ikke er tale om en sådan form for behandling, da generaladvokaten kun anser den form for virksomhed, der direkte er nævnt i den 12. betragtning[502] i direktivets præambel, som værende omfattet af undtagelsesbestemmelsen. Der lægges videre vægt på, at den virksomhed, der er tale om i sagen, har stærke sociale relationer, og at behandlingen af personoplysninger klart går ud over Bodil Lindquists private og familiemæssige sfære, samt at oplysningerne er lagt ud på en hjemmeside, som er tilgængelig for alle i hele verden.[503] Generaladvokaten anser derimod den form for behandling af personoplysninger, der finder sted i sagen, som værende omfattet af den første undtagelse i direktivets art. 3, stk. 2, således at behandlingen ikke er omfattet af fællesskabsretten.[504] Generaladvokaten har nemlig noteret sig, at de omhandlede hjemmesider var skabt uden økonomisk vinding for øje og udelukkende til brug i konfirmandernes undervisning, og at brugen var gratis og helt uden sammenhæng med nogen form for erhverv.[505] Så da direktivet efter generaladvokatens opfattelse ikke er anvendelig på den form for behandling af personoplysninger, som foreligger i sagen, tager han ikke stilling til de øvrige stillede spørgsmål.[506]

Domstolen griber besvarelsen af dette spørgsmål meget anderledes an end generaladvokaten. Med baggrund i den første undtagelse i art. 3, stk. 2, vil Domstolen undersøge, om Bodil Lindquists aktiviteter – i det væsentlige ikke-økonomiske, men frivillige og religiøse – udgør en behandling, som *"iværksættes med henblik på udøvelse af aktiviteter, der ikke er omfattet af fællesskabsretten"* i den forstand, udtrykket er anvendt i den ovenfor citerede bestemmelse. I den ovenfor omtalte dom i *Österreichischer Rundfunk*[507] har Domstolen fastslået, at anvendelsen af direktivet som retsgrundlag ikke forudsætter, at der rent faktisk i enhver af de situationer, der er omfattet af den pågældende retsakt, skal foreligge en tilknytning til den frie bevægelighed mellem medlemsstater.[508] I denne forbindelse fastslår Domstolen, at risikoen ved en fortolkning med modsat resultat ville

502 *"... en fysisk persons behandling af oplysninger som led i rent personlige eller familiemæssige aktiviteter som f.eks. korrespondance og føring af en adressefortegnelse, bør dog ikke være omfattet"*.

503 Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-101/01, pr. 34.

504 Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-101/01, pr. 35.

505 Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-101/01, pr. 36.

506 Generaladvokatens forslag til afgørelse i Sag C-101/01, pr. 45.

507 Se ovenfor i afs. 3.7.5.1, s. 255ff.

508 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 41.

være, at grænserne for direktivets anvendelsesområde ville blive særdeles usikre og uberegnelige, hvilket ville være uforeneligt med direktivets grundlæggende formål.[509] Med baggrund i denne dom kommer EF-Domstolen frem til, at udtrykket skal fortolkes således, at det har en sådan rækkevidde, at det i hvert enkelt tilfælde skal efterprøves, om den pågældende specifikke aktivitet direkte påvirker den fri bevægelighed mellem medlemsstaterne.[510] Domstolen antager videre, at de aktiviteter, der er givet eksempler på i den første undtagelsesbestemmelse, skal fastlægge rækkevidden af de undtagelser, der er fastsat heri, således at undtagelsen kun finder anvendelse på de aktiviteter, der er udtrykkeligt nævnt i bestemmelsen, eller som kan henføres til samme kategori. De frivillige eller religiøse aktiviteter, som Bodil Lindquist udøver, kan ikke sidestilles med de aktiviteter, der er nævnt i undtagelsesbestemmelsen, og de er derfor ikke omfattet af denne. Domstolens resultat i denne del af sagen er altså ikke i overensstemmelse med generaladvokatens.

Den 12. betragtning i direktivets præambel opregner to eksempler på, hvad den *anden undtagelse* i art. 3, stk. 2, omfatter, nemlig korrespondance og føring af en adressefortegnelse. Domstolen konkluderer, at den omtalte undtagelse skal fortolkes således, at den udelukkende vedrører de aktiviteter, som indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv. Dette er åbenbart ikke tilfældet med den behandling af personoplysninger, som består i, at de offentliggøres på internettet og bliver tilgængelige for et ubestemt antal personer.[511] Med hensyn til den undtagelsesbestemmelse kommer Domstolen altså frem til det samme resultat som generaladvokaten.

3.7.5.2.4 Videregivelse af personoplysninger til tredjelande

Dette spørgsmål drejer sig konkret om, hvorvidt den situation, hvor en person i Sverige ved hjælp af en computer, lægger personoplysninger ud på en hjemmeside, som er lagret på en server i Sverige (oplysningerne bliver derved tilgængelige for personer i et tredjeland), indebærer en videregivelse af personoplysninger til et tredjeland i direktivets forstand.

---

509 At foretage en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes nationale love og administrative bestemmelser for at fjerne de hindringer for det indre markeds funktion, der netop hidrører fra forskellene i de nationale lovgivninger. Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 42.

510 Sag C-101/01, pr. 42.

511 Sag C-101/01, pr. 47.

I forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet om videregivelse af oplysninger til tredjelande fastslår Domstolen, at direktivet hverken i den relevante art. 25 eller noget andet sted definerer begrebet *videregivelse til tredjeland*. Domstolen påpeger videre, at der i forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet skal tages hensyn til dels den tekniske karakter af de udførte operationer, dels til formålet med og opbygningen af direktivets kapitel IV, som indeholder art. 25.[512]

I besvarelsen af den *første del* af spørgsmålet indleder Domstolen med at fastslå, at en følge af, at de tekniske midler, der anvendes i forbindelse med internettet,[513] er relativt enkle og forbundet med færre og færre omkostninger, er, at oplysninger lagt ud på internettet næsten når som helst kan hentes af et utal af personer, som opholder sig mange forskellige steder i verden.[514] For at kunne indhente de personoplysninger, som Bodil Lindquist havde lagt ud på sin hjemmeside, skulle en bruger af internettet ikke blot koble sig på internettet, men også personligt foretage de nødvendige operationer for at læse de nævnte sider. De i sagen omhandlede hjemmesider indeholdt ikke de tekniske mekanismer til automatisk at sende disse oplysninger til personer, som ikke forsætligt havde søgt at få adgang til dem. Domstolen fastslår i denne forbindelse, at under de omstændigheder, som foreligger i denne sag, er personoplysninger, der kommer til en computer, der tilhører en person i et tredjeland, fra en person, der har lagt dem ud på en hjemmeside, ikke blevet videregivet direkte mellem disse to personer, men gennem edb-infrastrukturen hos den udbyder af webhoteltjenester, hvor siden er laget.[515] I besvarelsen af den *anden del* af spørgsmålet – fællesskabslovgiverens hensigt med direktivets art. 25 – indleder Domstolen med at fastslå, at spørgsmålet kun drejer sig om de operationer, som Bodil Lindquist har foretaget, og ikke de operationer,

512 Sag C-101/01, pr. 57.

513 Internettets udvikling gennem 1990'erne indebærer ifølge Domstolen, at den, der opretter en side til offentliggørelse på nettet, overfører de oplysninger, som udgør den pågældende side, til sin udbyder af webhoteltjenester, som så tilvejebringer den edb-infrastruktur, som er nødvendig for at sikre lagring af disse oplysninger og forbindelsen til den server, der er vært for websiden. Dette gør det muligt senere at overføre disse oplysninger til alle, der er koblet på nettet og ønsker at indhente de pågældende oplysninger. Computerne i edb-infrastrukturen kan være – og er ofte – placeret i et eller flere andre lande end det land, hvor udbyderen af webhoteltjenester er etableret, uden at kunderne har kendskab eller med rimelighed kan få kendskab hertil, jf. Sag C-101/01, pr. 59.

514 Sag C-101/01, pr. 58.

515 Sag C-101/01, pr. 61.

som udføres af udbyderen af webhoteltjenester.[516] Direktivets kapitel IV, som indeholder art. 25, indfører en særlig ordning, der har til formål at sikre medlemsstaternes kontrol med videregivelse af personoplysninger til tredjelande. Det pågældende kapitel indeholder dog ingen bestemmelser vedrørende anvendelsen af internettet. Kapitlet præciserer videre ikke, hvilke kriterier der gør det muligt at afgøre, om det med hensyn til operationer udført ved mellemkomst af udbydere af webhoteltjenester er det sted, hvor udbyderen er etableret, dennes forretningssted eller det eller de steder, hvor de computere, der udgør edb-infrastrukturen, er placeret, som skal lægges til grund.[517] Internettets udviklingstrin på tidspunktet for udarbejdelsen af direktivet og de manglende kriterier for anvendelsen af internettet i kapitel IV fører til, at det ikke kan formodes, at fællesskabslovgiver har tilsigtet, at begrebet *videregivelse til tredjeland af personoplysninger* fremtidigt skulle omfatte den omstændighed, at en person – som Bodil Lindquist – lægger oplysninger ud på en hjemmeside, på trods af at disse er blevet gjort tilgængelige for personer i tredjelande, som har de tekniske muligheder for at få adgang til disse.[518] Hvis art. 25 blev fortolket således, at der forelå en videregivelse til tredjelande i den omtalte situation, ville denne videregivelse nødvendigvis være en videregivelse til alle de tredjelande, hvor der findes de tilstrækkelige tekniske muligheder for at få adgang til nettet.[519] Med baggrund i disse forhold konkluderer Domstolen, at operationer som dem, Bodil Lindquist foretog, ikke i sig selv udgør en videregivelse til et tredjeland af personoplysninger.[520]

3.7.5.2.5 Er bestemmelserne i strid med almindelige principper om ytringsfrihed?

I besvarelsen af det sjette spørgsmål giver Domstolen udtryk for, at de grundlæggende rettigheder har en særlig betydning, hvor det i det væsentlige er nødvendigt at foretage en afvejning mellem på den ene side Bodil Lindquists ytringsfrihed i forbindelse med hen-

516 Sag C-101/01, pr. 62.

517 Sag C-101/01, pr. 67. Inden for Fællesskabet er problemstillingen reguleret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF om elektronisk handel. Direktivet er implementeret i dansk ret ved lov nr. 227 af 22. april 2002 om tjenester i informationssamfundet, herunder visse aspekter af elektronisk handel (E-handelsloven).

518 Sag C-101/01, pr. 68.

519 Sag C-101/01, pr. 69.

520 Sag C-101/01, pr. 70 og 71.

des frivillige arbejde og på den anden side beskyttelsen af privatlivet for de personer, om hvilke der i sagen er lagt oplysninger på internettet.[521] Af denne grund påhviler det nationale myndigheder og domstole at fortolke den nationale ret på en måde, der er forenelig med direktivet, men samtidig også at sikre, at de ikke lægger en fortolkning af direktivet til grund, som kommer i konflikt med grundlæggende rettigheder, der beskyttes ved fællesskabets retsorden, eller med andre generelle fællesskabsretlige principper, såsom proportionalitetsprincippet. Domstolen ender derfor med at besvare det sjette spørgsmål med, at bestemmelserne i direktivet ikke i sig selv medfører en begrænsning, der er i strid med det almindelige princip om ytringsfrihed eller andre friheder og rettigheder, der er gældende inden for EU. Men det påhviler dog samtidig de nationale myndigheder og domstole, som skal anvende de nationale bestemmelser til gennemførelse af direktivet, at sikre en retfærdig balance mellem de omhandlende rettigheder og interesser, herunder de grundlæggende rettigheder, der beskyttes ved Fællesskabets retsorden.[522]

3.7.5.2.6 Mulighed for videregående beskyttelse eller anvendelsesområde?

Til sidst stiller Göta hovrätt følgende spørgsmål: *"Kan en medlemsstat – i de henseender, der er omtalt i de foregående spørgsmål – have en mere vidtgående beskyttelse af personoplysninger eller et videre anvendelsesområde end det, der følger af direktiv [95/46], selv om der ikke foreligger nogen af de i artikel 13 opregnede forhold?"*[523]

Efter den ottende betragtning i direktivets præambel er formålet med direktivet blandt andet at gøre beskyttelsen af det enkelte menneskes rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger *ensartet* i alle medlemsstaterne. Det tilføjes i den tiende betragtning, at tilnærmelsen af de nationale lovgivninger, der finder anvendelse på området, ikke må medføre en forringelse af den beskyttelse, disse yder, men tværtimod skal have til formål at sikre et højt beskyttelsesniveau inden for Fællesskabet. Domstolen kommer således frem til, at harmoniseringen af de nationale lovgivninger ikke er begrænset til en minimumsharmonisering, men fører til en harmonisering, der i princippet er fuldstændig, og at det er i dette perspektiv, at direktivet tilsigter at sikre den frie

521 Sag C-101/01, pr. 86. Se yderligere om problemstillingen i afsnit 4.2.2, s. 300ff.
522 Sag C-101/01, pr. 90.
523 Sag C-101/01, pr. 18.

udveksling af personoplysninger.[524] Direktivet indrømmer ganske vist medlemsstaterne råderum på visse områder og bemyndigelse til at opretholde eller indføre særlige ordninger med henblik på specifikke tilfælde. Disse muligheder skal imidlertid anvendes på den måde, som er fastsat i direktivet, og i overensstemmelsen med dets formål (opretholdelse af en ligevægt mellem den frie udveksling af personoplysninger og beskyttelsen af privatlivet).[525] Domstolen understreger, at der intet er til hinder for, at en medlemsstat udvider rækkevidden af den nationale lovgivning, der gennemfører direktivets bestemmelser, til områder, som ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, for så vidt som ingen anden fællesskabsretlig bestemmelse er til hinder for dette.[526]

3.7.5.2.7 Göta Hovrätts afgørelse

Göta Hovrätt, som havde forelagt de præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen, afsagde den endelige nationale dom i sagen den 7. april 2004.[527] I forbindelse med spørgsmålet om afvejningen mellem retten til ytringsfrihed og retten til beskyttelse af den personlige integritet konstaterer den svenske domstol i overensstemmelse med EF-Domstolens afgørelse, at bestemmelserne i persondatadirektivet ikke i sig selv udgør en begrænsning, som er i strid med princippet om ytringsfrihed eller andre grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Med hensyn til anvendelsen af proportionalitetsprincippet i forbindelse med afbalanceringen af de to rettigheder i forhold til hinanden bemærker Göta Hovrätt, at der findes særskilte bestemmelser i den svenske personuppgiftslag, som kan siges at være udtryk for et proportionalitetsprincip. Det drejer sig bl.a. om de to bestemmelser, som er påberåbt af Lindquist, nemlig § 7, stk. 2 (journalistiske formål) og § 10, litra f) (interesseafvejning). Interesseafvejningsreglen er specielt interessant i forhold til denne fremstilling. Den svenske domstol giver udtryk for, at bestemmelsen giver udtryk for en almen afvejning mellem eksempelvis ytringsfrihed og beskyttelsen af privatlivets fred. Det understreges, at afvejningen skal respektere de grundlæggende krav i direktivets art. 6. Göta Hovrätt kommer frem til følgende resultat vedrørende interesseafvejningen: *"De uppgifter som Bodil Lindqvist har behandlat*

524 Sag C-101/01, pr. 96.
525 Sag C-101/01, pr. 97.
526 Sag C-101/01, pr. 98.
527 Göta Hovrätts dom af 7. april 2004 i Sag B 747-00.

är av så alldaglig karaktär i förhållande till den typ av uppgifter som yttrandefriheten primärt skall garantera skydd för, att yttrandefrihetens intresse ur det perspektivet inte har någon större tyngd. Uppgifterna om Mariette [den person, som der behandles helbredsmæssige oplysninger om] innehåller principiellt sett förhållandevis skyddsvärda uppgifter om hennes privata sfär, nämligen hennes hälsotillstånd. Å andra sidan har Bodil Lindqvist haft ett berättigat intresse att underlätta konfirmandernas deltagande i församlingslivet. Detta intresse har emellertid inte motiverat att göra uppgifterna allmänt tillgängliga."[528] og videre om forholdet mellem afvejningen mellem de to rettigheder: *"En tillämpning av proportionalitetsprincipen leder inte till att personuppgiftslagens ifrågavarande bestämmelser skall tillämpas på ett sådant sätt att de inte skall anses omfatta Bodil Lindqvists behandling av personuppgifter. Härvid har hovrätten särskilt beaktat att behandlingen i sig har inneburit att uppgifterna har gjorts tillgängliga för en större allmänhet."*[529] I denne forbindelse kunne man stille spørgsmålet, om udfaldet af proportionalitetsvurderingen ville have været anderledes, hvis der havde været tale om, at de pågældende oplysninger var blevet offentliggjort på et intranet for konfirmanderne eller udsendt til disse via e-mail. Dette ville have indskrænket og klart afgrænset den kreds af personer, som ville få kendskab til de pågældende oplysninger.

Bodil Lindquist dømmes for brud på anmeldelsesordningen og på forbuddet mod behandling af følsomme personoplysninger, men overtrædelsen bliver af Göta Hovrätt anset som ringe og derfor straffri, jf. personuppgiftslagens § 49.

Sagen om Bodil Lindquist har udviklet sig yderligere efter Göta Hovrätts endelig afsigelse af dom. Lindquist har indklaget alle medlemsstaterne i EU for EMD med påstand om, at vedtagelsen af persondatadirektivet og de efterfølgende nationale lovgivninger krænker ytringsfriheden.[530] Medio september 2006 er sagen endnu ikke antaget til realitetsbehandling af EMD.

3.7.5.3 Dommenes betydning for fortolkningen af persondataloven

Hvis man ser på de to domme vedrørende fortolkningen af persondatadirektivet, som EF-Domstolen hidtil har afsagt, er det værd at bemærke, at generaladvokaten[531] i begge tilfælde er nået frem til et

528 Göta Hovrätts dom, s. 17f.

529 Göta Hovrätts dom, s. 18.

530 Andersson, Christoph: Bodil Lindquist anmäler EU-länder till Europadomstolen, ST Press, 14. juni 2005 findes på www.stpress.se.

531 I begge domme Antonio Tizzano.

andet resultat end Domstolen. I begge sager mener generaladvokaten, at de skal afgøres ud fra undtagelsesbestemmelsen i direktivets art. 3, stk. 2.

Når afgørelsen i ÖRF-sagen skal vurderes i forhold til fortolkningen af persondataloven er det specielt tre forhold, som springer i øjnene. For det *første* at Domstolen slår fast, at anvendelsen af persondatadirektivet ikke afhænger af, om konkrete situationer har en tilstrækkelig tilknytning til de traktatfæstede grundlæggende rettigheder, i den pågældende sag arbejdskraftens frie bevægelighed. En modsat fortolkning af direktivet ville ifølge Domstolen medføre en risiko for, at grænserne for direktivets anvendelsesområde ville blive *"særdeles usikre og uberegnelige"*. Dette forhold ville efter sigende være uforenelig med de grundlæggende formål i direktivet. Det vil altså sige, at man i forbindelse med en dansk behandling af oplysninger hele tiden skal have for øje, at der ikke behøver at være en, med Domstolens ord, tilstrækkelig tilknytning til de grundlæggende rettigheder i traktaten, for at direktivet finder anvendelse. Det vil således være vanskeligt at tale om *rent nationale* former for behandling.

Det *andet* specielle ved ÖRF-dommen er, at de grundlæggende krav om proportionalitet og relevans,[532] kravet om at behandlingen skal være nødvendig for at overholde hhv. en retlig forpligtelse[533] og for udførelse af en opgave i samfundets interesse eller en pålagt opgave henhørende under offentlig myndighedsudøvelse,[534] *ikke* er til hinder for nationale bestemmelser som de i sagen omhandlede. Det skal dog kunne godtgøres, at offentliggørelsen af indkomster samt navne står i et rimeligt forhold til formålet om hensigtsmæssig forvaltning af offentlige midler. Konkret forekommer det de forelæggende retter at afgøre dette spørgsmål. Det er i denne forbindelse væsentligt at være opmærksom på, at Domstolen inddrager den proportionalitetsvurdering, som findes i EMRK, i denne vurdering og stiller i denne forbindelse spørgsmålet, om det ikke havde været tilstrækkeligt blot at meddele offentligheden, hvilke vederlag og andre økonomiske fordele de pågældende offentlige ansatte kan *kræve*, og ikke hvilket beløb hver enkelt *faktisk har modtaget* i

532 Proportionalitetsprincippet er indgående behandlet ovenfor i afs. 3.3.3, 133ff. Relevansprincippet er berørt ovenfor i afs. 3.3, s. 107. Direktivets art. 6, stk. 1, litra c, er implementeret i persondatalovens § 5, stk. 3.

533 Bestemmelsen er gennemgået ovenfor afs. 3.4.4.2, s. 194. Direktivets art. 7, litra c, er implementeret i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 3.

534 Bestemmelsen er gennemgået ovenfor afs. 3.4.4.5, s. 199. Direktivets art. 7, litra e, er implementeret i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 5 og 6.

løbet af et givet år, og hvoraf en del er variabel efter familiemæssig og personlig situation. Domstolen påpeger i denne sammenhæng, at indgrebets alvorlighed kan medføre, at de pågældende personer lider skade på grund af negative følgevirkninger af offentligheden omkring erhvervsindkomsten.

Det *tredje* ved ÖRF-dommen, som er interessant i forhold til den danske persondatalov, er, at bestemmelserne i direktivets art. 6, stk. 1, litra c (proportionalitetsprincippet og relevansprincippet), art. 7, litra c og e (retlig forpligtelse og udførelse af en opgave i samfundets interesse mv.) skal betragtes som *ubetingede bestemmelser*. Dette på trods af at persondatadirektivet uomtvisteligt indeholder en større eller mindre skønsbeføjelse for medlemsstaterne ved gennemførelsen af visse af direktivets bestemmelser. Når Domstolen anser så brede principper som dem der er beskrevet i de ovenfor omtalte bestemmelser, som værende ubetingede, således at de kan påberåbes af private, så vil den udtømmende opregning i direktivets art. 8 efter al sandsynlighed også være det. I forhold til den særegne danske oplysningskategori i persondatalovens § 8 vil dette betyde, at bestemmelsen ikke kan betragtes som et udtryk for en korrekt implementering af persondatadirektivets bestemmelse om følsomme oplysninger.

Når man ser på Lindquist-dommens betydning for persondataloven, er det hovedsageligt Domstolens svar på spørgsmålene, om personomtale på en hjemmeside falder ind under undtagelsesbestemmelserne, og om mulighederne for en videregående beskyttelse eller anvendelsesområde, som er interessante. De øvrige af Domstolens svar klarlægger blot det konkrete indhold i de omhandlede bestemmelser i loven.

I den ovenstående gennemgang af det *tredje* spørgsmål[535] er det interessant, at generaladvokaten og Domstolen kommer frem til modsatte besvarelser af spørgsmålet om den første af undtagelserne i direktivets artikel 3, stk. 2. Det interessante fremkommer ved, at begge parter faktisk kan siges at have ret et stykke ad vejen. Generaladvokaten har ret deri, at hjemmesiderne er skabt uden økonomisk vinding for øje og til brug i konfirmationsundervisningen, samt at brugen er gratis og uden sammenhæng med nogen form for erhverv. Domstolen sætter sagens problematik i et større perspektiv og undersøger negativt, hvad det ville betyde, hvis den i sagen omhandlede aktivitet *ikke* var omfattet af direktivet. Resultatet bliver, at grænserne for direktivets anvendelsesområde ville

535 Ovenfor s. 265ff.

blive særdeles usikre og uberegnelige. Domstolen kommer videre til, at bestemmelsen kun finder anvendelse på de aktiviteter, som direkte er nævnt. Dog kan man samtidig sige, at Domstolens resultat giver mulighed for lovgivning på områder, hvorpå der ikke foregår nogen form for økonomisk aktivitet. Der skal blot være tale om en mulighed for påvirkning af hele fællesskabet (her via personoplysninger på en hjemmeside).

Den første undtagelse i direktivets art. 3, stk. 2, findes ikke i persondataloven, men generaladvokatens besvarelse af det stillede spørgsmål bliver alligevel interessant, da persondataloven ville have fundet anvendelse alligevel, hvis den pågældende undtagelse havde ført til, at direktivet ikke havde været anvendeligt på den omhandlede situation. Dette forhold bunder i, at Danmark ikke har implementeret den pågældende bestemmelse i direktivet, og persondatalovens anvendelsesområde er derfor principielt videre end direktivet. Af de to undtagelser i direktivet er det derfor kun den sidste, som også findes i persondataloven (§ 2, stk. 3[536]).

Besvarelsen af denne del af det tredje spørgsmål er interessant derved, at der i hvert tilfælde skal *noget mindre til* end den aktivitet, som Bodil Lindquist udførte, for at være omfattet af undtagelsesbestemmelsen i direktivet. I bemærkningerne til det sidst fremsatte lovforslag til persondataloven gav Justitsministeriet udtryk for, at *"den omstændighed, at en privatperson – f.eks. gennem Internettet – giver et ubegrænset eller stort antal personer adgang til personoplysninger, ikke i sig selv vil være afgørende for, om behandlingen vil være omfattet af lovforslagets anvendelsesområde"*.[537] Denne udlægning af undtagelsesbestemmelsen vil altså ikke kunne opretholdes efter afsigelsen af dommen i Lindquist-sagen, hvor Domstolen klart giver udtryk for, at undtagelsen ikke omfatter aktiviteter, hvor personoplysninger offentliggøres på internettet, så de bliver tilgængelige for et ubestemt antal personer. Blume har givet udtryk for, at denne del af dommen dog alt i alt skaber en *"befriende klarhed"*.[538]

Det *sidst stillede* præjudicielle spørgsmål må siges at få den største betydning i forhold til den danske persondatalov. Spørgsmålet drejer sig om, hvorvidt medlemsstaterne kan have en mere vidtgående beskyttelse af personoplysninger eller et videre anvendelsesområde end det, der følger af direktivet, selvom der ikke foreligger nogen

536 Bestemmelsen har følgende ordlyd: *"Loven gælder ikke for behandlinger, som en fysisk person foretager med henblik på udøvelse af aktiviteter af rent privat karakter."*

537 L 147, s. 88, 2. spalte.

538 Blume: Databeskyttelsesrettens harmonisering i UfR2004B.45 (s. 49).

af de forhold, som er opregnet i art. 13. I forbindelse med implementeringen (specielt de to sidste lovforslag) diskuteredes, om man kunne udvide den kategori af oplysninger, som i direktivets art. 8 blev betragtet som *særlige kategorier af oplysninger*, da den tidligere gældende registerlovgivning også betragtede oplysninger om sociale og strafbare forhold som følsomme.

Registerlovsudvalget havde behandlet spørgsmålet og var kommet frem til, at det ikke var muligt at fastsætte, at andre typer af oplysninger end de i art. 8 nævnte skulle betragtes som følsomme.[539] Udvalget antog også, at direktivet indeholdt bestemmelser, som medlemsstaterne ikke kunne fravige. Det gjaldt i et vist omfang de materielle behandlingsregler i art. 6-8.[540] I forbindelse med den anden fremsættelse af lovforslaget til persondataloven (L 44) gav Justitsministeriet dog udtryk for, at behandlingsreglerne i §§ 6 og 7 i videst mulig omfang skulle administreres på den måde, at der ikke uden samtykke blev registreret og videregivet personoplysninger i videre udstrækning end efter registerlovene.[541] Allerede her kan man pege på det uhensigtsmæssige i, at Justitsministeriet forsøger at lovgive sig ud af problemer med manglende overensstemmelse mellem tidligere gældende dansk ret og direktivet i lovmotiverne.[542] Denne lovgivningsform fulgtes da heller ikke i det sidstfremsatte lovforslag (L 147), hvor der blev indføjet en ny bestemmelse i lovforslagets § 8, vedrørende *"strafbare forhold, væsentlige sociale problemer og andre rent private forhold end de i § 7, stk. 1 nævnte"*. Med EF-Domstolens udtalelser om medlemsstaternes mulighed for anvendelsen af videregående beskyttelse eller et videregående anvendelsesområde i forhold til direktivet, vil persondatalovens § 8 med al sandsynlighed blive kendt direktivstridig i en eventuel fremtidig præjudiciel forelæggelse i Luxembourg. Dette er især begrundet i, at Domstolen lægger stor vægt på, at beskyttelsen skal være ensartet i alle medlemsstater, og at harmoniseringen på området ikke er begrænset til en minimumsharmonisering, men at der er tale om en harmonisering, der i princippet er *fuldstændig*. *Blume* har givet udtryk for, at Domstolen med opfattelsen af, at direktivets harmonisering i princippet er fuldstændig, opretholder direktivets grundlæggende rationalitet, nemlig at den frie dataoverførsel kun kan

539 Betænkning nr. 1345/1997, s. 232.
540 Betænkning nr. 1345/1997, s. 33.
541 L 44, s. 40 – fremhæves også side 20 og 91.
542 Problemstillingen om lovgivning i motiverne i forhold til korrekt gennemførelse af direktiver er berørt ovenfor i afs. 3.6.1, s. 219.

blive en realitet, hvis medlemslandene har et ens beskyttelsesniveau, og at dette mål alene kan opnås ved hjælp af et direktiv, da staterne ikke tidligere havde vist sig modne til at etablere denne harmoni på frivillig basis.[543] *"Det er forståeligt, at dommen har været overraskende. Det fremgår ikke tydeligt af direktivet, at det har denne forpligtende virkning, og det er ej heller klart, hvorledes denne virkning harmonerer med det råderum, der udtrykkeligt i direktivet er overladt medlemsstaterne, og som Domstolen også anerkender tilstedeværelsen af. Uanset denne skepsis må Domstolens retsopfattelse lægges til grund, ..."*[544] Dette forhold får primært betydning for den særegne danske oplysningskategori i persondatalovens § 8, dog med den modifikation, at den danske tilsynsmyndighed, Datatilsynet, ikke vil blive betragtet som en domstol i relation til TEF art. 234 og derfor ikke vil kunne forelægge præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen. Hvis EF-Domstolen skal afklare spørgsmålet om den særegne danske oplysningskategori, vil det kræve, at dette er til pådømmelse hos en dansk domstol, som så forelægger spørgsmålet for EF-Domstolen.[545]

Blume mener at der kan være grund til at overveje, om direktivet i det hele taget er *harmoniseringsegnet*. En række af direktivets bestemmelser har karakter af retlige standarder[546] eller er i hvert tilfælde så åbent formulerede, at det er svært at give dem et fuldstændigt meningsindhold, således at dataoverførsler ikke blokeres af afvigende national vurdering af persondatabehandlingens lovlighed. I ÖRF[547] fastslog Domstolen, at direktivets art. 6, stk. 1, litra c, art. 7, litra c og art. 7 litra e, er direkte anvendelige. Bestemmelser af denne karakter[548] forekommer reelt vanskelige at harmonisere, da deres udfyldning i vidt omfang er betinget af den almindelige nationale lovgivning samt den retlige tradition, og selv en meget tæt praksis fra Domstolen vil næppe kunne skabe den nødvendige ensartethed. Harmoniseringen vil derfor nok kun i princippet blive fuldstændig.[549]

Blume har yderligere kommenteret dommen i forhold til spørgsmålet om *dataoverførsel* og spørgsmålet om *forholdet til ytringsfriheden*. Indtil dommen i Lindquist-sagen har det ikke været klart, om en hjemmeside med persondata havde karakter af en dataoverførsel

543 Blume, a. st., s. 46.
544 Blume: Databeskyttelsesrettens harmonisering i UfR2004B.45 (s. 47).
545 Problemstillingen er også berørt ovenfor i afs. 2.3.1.4, s. 58.
546 Se ovenfor i afs. 3.3.1.1, s. 112ff. om retlige standarder.
547 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, pr. 94.
548 Blume mener også at art. 7, litra f, vil kunne tilføjes.
549 Blume, a. st., s. 48.

til tredjelande – også i forhold til lande uden databeskyttelsesretlig regulering. Hvis dette var tilfældet, ville oprettelsen af sådanne hjemmesider skulle opfylde kravene i direktivets art. 25 og persondatalovens § 27. Dette ville ikke være muligt, da siderne principielt ville være tilgængelige overalt, hvor det er muligt at koble sig på internettet. Hverken i direktivet eller i persondataloven findes nogen definition på begrebet *overførsel*. Dansk ret antog, at der ikke forelå en overførsel, men det har været usikkert, om denne udlægning af begrebet var direktivkonform. Domstolens opfattelse af, at der skal være tale om aktiv videregivelse, der er rettet til specifikke modtagere, er praktisk vigtig, da den muliggør en væsentlig del af den borgervendte digitale forvaltning, men Blume anfører, at det samtidig er problematisk, da der er mulighed for, at der sker en betydelig spredning af persondata. Det vil således i nogle tilfælde være vanskeligt at få afklaret, hvilken intention der betinger oprettelsen af en given hjemmeside. Det vil således næppe altid være klart, om en videregivelse er tilsigtet eller ej.[550] Blume mener ikke, at Domstolen skaber *"lys i mørket"* i forhold til det stadigt mere påtrængende spørgsmål, om en given hjemmeside kan opfattes således, at den udgør udøvelsen af den pågældendes kommunikationsfrihed. Forfatteren anser det for *"en relativt gratis bemærkning"*, at direktivet ikke begrænser ytringsfriheden, men er samtidig opmærksom på, at det måske er et for stort krav at stille til EF-Domstolen, at den skal formulere en almindelig retningslinje, eftersom en sådan næppe kan formuleres på en operationel måde.[551] Blume har principielt ret i denne bemærkning, men det er vel egentlig heller ikke EF-Domstolens opgave at udstikke sådanne retningslinjer. Det vil være mest nærliggende, at disse formuleres af den mest kompetente domstol, nemlig EMD. Sammenfattende kan man sige, at dommen i Lindquist-sagen har ført til, at det konkrete indhold i persondatadirektivet er blevet mere klart, end det hidtil har været. Dette smitter selvfølgelig også af på fortolkningen af de pågældende bestemmelser i den danske persondatalov, men fører også til en konstatering af, at lovens § 8 ved en eventuel forelæggelse for EF-Domstolen vil blive anset for direktivstridig.

Blume kommer sluttelig i sin artikel ind på Domstolens fremtidige rolle på det databeskyttelsesretlige område. *"Dommen illustrerer det nyttige i, at databeskyttelsesretten underkastes en judiciel vurdering, hvilket der hverken hos os eller i andre EU-lande er nogen tradition for.*

550 Blume, a. st., s. 49.
551 Blume, a. st.

EF-Domstolen er nu en central spiller, og det er vigtigt at være opmærksom på dette. Særligt gælder dette i forhold til muligheden for at intervenere i konkrete sager og dermed gøre Domstolen bekendt med de nationale synspunkter. ... Det har hidtil været usikkert, i hvilket omfang Domstolen kom til at spille en rolle i databeskyttelsesretten, men nu er spillet for alvor begyndt. Fremover er det nødvendigt at have et højt opmærksomhedsniveau, idet det er sandsynligt, at Domstolen i stigende omfang vil normere de centrale dele af databeskyttelsesretten."[552] Som det er bemærket indledningsvis i dette afsnit[553], har EF-Domstolen pådømt endnu en sag med persondataretligt islæt, nemlig sagen om udlevering af passageroplysninger fra EU til USA. I denne sag kan Domstolen siges at sætte både Rådet og Kommissionen *på plads* og således annullere retsakterne i begge sagerne.

3.7.6 Hvordan er problemstillingen løst i Norge og Sverige?

Inden implementeringen af persondatadirektivet havde Norge og Sverige registerlovgivninger, som var stort set identiske med den danske. Når man skal forsøge at finde en løsning på de problemer, som er opstået i forbindelse med indførelsen af den særegne danske oplysningskategori i persondatalovens § 8, kan det derfor være hensigtsmæssigt at se på, om Norge og Sverige har haft tilsvarende problemer i forbindelse med deres implementering af persondatadirektivet, og i givet fald hvordan problemstillingen er løst i disse lande.

3.7.6.1 Norge

I den norske personregisterlovs[554] § 6 fandtes en regel, hvorefter registrering af personlige oplysninger skulle være sagligt begrundet ud fra hensynet til administration og virksomhed i det organ eller foretagende, som foretog registreringen. Medmindre det var nødvendigt, måtte der ikke registreres:

1. Oplysninger om race, eller politisk eller religiøs overbevisning
2. Oplysninger om, at en person har været mistænkt, tiltalt eller dømt for strafbart forhold

552 Blume, a. st., s. 49f.
553 Ovenfor s. 253.
554 Lov om personregistre mm. af 9. juni 1978, nr. 48.

3. Oplysninger om helbredsforhold eller misbrug af rusmidler
4. Oplysninger om seksuelle forhold
5. Andre oplysninger om familieforhold, herunder slægtskab eller familiestatus, formueforhold mellem ægtefæller og forsørgelsesbyrde

Som udgangspunkt stod Norge altså med de samme problemer som Danmark, da landet skulle implementere persondatadirektivet. I den norske implementering af persondatadirektivet – *personopplysningsloven*[555] – findes en definition på følsomme – *sensitive* – oplysninger i § 2, nr. 8, som opregner følgende oplysningstyper som værende sensitive:

a) rasemessig eller etnisk bakgrunn, eller politisk, filosofisk eller religiøs oppfatning,
b) at en person har vært mistenkt, siktet, tiltalt eller dømt for en straffbar handling,
c) helseforhold,
d) seksuelle forhold,
e) medlemskap i fagforeninger.

Af ovenstående opregning fremgår det, at Norge også har måttet indskrænke oplysningskategorien vedrørende *sensitive oplysninger*, men man har ikke forsøgt at løse problemstillingen på samme måde som i Danmark. I den norske betænkning til personopplysningsloven gives udtryk for følgende:

> *"Personregisterloven § 6 annet ledd nr. 5 (opplysninger om familieforhold) er ikke tatt med i den nye oppregningen av sensitive opplysninger. Dette er ikke ment å medføre materielle endringer. Den nåværende beskrivelsen i nr. 5 er uklar og det er vanskelig å se hvilke opplysninger som er ment omfattet av bestemmelsen. Utvalget legger til grunn at de opplysningene den først og fremst vil være aktuell for også vil omfattes av lovens oppregning i bokstav c) (opplysninger om helseforhold). Dette gjelder blant annet en rekke opplysninger om ulike sosiale forhold. Opplysninger om helseforhold er presisert slik at det klarere enn i dag fremgår at dette også omfatter opplysninger om arveegenskaper og misbruk av rusmidler. Det er mange forskjellige typer opplysninger som omfattes av c) (helseforhold). I tillegg til opplysninger om forskjellige fysiske mangler eller lidelser omfattes opplysninger om psykiske lidelser, sosial tilpasningsevne, omsorgsevne mv. Opplysninger om sosiale forhold mer*

555 Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) af 14. april 2000, nr. 31.

generelt vil regnes som helseforhold i lovens forstand dersom forholdene i hht forebyggende helsearbeid kan medføre helseproblemer, eller dersom forholdene faktisk medfører slik problemer. Enhver påstand om en slik sammenheng er imidlertid ikke tilstrekkelig, det må vurderes konkret hvor sannsynlig det er at de aktuelle sosiale forholdene har helsemessig betydning."[556]

Dette udgangspunkt, at regne oplysninger om forskellige sociale forhold som helbredsmæssige oplysninger, stemmer umiddelbart ikke med den danske opfattelse på dette område, hvor det ikke blev anset for at stemme overens med direktivet at medtage oplysninger om sociale forhold under de helbredsmæssige oplysninger. I den danske betænkning blev oplysninger om en persons tidligere, nuværende og fremtidige fysiske tilstand samt oplysninger om medicinmisbrug, misbrug af narkotika, alkohol og lignende nydelsesmidler anset for at være omfattet af helbredsmæssige forhold.[557] Dette er også tilfældet i svensk ret, hvor Länsrätten i Stockholm har fastslået, at en oplysning om, at en person oppebærer førtidspension eller *sjukbidrag*, ikke kan anses som oplysninger vedrørende personens helbredsmæssige forhold.[558]

3.7.6.2 Sverige

I den tidligere gældende svenske datalag[559] fandtes i § 4 bestemmelser om, at der skulle indhentes tilladelse til at oprette og føre et personregister, der indeholder:

1. Oplysninger om, at nogen mistænkes eller er dømt for en forbrydelse eller har aftjent straf eller undergået anden retsfølge for en forbrydelse eller har været genstand for tvangsanbringelse
2. Oplysninger om nogens sygdom, helbredstilstand eller seksualliv eller oplysninger om, at nogen har fået økonomisk hjælp eller været i forbindelse med de sociale myndigheder eller været genstand for behandling efter udlændingelovgivningen
3. Oplysninger om nogens race, politiske overbevisning, religion eller overbevisning i øvrigt

Ved implementeringen af persondatadirektivet havde Sverige altså problemer svarende til dem, som fandtes i Danmark og Norge.

556 NOU 1997:19, kapitel 21 med kommentaren til § 2, nr. 8.
557 Betænkning nr. 1345/1997, s. 231 og 448.
558 Dommen er refereret i: Öman og Lindblom: Personuppgiftslagen – en kommentar, s. 131.
559 Datalag (1973:289) af 11. maj 1973.

I den svenske implementering af persondatadirektivet – *personuppgiftslagen*[560] – findes bestemmelserne vedrørende de følsomme – *känsliga* – oplysninger i §§ 13-21. § 13 har følgende ordlyd:

"Förbud mot behandling av känsliga personuppgifter
13 § Det är förbjudet att behandla personuppgifter som avslöjar

a) ras eller etniskt ursprung,
b) politiska åsikter,
c) religiös eller filosofisk övertygelse, eller
d) medlemskap i fackförening.

Det är också förbjudet att behandla sådana personuppgifter som rör hälsa eller sexualliv. Uppgifter av den art som anges i första och andra styckena betecknas i denna lag som känsliga personuppgifter."

I §§ 14-20 findes regler, som medfører, at de *"känsliga personuppgifter"* alligevel kan behandles.

Ud fra ovenstående er det klart, at de lovgivende myndigheder i Sverige har haft de samme problemer vedrørende afgræsningen af direktivets opregning af følsomme oplysninger i forhold til den tidligere gældende datalag. I den svenske betænkning (SOU 1997:39) gives udtryk for, at det ville *"vare oförenligt med direktivet att utvidga tillämpningsområdet för direktivets bestämmelser om känsliga uppgifter till att omfatta allt det som regleras av särskilda regler enligt datalagen, dvs. uppgifter som ibland är helt artskilda i förhållande till de som i direktivet definieras som känsliga; att göra så skulle onekligen hindra det fria flödet av sådana uppgifter inom EG"*. Dog siger man videre i betænkningen *"Emellertid innebär de regler vi föreslår om när behandling av personuppgifter över huvud taget kan tillåtas t.ex. att enskilda som regel inte får behandla uppgifter om att någon fått socialhjälp eller varit intagen ens om enskilda med hänsyn till de sekretessbestämmelser som gäller kan få tag på sådana uppgifter."*[561]

I den svenske implementering af direktivets art. 8 vælger man dog en anden tilgang, end det var tilfældet i Danmark og Norge. Her begynder man med at fastslå, at det vil være uforeneligt med direktivet at udvide anvendelsesområdet for så vidt angår de følsomme oplysninger, således at også datalagens opregning af følsomme oplysninger kunne opretholdes. Hvis denne løsning ville

560 1998:204.
561 SOU 1997:39, s. 367.

blive valgt, ville det hindre den frie bevægelighed for denne type af oplysninger inden for EU. Svenskerne mener dog, at de foreslåede regler om de tilfælde, hvor behandling af personlige oplysninger i det hele taget kan lade sig gøre – for eksempel at privatpersoner som regel ikke må behandle oplysninger om, at nogen har fået socialhjælp eller været indlagt engang – vil kunne omfatte disse typer af oplysninger.

Afsluttende kan man sige, at Norge og Sverige har haft de samme problemer som Danmark i forbindelse med implementeringen af direktivets bestemmelser om følsomme oplysninger. Den norske betænkning slår, ligesom de danske lovforslag, fast, at den indskrænkning af typer af oplysninger, der skal betragtes som sensitive, ikke skal medføre materielle ændringer. Nordmændene indfortolker således oplysninger om familieforhold under oplysninger om helbredsmæssige forhold. De helbredsmæssige forhold skal således også indbefatte en række oplysninger om sociale forhold. Ud fra lovteksten er den norske konstruktion ikke helt så åbenbart direktivstridig som den danske, men spørgsmålet er, om ikke også denne løsning vil blive kendt direktivstridig ved en eventuel forelæggelse for EØS-domstolen. Svenskerne gør ikke noget forsøg på at udvide anvendelsesområdet for så vidt angår de følsomme oplysninger, men konstaterer i denne forbindelse blot, at en sådan udvidelse vil være uforenelig med direktivet. Det er dog vanskeligt at se, om svenskerne ubetinget accepterer tingenes tilstand, eller om der ligger mere mellem linjerne, end man umiddelbart kan se.

Kapitel 4

Den Europæiske Menneske-rettighedskonvention

Nærværende afhandling slog indledningsvist fast, at fremstillingen skulle tage udgangspunkt i den nationale persondatalovgivning. Med baggrund i dette udgangspunkt kan et kapitel vedrørende den europæiske menneskerettighedskonvention umiddelbart virke malplaceret. Ved nærmere eftertanke er sammenhængen mellem den nationale persondatalov, og herunder persondatadirektivet, og EMRK dog ikke fjern. Beskyttelsen af privatlivets fred fremhæves allerede i formålsbestemmelsen i persondatadirektivets art. 1, stk. 1, hvorefter et af hovedformålene med direktivet er beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, herunder privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger.

Den danske persondatalov gengiver ikke direkte kravet om beskyttelse af privatlivets fred, men i lovens § 2, stk. 2, opregnes et af de modhensyn, som findes i forhold til denne beskyttelse, nemlig ytringsfriheden i EMRK art. 10.

EMRK's betydning i forhold til en fællesskabsretlig beskyttelse af personoplysninger ses også i begge de afgørelser, som EF-Domstolen indtil nu har truffet. Som det er fremgået ovenfor[1] anvendte EF-Domstolen EMRK art. 8 i ÖFR og EMRK art. 10 i Lindquist.[2] Man kan således sige, at afstanden mellem den fællesskabsretlige beskyttelse af personoplysninger og EMRK's beskyttelse af privatlivets fred med tilhørende modhensyn ikke er stor.

Den følgende fremstilling beskæftiger sig i afs. 3.1 med retten til privatliv i EMRK art. 8. I det efterfølgende afsnit behandles væsent-

1 Afs. 3.7.5.1 og 3.7.5.2.

2 EF-Domstolens anvendelse af EMRK art. 8 og 10 i de to nævnte domme er også berørt af Holst-Christensen, Nina: EF-Domstolens anvendelse af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol siden 1991 i Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, s. 163ff. med note 16.

lige modhensyn til denne rettighed, nemlig nødvendighed og proportionalitet i afs. 4.2.1 og ytringsfrihed i afs. 4.2.2.

I forhold til afhandlingens overordnede systematik, hvor persondataretten behandles i Del II og proportionalitetsprincippet i Del III, virker det ikke umiddelbart hensigtsmæssigt at medtage det proportionalitetsprincip, som anvendes i EMRK, i nærværende del. Dette brud på afhandlingens overordnede systematik bunder i den tætte sammenhæng, som er mellem beskyttelsen af privatlivets fred og det modhensyn, som ligger i kravene om nødvendighed og proportionalitet. Det ville virke søgt at adskille de to begreber, hvis det eneste formål var at opretholde den overordnede sondring i afhandlingens to hoveddele.

4.1 Retten til privatliv

Art. 8 hører til de i praksis mest betydningsfulde materielle konventionsrettigheder, hvilket skyldes dels artiklens relativt brede affatning, dels det forhold, at den moderne stats regulering i meget vidt omfang retter sig mod den enkeltes privatliv. EMD har realitetsbehandlet art. 8 i knapt 250 domme, og der er i alt af EMK og EMD taget stilling i over 2.300 admissibility-sager,[3] hvori art. 8 har været påberåbt som grundlag for klagen.[4]

EMRK art. 8 har følgende ordlyd:

> *"Stk. 1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance*
>
> *Stk. 2. Ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, medmindre det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder."*[5]

---

3 Sager, der antages til realitetsbehandling. Se blandt andet om betingelserne i Rehof og Trier, s. 528ff.

4 Lorenzen, Peer m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 1-10), 2. udg., s. 380.

5 Den engelske version lyder som følger: *"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder*

Art. 8 indeholder således fire rettigheder: Retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondance. Afgrænsningen mellem de enkelte rettigheder er ikke helt entydig eller skarp, og begrebet privatliv fungerer desuden som en art overbegreb, hvis selvstændige indhold er noget diffust. Både i henseende til de beskyttede rettigheder og hvad angår karakteren af den statslige forpligtelse, har art. 8 et potentielt meget vidt anvendelsesområde, og bestemmelsen vil kunne påberåbes i mange forskellige sammenhænge.[6]

Offentlige myndigheders opbevaring af data, der har forbindelse til enkeltpersoners privatliv, er omfattet af retten til respekt for privatliv. Domstolen har i en dom fra 2000 udtalt, at begrebet privatliv ikke skal fortolkes indskrænkende, idet en bred fortolkning er bedst stemmende med Europarådets konvention 108/81.[7] Når en offentlig myndighed videregiver rent personlige og følsomme oplysninger om private til en anden offentlig myndighed, vil videregivelsen udgøre et indgreb i den berørtes ret til privatliv. Det gør ikke nogen forskel, at der sker videregivelse til en myndighed, der også er underlagt tavshedspligt, idet oplysningerne bliver kendt for en større kreds.[8] Domstolen anser beskyttelsen af personlige oplysninger, herunder i særdeleshed helbredsoplysninger, som helt centrale for individets ret til et privatliv. Der stilles derfor krav om, at der skal være visse retssikkerhedsgarantier, der kan beskytte mod videregivelse i strid med art. 8.[9] Dette forhold understreges også i den nedenfor berørte dom i Z vs. Finland.

I forhold til den danske grundlov er der i EMRK art. 8 tale om frihedsrettigheder, der rækker betydeligt videre. Grundloven beskytter i § 72 bolig og korrespondance mv., men bestemmelsen har slet ikke en privat- eller familielivsbeskyttelse, som når op på siden af den, der findes i EMRK.[10]

---

or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

6 Lorenzen, a. st., s. 380.

7 Amann vs. Schweiz af 16. februar 2000, pr. 65 behandlet i Kjølbro, Jon Fridrik: Den europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 471. Se om Europa Rådets konventionen 108/81 ovenfor i afs. 1.1.1, s. 25.

8 M.S. vs. Sverige af 27. august 1997, pr. 35.

9 Kjølbro, Jon Fridrik, a. st., s. 472f.

10 Werlauff: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 110.

4.2 Modhensyn til retten til privatliv

4.2.1 Nødvendighed og proportionalitet

Det væsentligste modhensyn i retten til privatlivets fred findes i EMRK art. 8, stk. 2, som er gengivet ovenfor. Opregningen er udtømmende, og i praksis ligger den væsentligste begrænsning på staternes frie råden i kravet om, at indgreb skal være *nødvendige* i et demokratisk samfund. Der er overladt staterne en vis skønsmargen med hensyn til, hvad der er nødvendigt ud fra de elementer, der er opregnet i den enkelte bestemmelse. Ud over disse konventionsfæstede krav må den pågældende indskrænkning ikke gå *væsentligt videre*, end hvad der kræves til varetagelse af disse hensyn, dvs. en proportionalitetsbetingelse.[11] Da bestemmelsen i art. 8, stk. 2, er udtryk for en undtagelsesbestemmelse, skal den fortolkes indskrænkende, og behovet for at gøre indgreb skal derfor godtgøres på en overbevisende måde.[12]

Den første gang EMD tog skridt til udfyldning af det nødvendighedskrav, som findes i flere undtagelsesbestemmelser i EMRK, var med dommen i *Handyside*,[13] som handlede om ytringsfriheden i EMRK art. 10. I denne afgørelse betragtede EMD proportionalitet *"with the legitimate aim pursued"*,[14] ikke som en autonom tilstand, men snarere som en naturlig følge af kravet om, at det skal være *"nødvendigt i et demokratisk samfund"*. Det er således ikke tilstrækkeligt, at indgrebet er nyttigt, rimeligt og ønskeligt, eller at staten har udøvet sit skøn rimeligt, forsigtigt og i god tro (*"reasonably, carefully and in god faith"*). Det kræves dog ikke, at indgrebet er uomgængeligt nødvendigt (*"indispensible"*), og staten har også den nedenfor omtalte skønsmargen. Prøvelsen omfatter hensyn til indgrebets følelighed og intensitet, det konkrete formål med statens restriktioner og hvilken aktivitet klagen angår, samt hvilke alternativer staten og klageren havde. Vurderingen har karakter af en helhedsvurdering. Alle relevante fakta inddrages og vurderes som en helhed.[15]

Siden denne afgørelse har domstolens fremgangsmåde været

---

11 Werlauff, Erik: Menneskeretlige modhensyn – om undtagelserne til menneskerettighedernes 'stk. 2' i Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, s. 395, ligeledes Rehof og Trier: Menneskeret, s. 184.

12 Kjølbro, Jon Fridrik, a. st., s. 429.

13 Handyside vs. United Kingdom af 7. december 1976.

14 Handyside, pr. 49.

15 Lorenzen, a. st., s. 55.

uændret, og er specielt blevet udtrykt mere klart. I den efterfølgende *Sunday Times*[16] henviser EMD til sin egen fastsættelse af, hvad der skal betegnes som *nødvendigt* i Handyside-sagen.

EMD har blandt andet udfyldt kravet om nødvendighed i *Gillow*-sagen,[17] hvor præmis 55 har følgende ordlyd: *"As to the principles relevant to the assessment of the 'necessity' of a given measure 'in a democratic society', reference should be made to the Court's case-law (see, notably, the Lingens judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, pp. 25-26, paras. 39-40). The notion of* ***necessity*** *implies a pressing social need; in particular, the measure employed must be* ***proportionate*** *to the legitimate aim pursued. In addition, the scope of the margin of appreciation enjoyed by the national authorities will depend not only on the nature of the aim of the restriction but also on the nature of the right involved."*[18] [Min fremhævelse].

Da ovenstående domme ikke går længere end til slutningen af 1980'erne, er det væsentligt at pege på, at Domstolens praksis stadig er i overensstemmelse med ovenstående. Følgende citat er fra *Hasse*-sagen,[19] som er afsagt i 2004. I modsætning til ovenstående vedrører sagen EMRK art. 8, stk. 2:

"In determining whether the impugned measure was 'necessary in a democratic society', the Court has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify this measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 of the Convention. The notion of ***necessity*** *implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is* ***proportionate*** *to the legitimate aim pursued."*[20] [Min fremhævelse].

Bedømmelsen af, om nødvendighedskriteriet er opfyldt, baseres på, om der kan henvises til rimelige og objektive kriterier, som kan understøtte *nødvendigheden*. Det er den indklagede stat, der har bevisbyrden for, at indgrebet må anses for *nødvendigt*. Staternes skønsmargen er ikke et udtryk for, at statens angivelse af, hvad den finder nødvendigt, udgør det sidste ord i sagen. EMD foretager selv en vurdering af dette, da der som minimum må angives de momenter, som gør der konkrete indgreb nødvendigt.[21] Det er ofte blevet fremhævet af Domstolen, at det ikke er dennes opgave

16 Sunday Times vs. United Kingdom af 26. april 1979.
17 Gillow vs. United Kingdom af 24. november 1986.
18 Gillow, pr. 55.
19 Hasse vs. Germany af 8. april 2004. Der kan også peges på afgørelsen af 26. februar 2004 i Gorgulu vs. Germany, pr. 41-43.
20 Hasse, pr. 88.
21 Werlauff: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 72.

at træde i de nationale myndigheders sted ved udøvelsen af deres beføjelser, idet de nationale myndigheder har fordel af at have direkte kontakt med de involverede, og at de derfor bedre er i stand til at træffe de involverede afgørelser. EMD's opgave er derimod i henhold til konventionen at efterprøve de afgørelser, som de nationale myndigheder har truffet ved udøvelsen af deres beføjelser. I denne forbindelse ser Domstolen på, om de nationale myndigheders begrundelser for at foretage de anfægtede indgreb i privatlivets fred er relevante og tilstrækkelige.[22]

Eissen udtrykker forholdet mellem kravet om nødvendighed og kravet om proportionalitet på følgende måde: *"From 'nesessity' to proportionality is but a small step, since for a measure to be necessary it must surely correspond to a 'pressing social need' both as a matter of principle and regarding its impact, its scale and its compass."*[23]

Intet sted i EMRK eller dennes tillægsprotokoller findes ordet *proportionalitet*. Dette til trods for, at princippet med tiden har fået meget stor betydning i EMD's praksis. Proportionalitetsprincippet er blevet karakteriseret som *"centralt, ja måske som den væsentligste maksime ved fastlæggelsen af den konkrete klagers rettigheder. Der er en klar tendens til at formulere afgørelserne som en vurdering af helt særlige faktiske forhold i den enkelte klagers sag. EMD søger oftest at undgå en underkendelse af den nationale retstilstand i generelle vendinger, men nøjes med at konstatere, at der konkret ikke har været proportionalitet mellem indgrebet og den derved pålagte byrde for klager."*[24]

"Proportionalitetsbetragtninger er udtryk for en retpolitisk opfattelse, som selvsagt varierer over tid, og som i deres nuværende udformning er af nyere dato. Den skal nu fortolkes i overensstemmelse med EMRK's krav."[25]

I forbindelse med proportionalitetsvurderingen skal undersøges, om indgrebet i frihedsrettigheden er proportionalt i forhold til de modsatrettede hensyn, som indgrebet tilsigter at varetage. Der vil i denne forbindelse blive set på, om indgrebet er meget strengt og ufravigeligt, eller om det snarere er fleksibelt, så det kan tilpasses den konkrete situation og dermed undgå et dybere indgreb end nødvendigt.[26]

Kravet om proportionalitet udgør således en modvægt til statens

---

22 Kjølbro, Jon Fridrik, a. st., s. 430.
23 Eissen, a. st., s. 126 og ligeledes Rehof og Trier: Menneskeret, s. 184.
24 Rehof og Trier: Menneskeret, s. 124.
25 Werlauff, a. st, s. 111.
26 Werlauff, a. st., s. 74.

skønsmargen, idet hensynet til proportionalitet indskrænker statens råderum, hvor skønsmargenen udvider det. EMD anvender ofte proportionalitetsbetegnelsen for at undgå en generel underkendelse af den nationale retstilstand, selvom der konkret statueres krænkelse. Proportionalitetskravet er i sagens natur ikke entydigt, men det indeholder navnlig, i overensstemmelse med den almindelige forståelse af begrebet, et krav om, at staten skal vælge en mindre indgribende form for restriktion frem for en mere indgribende, og at indgrebets intensitet skal stå i et rimeligt forhold til det angivne mål. I princippet ligger tillige, at et ganske beskedent indgreb med en – isoleret set – beskeden sanktion efter omstændighederne kan være uproportional.[27]

"Margin of appreciation' har sit væsentligste anvendelsesområde i forhold til proportionalitetsprincippet, herunder ikke mindst 'nødvendighedstesten' efter bestemmelserne i stk. 2 i art. 8-11. Doktrinens praktiske betydning er imidlertid ikke let at bedømme, fordi rækkevidden er relativ. Det spiller således en væsentlig rolle, hvilken rettighed der er tale om, og hvilket formål der ligger bag indgrebet."[28] Skønsmargenen bliver således fastlagt konkret fra sag til sag. Margenen er således vidtgående, hvis sagen rejser spørgsmål om den lovgivende magts grænser (mangel på konsensus på det givne område blandt Europa Rådets medlemsstater, store kulturelt betingede forskelle, sagen vedrører positive forpligtelser, klagerens påstand indebærer et krav om statuering af underforståede rettigheder). Efter omstændighederne indsnævres margenen derimod, hvis sagen drejer sig om fundamentale rettigheder i et demokratisk samfund (f.eks. ytringsfriheden), hvis det omstridte indgreb er meget væsentligt og intenst, og hvis et lands retstilstand afviger fra Europa Rådets øvrige medlemsstaters.[29]

Werlauff beskriver forholdet på følgende måde: *"Hvis der foreligger et indgreb i en frihedsrettighed, men at det er konstateret af EMD, indgrebet er sket 'i overensstemmelse med loven', og at indgrebet ud fra rimelige og objektive kriterier er fundet 'nødvendigt' i et demokratisk samfund på grundlag af hensyn, der er hjemlet i 'stk. 2' i den pågældende EMRK-bestemmelse, skal indgrebet passere en sidste forhindring, før EMD anerkender det og konstaterer, at der ikke foreligger en krænkelse af EMRK: Det skal konstateres, at indgrebet i frihedsrettigheden ikke er uproportionalt i forhold til de modsatrettede hensyn, indgrebet tilsiger at varetage."*[30] For-

27 Lorenzen, a. st., s. 55f.
28 Lorenzen, a. st., s. 23.
29 Lorenzen, a. st., s. 24.
30 Werlauff, a. st., s. 74.

fatteren giver yderligere udtryk for, at interessen samler sig om den konkrete afvejning af modsatrettede hensyn, der skal foretages af de regelanvendende myndigheder i staten. Afvejningen vil så ske mellem på den ene side en frihedsrettighed, og på den anden side nogle modsatrettede hensyn, som findes i den relevante bestemmelse i EMRK, eller som efter omstændighederne kan være en anden eller tilsvarende grundrettighed, som tilkommer andre.[31]

Princippet om staternes skønsmargen er mere komplekst og rummer væsentlige spørgsmål om modsatrettede rettigheder, end det ved første øjekast ser ud til. Dette gælder specielt, når der er tale om rettigheder, som i EMD's praksis udvikler sig dynamisk. I modsætning til statiske rettigheder, vil en dynamisk og udvidende fortolkning af den ene rettighed kunne gøre et utilsigtet indhug i den anden.[32] Dette kan blandt andet ses i forholdet mellem rettighederne i EMRK art. 8 og 10. Hvis EMD udvider beskyttelsen af de personlige oplysninger på f.eks. internettet, vil dette i nogle tilfælde medføre, at ytringsfriheden indskrænkes.

Ved proportionalitetsvurderingen stiller EMD i praksis krav om, at statens begrundelse for et foretaget indgreb er relevant og tilstrækkelig. Med relevanskriteriet sigtes der primært til forbuddet mod magtfordrejning. Staten må ikke med en anden begrundelse end den reelt bagvedliggende gribe ind i borgernes rettigheder. Der er således nær sammenhæng mellem kravet om relevant begrundelse på den ene side og betingelsen om lovlige hensyn og art. 18[33] på den anden.[34]

McBride karakteriserer, meget rammende, forholdet mellem proportionalitetsprincippet og staternes skønsmargen på følgende måde: *"The difficulty with criticising the application of a proportionality test is that one is inevitably disputing the merits of a particular restriction and disagreement with the European Court's approach can be regarded as no more than dissatisfaction with a particular outcome. Nevertheless the danger that faces the Court, particularly if it allows the margin of appreciation to weaken the test of proportionality without at least articulating more fully the rationale for the differential approaches pursued, is that its own rulings might be seen less as principled evaluations and more as its*

---

31 Werlauff, a. st., s. 69.

32 Werlauff, a. st., s. 70.

33 EMRK art. 18 har overskriften: *Begrænsninger i brug af indskrænkninger i rettigheder*. Bestemmelsen har følgende ordlyd: *"De indskrænkninger, som er tilladt efter denne konvention i de her nævnte rettigheder og friheder, må ikke anvendes i nogen anden hensigt end den, som de er foreskrevet for."*

34 Lorenzen, a. st., s. 56.

own arbitrary preference for the balance to be achieved between different rights and interests. Such a perception, regardless of whether it is justified, could have an adverse effect on the legitimacy of the Court's position in the longer term. However, despite such reservations, the willingness of the Court to apply the proportionality test must also be understood as being a key element in the protection of human rights which is being afforded by the European Convention mechanism."[35]

I forhold til staternes skønsmargen er det væsentligt at være opmærksom på, at denne er indskrænket, når det drejer sig om sager, som behandler personlige oplysninger. Dette fastslog domstolen i *Z vs. Finland*.[36] Konkret drejede sagen sig om afsløringen af helbredsoplysninger i en retssag uden klagerens samtykke, inklusiv oplysninger om HIV. EMD fastslog, at beskyttelsen af personlige oplysninger, herunder specielt helbredsoplysninger, er specielt vigtige for en persons glæde i forbindelse med respekten for hans eller hendes privatliv og familieliv, som det er garanteret efter konventionens art. 8. National ret må derfor yde en tilstrækkelig beskyttelse for at forhindre sådanne meddelelser eller offentliggørelser af personlige helbredsoplysninger, som uforenelig med de garantier, der findes i konventionens art. 8.[37]

Domstolen fastslår, at disse overvejelser er *"especially valid as regards protection of the confidentiality of information about a person's HIV infection"*. Og videre, at *"The interests in protecting the confidentiality of such information will therefore weigh heavily in the balance in determining whether the interference was proportionate to the legitimate aim pursued. Such interference cannot be compatible with Article 8 of the Convention (art. 8) unless it is justified by an overriding requirement in the public interest."*[38]

På denne baggrund fastslår domstolen sluttelig følgende: *"In view of the highly intimate and sensitive nature of information concerning a person's HIV status, any State measures compelling communication or disclosure of such information without the consent of the patient call for the most careful scrutiny on the part of the Court, as do the safeguards designed to secure an effective protection"*.[39] I samme åndedrag fastslår domstolen dog også, at den accepterer, at patientens og samfundets interesse skal ses under ét i forbindelse med beskyttelsen

35 McBride, a. st., s. 35.
36 Z vs. Finland af 25. februar 1997.
37 Z vs. Finland, pr. 95.
38 Z vs. Finland, pr. 96.
39 Z vs. Finland, a. pr.

af helbredsoplysninger, og at denne interesse måske ikke vejer så tungt som interessen i efterforskning af forbrydelser og offentligheden i retssager, hvor sådanne interesser har vist sig at have endnu større betydning.[40]

"As to the issues regarding access by the public to personal data, the Court recognises that a margin of appreciation should be left to the competent national authorities in striking a fair balance between the interest of publicity of court proceedings, on the one hand, and the interests of a party or a third person in maintaining the confidentiality of such data, on the other hand. The scope of this margin will depend on such factors as the nature and seriousness of the interests at stake and the gravity of the interference."[41]

Det er således de nationale myndigheder, som skal sørge for at der er proportionalitet i forholdet mellem beskyttelsen af personlige helbredsoplysninger og efterforskning i retssager.

Efterfølgende har EMD behandlet en lignende problemstilling vedrørende offentliggørelse af personlige oplysninger i forbindelse med videoovervågning[42] i *Peck*-sagen,[43] hvor Peck blandt andet klagede over en afsløring af en videoovervågning (Closed-circuit Television, CCTV), som resulterede i, at billeder af ham selv blev offentliggjort og udsendt vidt og bredt. I februar 1994 installerede *Brentwood Borough Counsil* et videoovervågningssystem i Brentwood. I august 1995 led Peck af en depression som følge af personlige og familiære problemer. En aften kl. 23.30 gik han alene hen ad hovedgaden mod det centrale trafikknudepunkt i byen med en køkkenkniv i hånden, og han forsøgte på at begå selvmord ved at skære i sine håndled. Han stoppede ved knudepunktet og lænede sig ud over et gelænder og så på trafikken med kniven i hånden. Han var ikke vidende om, at et videoovervågningskamera, som var monteret på kørebanen filmede hans bevægelser. Billederne fra

---

40 Z vs. Finland, pr. 97.

41 Z vs. Finland, pr. 99. Domstolens samlede konklusion i sagen har følgende ordlyd: *"The Court thus reaches the conclusions that there has been no violation of Article 8 of the Convention (art. 8) (1) with respect to the orders requiring the applicant's medical advisers to give evidence or (2) with regard to the seizure of her medical records and their inclusion in the investigation file. On the other hand, it finds (3) that making the medical data concerned accessible to the public as early as 2002 would, if implemented, give rise to a violation of that Article (art. 8) and (4) that there has been a violation thereof (art. 8) with regard to the publication of the applicant's identity and medical condition in the Court of Appeal's judgment."* jf. pr. 114.

42 Se i øvrigt om proportionalitetsprincippet i persondataloven i forhold til kameraovervågning ovenfor afs. 3.3.3.2, s. 142ff.

43 Peck vs. United Kingdom af 28. januar 2003.

videoovervågningen afslørede senere, at det ikke var muligt at se, at klageren ville skære sig selv. Operatøren havde kun mulighed for at se, at en person med en kniv befandt sig på knudepunktet. Operatøren underrettede politiet, som sørgede for at få kniven fra han og få ham under medicinsk behandling. Cirka en måned senere besluttes det, at der skal offentliggøres dele af optagelserne fra videoovervågningen. Det første pressemateriale består af to billeder af klageren, som ikke er anonymiseret. Billederne bringes i forbindelse med en artikel med titlen: *Uskadeliggørelse – Samarbejdet mellem CCTV og politiet afværger en situation, som er potentielt farlig*. Efterfølgende offentliggøres billeder af klageren tre gange, i det sidste tilfælde til et gennemsnitligt publikum på 350.000 personer. I det sidstnævnte tilfælde er billederne forsøgt anonymiseret, men det fastslås efterfølgende, at dette er utilstrækkeligt, da klagerens karakteristiske frisure og skæg gør ham let genkendelig for enhver, som kender ham. Først i slutningen af oktober eller i november bliver klageren opmærksom på, at han er blevet filmet af videoovervågningen, og at optagelserne er blevet frigivet, fordi en nabo fortæller hans partner, at den førstnævnte har set ham på TV. Klageren foretog sig ikke yderligere, da han stadig led af den svære depression. Endelig offentliggøres billederne i ikke-anonymiseret form i trails til et BBC-show med gennemsnitlig 9,2 mio. seere.

I forbindelse med vurderingen af om afsløringen var *nødvendig i et demokratisk samfund*, overvejede domstolen, i overensstemmelse med overstående praksis, om, sagen set under ét, de grunde der var anført til at retfærdiggøre afsløringen var *relevante og tilstrækkelige* og om formålet var proportionalt i forhold til de lovligt forfulgte mål. EMD ender med følgende konklusion: *"In sum, the Court does not find that, in the circumstances of this case, there were relevant or sufficient reasons which would justify the direct disclosure by the Council to the public of stills from the footage in its own CCTV News article without the Council obtaining the applicant's consent or masking his identity, or which would justify its disclosures to the media without the Council taking steps to ensure so far as possible that such masking would be effected by the media. The crime-prevention objective and context of the disclosures demanded particular scrutiny and care in these respects in the present case."*[44]

Og videre: *"the Court does not find that the applicant's later voluntary media appearances diminish the serious nature of the interference or reduce*

[44] Peck, pr. 85.

the correlative requirement of care concerning disclosures. The applicant was the victim of a serious interference with his right to privacy involving national and local media coverage: it cannot therefore be held against him that he sought thereafter to avail himself of the media to expose and complain about that wrongdoing."[45]

Domstolen ender med at fastslå, at der er sket et brud på konventionens art. 8 *"Accordingly, the Court considers that the disclosures by the Council of the CCTV material in the CCTV News and to the Yellow Advertiser, Anglia Television and the BBC were not accompanied by sufficient safeguards to prevent disclosure inconsistent with the guarantees of respect for the applicant' private life contained in Article 8. As such, the disclosure constituted a disproportionate and therefore unjustified interference with his private life and a violation of Article 8 of the Convention."*[46]

Eissen kommer med følgende sammenfattede kommentar om proportionalitetsprincippets betydning for EMRK. *"Over the years proportionality has put down solid and lasting roots in the case-law of the European Court of Human Rights, and these roots will in all likelihood go even deeper, continuing to broaden the scope of the principle so as to embrace even more aspects of the Convention. Indeed the extent to which this has already occured suggest that it has even now acquired the status of a general principle in the Convention system, a status which it already has in numerous municipal legal system and in community law."*[47]

4.2.2 Ytringsfrihed

Beskyttelse af ytringsfriheden er reguleret i EMRK art. 10, som har følgende ordlyd:

> *"Stk. 1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser. Denne artikel forhindrer ikke stater i at kræve, at radio-, fjernsyns- eller filmforetagender kun må drives i henhold til bevilling.*
>
> *Stk. 2. Da udøvelsen af disse frihedsrettigheder medfører pligter og ansvar, kan den underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restrik-*

45 Peck, pr. 86.
46 Peck, pr. 87.
47 Eissen, a. st., s. 146.

tioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspredelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed."[48]

Bestemmelsen i EMRK art. 10 er direkte nævnt i persondatalovens § 2, stk. 2, hvorefter persondataloven ikke finder anvendelse, hvis det vil være i strid med EMRK art. 10. Ifølge bemærkningerne til det sidstfremsatte lovforslag til persondataloven er bestemmelsen indsat for at fjerne enhver tvivl om, at der ikke med lovforslaget gennemføres en regulering, der indebærer begrænsninger i den informations- og ytringsfrihed, der følger af den nævnte bestemmelse i EMRK. Det understreges ligeledes, at det betragtes som en selvfølge, at persondataloven i øvrigt administreres således, at der ikke handles i strid med Danmarks internationale forpligtelser, herunder de øvrige bestemmelser i EMRK.[49] Det skal dog nævnes, at EMRK – både for så vidt angår art. 8 og art. 10 – skulle overholdes, selv om dette ikke udtrykkeligt var foreskrevet i loven. Dette understreges også af EF-Domstolen i Lindquist-sagen, jf. umiddelbart nedenfor.

Bestemmelsen i persondatalovens § 2, stk. 2, har i flere tilfælde været genstand for prøvelse i Datatilsynets konkrete praksis. Det er dog væsentligt at understrege, at prøvelsen ikke angår persondatalovens § 2, stk. 2, isoleret set.

Det er fælles for en række af disse sager, at Datatilsynet understreger, at hensynet til informations- og ytringsfriheden skal medtages i interesseafvejningen af, om oplysninger må offentliggøres,

---

48 Den engelske version lyder som følger: *"1. Everyone has the right to freedom of expression. this right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or the rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."*

49 L 147, s. 87, 2. spalte og s. 88, 1. spalte og ligeledes Kristian Kortitz Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 70.

f.eks. på internettet. Dette skal gøres for at sikre, at persondatalovens regler ikke unødigt medfører indskrænkninger i disse frihedsrettigheder.[50]

I en afgørelse om *lokal-tv fra overvågningskameraer i indkøbscenter* giver Datatilsynet udtryk for, at bestemmelsen i § 2, stk. 2, yderligere vil medføre, at et periodisk skrift eller radio- eller tv-program, der indebærer udveksling af meningstilkendegivelser omfattet af ytringsfriheden, er undtaget fra persondataloven, uanset om der er tale om journalistisk eller kunstnerisk virksomhed. Det er i den forbindelse tilsynets opfattelse, at det konkrete tv-projekt måtte formodes netop at indbefatte menings- og tankeudvekslinger som omtalt i EMRK art. 10. Der blev herved lagt vægt på, at programmet skulle anvendes til at stille spørgsmålstegn ved byplanlæggeres anvendelse og opbygning af rum og beboelsesområder. Endvidere fandtes, at det var uden betydning for vurderingen i forhold til persondatalovens § 2, stk. 10,[51] at der i forbindelse med det konkrete tv-projekt alene anvendes allerede eksisterende overvågningskameraer til brug for transmissionen af udsendelserne, eller at billederne ligeledes blev gengivet på storskærme.[52]

I en sag om *sortlistning af virksomheder i træbranchen* fastslog Datatilsynet, ud over det ovenfor bemærkede generelle forhold, at selv om offentliggørelsen i den pågældende sag ikke udelukkende kunne siges at tjene informationsformål, måtte den ses som et led i organisationens samlede kampagne. Hertil kom, at der efter tilsynets opfattelse måtte gives vide rammer for den politiske og ideologiske debat vedrørende emner af almen samfundsinteresse. Hensynet til ytringsfriheden talte således med betydelig vægt imod at anse denne del af videregivelsen på hjemmesiden for et advarselsregister.[53]

I en sag om en *debatside på internettet* er det Datatilsynets opfattelse, at offentliggørelse af den ansattes navn, at sagen blev opkaldt efter den ansatte og kommentarerne om den ansattes person og deltagelse i sagsbehandlingen ikke medførte, at hensynet til den ansatte

---

50 2001-215-0050, DÅ 2001, s. 38ff., 2001-2221-0019, DÅ 2002, s. 56ff., 2003-219-148, DÅ 2003, s. 82ff.

51 Bestemmelsen i persondatalovens § 2, stk. 10, har følgende ordlyd: *"For behandling af oplysninger, som i øvrigt udelukkende finder sted i journalistisk øjemed, gælder alene bestemmelserne i lovens §§ 41, 42* [Behandlingssikkerhed] *og 69* [Erstatningsansvar]. *Det samme gælder for behandling af oplysninger, som alene sker med henblik på kunstnerisk eller litterær virksomhed."*

52 2002-321-0155, DÅ 2002, s. 42ff.

53 2001-2221-0019, DÅ 2002, s. 56ff.

oversteg den pågældendes hjemmesides adgang til og berettigede interesse i at kunne omtale den omhandlede sag – herunder den ansattes person på hjemmesiden. Datatilsynet lægger navnlig vægt på, at den pågældende hjemmeside i udpræget grad havde karakter af meningstilkendegivelser og subjektive vurderinger af den omhandlede sag, herunder den ansattes rolle i sagen, og at dette måtte stå læsere af hjemmesiden klart. Datatilsynet finder, at hensynet til ytringsfriheden, som indgår med betydelig vægt i tilsynets vurdering af den konkrete sag, må føre til, at der ikke i medfør af persondataloven var grundlag for at gribe ind over for omtalen af den ansatte i kommunen på den pågældende hjemmeside. Tilsvarende forhold gør sig gældende for så vidt angår de billedlige gengivelser af den ansatte. I denne sammenhæng er billederne en del af de meningstilkendegivende ytringer på hjemmesiden og opfattes som en form for karikaturtegninger.[54]

Ytringsfriheden, og herunder EMRK art. 10, var som tidligere nævnt også en del af EF-Domstolens vurdering i Lindquist-sagen.[55] Domstolen understregede, at de grundlæggende rettigheder har særlig betydning, og at det i denne forbindelse er nødvendigt at foretage en afvejning mellem på den ene side Bodil Lindquists ytringsfrihed og på den anden side beskyttelsen af privatlivet for de personer, som der lægges oplysninger om på internettet. De nationale myndigheder har derfor pligt til at fortolke den nationale ret på en måde, der er forenelig med direktivet, men samtidig også at sikre, at der ikke lægges en fortolkning til grund, som kommer i konflikt med de grundlæggende rettigheder, som beskyttes ved fællesskabets retsorden. Domstolens fortolkning i Lindquist understreger, at bestemmelsen i persondatalovens § 2, stk. 2, er overflødig, da ytringsfriheden vil skulle beskyttes under alle omstændigheder i kraft af Det Europæiske Fællesskabs traktatsikrede beskyttelse af disse grundlæggende rettigheder.[56]

I artiklen *Databeskyttelse og ytringsfrihed*[57] giver *Blume* udtryk for,

54 2003-219-148, DÅ 2003, s. 82ff.

55 Se ovenfor i afs. 3.7.5.2, s. 263ff.

56 I den umiddelbart nedenfor berørte artikel om databeskyttelse og ytringsfrihed giver Blume udtryk for, at bestemmelsens direktivmedholdelighed ikke er afklaret, men at dette næppe er problematisk, når der ses på den vægt, som menneskerettigheder i almindelighed tillægges i EU. Den manglende direktivmedholdelighed ville kunne komme frem, hvis bestemmelsen blev anvendt efter sin ordlyd, da denne indebærer en håndfast stillingtagen til afvejningsspørgsmålet mellem konfliktende grundrettigheder, jf. Blume: Databeskyttelse og ytringsfrihed i UfR2003B.215f.

57 Blume: Databeskyttelse og ytringsfrihed i UfR2003B.215.

at der består en klassisk konflikt mellem privatlivsbeskyttelse og retten til ytringsfrihed. Dette udsagn er efter min opfattelse lidt for firkantet. Jeg tror, at rettighederne skal sættes i forhold til hinanden, således at retten til privatlivets fred medfører den mindst mulige indskrænkning i ytringsfriheden, men dog således at den førstnævnte rettighed stadig gives beskyttelse. Forholdet mellem de to rettigheder blev også behandlet i *Henstilling 1/97. Databeskyttelseslovgivningen og medierne*.[58] Her understreges det, at de to grundlæggende rettigheder ikke må opfattes som grundlæggende modstridende. Hvis der ikke foreligger tilstrækkelige garantier for beskyttelse af privatlivets fred, vil den enkelte være tilbøjelig til at være tilbageholdende med at give udtryk for sine tanker. Tilsvarende vil en identificering og profilering af læsere og brugere af informationstjenester formentlig mindske den enkeltes ønske om at give og modtage meddelelser.[59]

Den svenske højesterets afgørelse i Ramsbro-sagen[60] fra 2001 er særdeles spændende derved, at den grundlæggende set behandler forholdet mellem beskyttelsen af personoplysninger og ytringsfriheden i EMRK art. 10. Börje R. havde i 1996 oprettet en hjemmeside med navnet *Stiftelsen Mot Nordbanken* (SMN). På denne side havde han publiceret et antal personoplysninger. På velkomstsiden angives det, at SMN er et *"forrum för belysning av bankers, finansbolags och enskilda kapitalisters skadegörelse före, under och efter bankkristen. Miljardrullningar som med sitt brottsliga inslag ännu inte nått sin kulmen. SMN ska gennom Internet förmedla kunskap, erfarenheter och råd för att förhindra en upprepning av denna genom tiderna största svenska samhällskandal i sitt slag. Allt för att folk skall kunna skydda sig mot skrupelfria bansker och samvetslösa nätverkskapitalister som hat satt i system att roffa åt sig ytterligare makt och medel på entreprenörers, uppfinnares och sämhällets bekostnad."* Tingsrättens dom indeholder en grundig gennemgang af hjemmesidens udformning, og det fremgår blandt andet, at hjemmesiderne indeholder personoplysninger og at en side – *Ved gabestokken* – indeholder en alfabetisk fortegnelse over 71 personer. Ved hvert navn er angivet arbejds- eller opdragsgivere og/eller stilling. Desuden findes links til andre sider, hvor den pågældende person nævnes.

---

58 Arbejdsgruppen vedrørende beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger: Henstilling 1/97. Databeskyttelseslovgivningen og medierne. Vedtaget den 25. februar 1997. Gengivet i bilagsbindet til Betænkning 1345/1997, s. 119ff.

59 Henstilling 1/97, s. 5 gengivet som bilag til Betænkning 1345/1997.

60 NJA 2001, s. 409 af 12. juni 2001.

Anklageskriftet mod Börje R. drejede sig om, at han i perioden februar 1997 til oktober 1997 havde lagt såvel integritetskrænkende som andre personoplysninger ud på internettet uden i overensstemmelse med *datalagen* at informere Datainspektionen. Gennem sine handlinger havde Börje R. overført personoplysninger til tredjelande, hvor de kunne gøres til genstand for behandling.

Den svenske *personuppgiftslagen* angiver i § 7, stk. 2, at undtagelsen fra blandt andet strafansvar for behandling af personoplysninger, som udelukkende sker til journalistiske formål, er baseret på direktivets artikel 9, som har følgende ordlyd: *"Medlemsstaterne fastsætter i forbindelse med behandling af personoplysninger, der udelukkende finder sted i journalistisk øjemed eller med henblik på kunstnerisk eller litterær virksomhed, kun fritagelser eller undtagelser fra bestemmelserne i dette kapitel* [Kapitel 2] *og i kapitel IV* [Oplysningspligt over for den registrerede] og VI [Undtagelser og begrænsninger], *for så vidt som de er* ***nødvendige*** *for at forene retten til privatlivs fred med reglerne for ytringsfrihed."*[61] [Min fremhævelse].

I forbindelse med fortolkningen af direktivets art. 9 kommer den svenske Højesteret med følgende udtalelse: *"När det gäller tolkningen av artikel 9 i direktivet finns det anledning att peka på att EU enligt artikel F.2 i fördraget om upprättande av Europeiska unionen* [nu art. 6, stk. 2] *skall respektera de grundläggande rättigheterna så som de garanterats i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och så som de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner."* Efter at have været inde på den mulige konflikt mellem EMRK art. 8 og art. 10 udtales: *"Det finns inte anledning att anta att direktivet i nu berörda hänseenden skulle tolkas på annat sätt än i överensstämmelse med Europakonventionen."* Domstolen kommer efterfølgende ind på, at en mulig konflikt mellem de to omtalte bestemmelser i EMRK løses ved hjælp af proportionalitetsprincippet, som i denne sammenhæng fører til, at der skal foretages en interesseafvejning mellem på den *ene* side interessen i at beskytte privatlivet og på den *anden* side interessen i at beskytte ytringsfriheden. Domstolen slår fast, at den undtagelse i journalistisk øjemed, som findes i både direktivet og personuppgiftslagen, udgør et forsøg på i mere generelle termer at foretage en sådan interesseafvejning. Og videre: *"Att uttrycket journalistiska*

---

61 Direktivets artikel 9 er i den danske persondatalov implementeret via § 2, stk. 10, og til dels § 2, stk. 2, som fastslår, *"... at loven ikke finder anvendelse, hvis det vil være i strid med informations- og ytringsfriheden, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 10"*.

ändamål använts kan under sådana förhållanden inte antas vara i avsikt att privilegiera etablerade massmedier eller personer som är yrkesverksamma inom sådana medier. Med uttrycket torde snarare få antas vara avsett att betona vikten av en fri informationsspridning i frågor av betydelse för allmänheten eller för grupper av människor och en fri debatt i samhällsfrågor." Selv om de svenske forarbejder til personuppgiftslagen giver udtryk for, at der skal være tale om *vedtagen* eller *seriös* journalistik, er det domstolens opfattelse, at der ikke skal medtages nogen form for kvalitetskriterium i vurderingen efter den svenske lovs § 7, stk. 2.

I forhold til den konkrete sag mod Börje R. og formålet med den omtalte hjemmeside udtaler domstolen: *"Det syfte för webbsidan som angetts på denna och som Börje R. utvecklat i målet måste mot den angivna bakgrunden anses ligga väl inom ramen för ett journalistiskt ändamål att informera, utöva kritik och väcka debatt om samhällsfrågor av betydelse för allmänheten. I vad mån sedan webbsidan kan anses motsvara godtagbar standard enligt de kriterier som man brukar använda när man värderar etablerad journalistisk verksamhet saknar i sig betydelse för bedömningen."* Og videre, *"Att webbsidan som sådan måste anses ha haft ett journalistiskt ändamål utesluter emellertid inte att det inom ramen för denna skulle kunna förekomma publicering och behandling av personuppgifter som inte kan anses ha haft ett journalistiskt ändamål. Publicering av uppgifter av rent privat karaktär kan exempelvis normalt inte anses ha ett journalistiskt ändamål helt oberoende av om publiceringen sker i ett sammanhang som i övrigt har journalistiska ändamål. Det saknar härvid i princip betydelse om uppgifterna angår personer som det lämnats också andra uppgifter om som får anses vara omfattade av det journalistiska ändamålet."* Domstolen finder derfor, at Börje R. har gjort gældende, at alle personoplysninger på hjemmeside omfattes af journalistiske formål. Datatilsynet mener ikke, at de krænkende eller nedværdigende personoplysningerne har nogen sammenhæng med journalistiske formål. *"Tvärtom får sådant anses utgöra ett normalt inslag inom ramen för en kritisk samhällsdebatt. Som Europadomstolen framhållit innefattar yttrandefriheten även rätten att framföra sådan information och sådana åsikter och tankar som kränker, chockerar eller stör."*

For at hjemmesiden ikke skal være omfattet af strafansvaret efter personuppgiftslagens § 7, stk. 2, kræves desuden, at behandlingen *udelukkende* finder sted i journalistisk øjemed. Anklageren gjorde i sagen gældende, at formålet var at sprede krænkende eller nedværdigende personoplysninger og at behandlingen af disse oplysninger med hensyn til dette i hvert tilfælde ikke skete udelukkende

i journalistisk øjemed. Til dette bemærker domstolen, at *"Något stöd för att uttrycket 'uteslutande' därutöver*[62] *också skulle tolkas så att det oberoende av att en publicering haft journalistiska ändamål skulle vara möjligt att med stöd av personuppgiftslagen bestraffa angrepp på annans goda namn och rykte kan inte anses föreligga. Detta innebär inte att det så länge som det föreligger ett journalistiskt ändamål står fritt att framföra uppgifter av det aktuella slaget. Uppgiftslämnandet kan vara straffbart som förtal enligt den reglering som finns för sådana brott med särskild försvarlighetsbedömning och möjlighet till sanningsbevisning. Något utrymme för att göra motsvarande bedömningar inom ramen för personuppgiftslagen finns däremot inte. Mot den bakgrunden måste det anses stå klart att straffansvaret enligt personuppgiftslagen inte heller kan avgränsas utifrån sådana kriterier."*

Den svenske Højesteret ender med at konkludere, at der ikke er fremkommet noget i sagen, som tyder på, at den behandling af personoplysninger, som sker på Börje R.s hjemmeside, ikke udelukkende sker i journalistisk øjemed. Börje R. frifindes derfor.

Dommen er kommenteret flere steder i den svenske juridiske litteratur. *Daniel Westman*[63] anser den svenske Højesterets dom for at være principielt vigtig og velovervejet. Dommen sætter beskyttelsen af personoplysninger ind i en ytringfrihedsretlig europæisk sammenhæng. Undtagelsen for så vidt angår journalistisk virksomhed er indsat for at værne om *fri informationsspredning* i spørgsmål af betydning for almenheden eller for grupper af mennesker, og om en *fri debat* i samfundsspørgsmål. Domstolen indikerer samtidig, at der findes grænser for, hvad der kan anses at udgøre anvendelse af personlige oplysninger i journalistisk øjemed. Normalt har den svenske Højesteret antaget, at publicering af oplysninger af helt privat karakter ikke kan antages at ske i journalistisk øjemed, uanset at publiceringen sker i en sammenhæng som i øvrigt har et journalistisk formål. Det fremgår imidlertid af EMD's praksis, at der findes situationer, hvor endda oplysninger af rent privat karakter kan omfattes af den beskyttelse, som findes i ytringsfriheden. Den svenske Højesterets dom udelukker da heller ikke, at andre former for anvendelse af personoplysninger skulle kunne falde uden

62 *"Begränsningen till* ***uteslutande*** *journalistiska ändamål syftar i första hand på att klargöra att sådan personuppgiftsbehandling som sker inom massmedia och av journalister för annat än redaktionella ändamål faller utanför undantaget. Massmedias behandling av personuppgifter för exempelvis fakturering, direktreklam eller kartläggning av läsarprofiler faller således utanför undantaget."*

63 Westman, Daniel: Personuppgiftsskydd och yttrandefrihet i Lov & Data nr. 67 (september 2001), s. 13ff.

for de journalistiske formål.[64] *Öman og Lindblom*[65] behandler også dommen i kommentaren til den svenske personuppgiftslagen og kommer med følgende meget rammende kommentar til dommen: *"Ramsbro-domen ger viktig vägledning vid publicering op Internet och visar att en betydande del av det som sker på Internet omfattas av undantaget. Samtidigt reser domen nya fragor: Hut avgör man vad som är en sådan samhällsfråga av betydelse för allmänheten att det är ett journalistiskt ändemål att informera, kritisera och debattera i den frågan? Vilka slags uppgifter har sådan rent privat karaktär att det inte är ett journalistiskt ändamål att publicera dem?"*[66]

64 Westman, Daniel, a. st.

65 Öman, Sören og Lindblom, Hans-Olof: Personuppgiftslagen. En kommentar, 2. udg., s. 83ff.

66 Öman og Lindblom, a. st., s. 87.

Kapitel 5

Del II: Afsluttende bemærkninger og vurderinger

Afhandlingens Del II behandler overordnet set persondataretten. *Kapitel 3* forsøger at fastlægge indholdet af de nødvendighedskrav, som findes i de grundlæggende behandlingsbestemmelser i persondatalovens §§ 6-8. Dette krav om nødvendighed har en tæt sammenhæng med de grundlæggende krav til behandling af personoplysninger i persondatalovens § 5, som bl.a. indeholder et krav om proportionalitet. *Kapitel 4* behandler den beskyttelse af personoplysninger, som overordnet set er knyttet til bestemmelsen i EMRK art. 8 vedrørende beskyttelsen af privatlivets fred.

De bestemmelser i persondatalovens §§ 5-8, som er relevante i forhold til nærværende fremstilling, indeholder alle begreberne *personoplysning*, eller bare oplysning, og *behandling*. Fastsættelsen af indholdet i disse to begreber bliver derfor væsentlig. Begrebet *personoplysning* er defineret i persondatalovens § 3, nr. 1, som værende *"Enhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person (den registrerede)."* Udtrykket *enhver form for information* skal forstås bredt. Et forhold, som også understreges i persondatadirektivets definition af begrebet. Her omtales elementer, som er særlige for en given persons egenskaber, spændende fra psykisk, fysisk og fysiologisk identitet hen over økonomisk, kulturel og social identitet. Datatilsynet har beskæftiget sig med afgrænsningen af begrebet i en række afgørelser. I sagen om Projekt JANUS[1] fastslås det, at forbindelsen mellem en personlig oplysning og en registreret kan være meget lille, og alligevel falde ind under begrebet. Datatilsynet har også fastslået, at oplysninger, der ikke som udgangspunkt kan betragtes som personoplysninger, f.eks. oplysninger om en ejendom, efter omstændighederne vil kunne henføres til ejeren og dermed blive omfattet af begrebet.[2] I denne forbindelse vil muligheden

1 2004-54-1508 ovenfor afs. 3.2.1, s. 91 og i afs. 3.5, s. 207ff.
2 2003-323-0101 ovenfor i afs. 3.2.1, s. 91.

for sammenkædning af oplysninger, således at relationen mellem oplysningerne og den registrerede fremkommer, også skulle tillægges vægt. Datatilsynet har også fastslået, at humant biologisk materiale[3] og matchværdier genereret i forbindelse med biometrisk identifikation[4] er at betragte som personlige oplysninger. Oplysninger om personer, som er sekundære i forhold til den egentlige genstand for behandlingen eller bipersoner, afdøde og krypterede oplysninger omfattes også af definitionen. Begrebet *behandling* er defineret i persondatalovens § 3, nr. 2, og dækker over enhver aktivitet, relateret til en personoplysning. På trods af begrebets bredde vil enkelte former for behandling skulle tillægges særlig betydning. Én af disse er *indsamling*, som tillægges speciel betydning i forhold til finalité-princippet i persondatalovens § 5, stk. 2. En anden er *videregivelse*, der betragtes som en særlig indgribende form for behandling, hvor den registrerede ikke længere ved, hvem der er at betragte som dataansvarlig. Videregivelsen bliver også central, fordi det er den eneste konkrete form for behandling, som er nævnt i de centrale behandlingsregler i persondatalovens §§ 6-8. Datatilsynet har beskæftiget sig med det konkrete indhold i behandlingsbegrebet i enkelte sager, hvor det er konstateret, at de handlinger, som finder sted i forbindelse med scanning af fingeraftryk, udregning af matchværdier og sammenligning i forhold til en database, er behandlinger, som er omfattet af begrebet.[5]

Persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led, indeholder et *overordnet proportionalitetsprincip*, som skal respekteres ved enhver behandling af personoplysninger, hvad enten disse kan karakteriseres som almindelige, følsomme eller semi-følsomme. Bestemmelsen indeholder et krav om, at de oplysninger, som behandles, ikke må indeholde mere, end hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil oplysninger indsamles, og de formål, hvortil de senere behandles. Umiddelbart vil det være vanskelig at sidestille kravet i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led, med den treleddede proportionalitetsvurdering, som blev introduceret indledningsvis i denne afhandling. Der er dog ingen tvivl om, at bestemmelsen i § 5, stk. 3, 2. led, er udtryk for en afvejning, der skal foretages i forhold til det formål som angivet i forbindelse med en given behandling af oplysninger. Kravet om, at afvejningen skal foretages i forhold til formålet med en behand-

3 2000-321-0049, DÅ 2000, s. 27f., ovenfor i afs. 3.2.1, s. 92.

4 2003-212-0143, DÅ 2003, s. 85ff. og 2004-219-0208 , ovenfor i afs. 3.3.3.1, s. 134ff. og s. 135ff.

5 Ovenfor i note 4.

ling af oplysninger, understreger den tætte sammenhæng, som er mellem proportionalitetsprincippet og finalité-princippet. Finalité-princippet er lovfæstet i persondatalovens § 5, stk. 2, hvorefter indsamling af oplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og at senere behandling ikke må være uforenelig med de oprindelige formål.

I forhold til EF-Domstolens konkrete udfyldning af proportionalitetsprincippet[6] i persondatadirektivet, blev det i ÖRF[7] fastslået, at direktivets art. 6, stk. 1, litra c, for det *første* ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som de i sagen omhandlede, og for det *andet* skal betragtes som ubetingede bestemmelser. Dette på trods af at persondatadirektivet indeholder en større eller mindre skønsbeføjelse for medlemsstaterne ved gennemførelse af visse af bestemmelserne i direktivet.

Datatilsynet har især beskæftiget sig med det overordnede proportionalitetsprincip i forhold til *biometri* og *kameraovervågning*, som begge kan karakteriseres som områder, der er resultatet af den teknologiske udvikling. Det er yderligere karakteristisk for områderne, at behandling af oplysninger kan medføre store indgreb i det enkelte menneskes integritet, specielt hvis den registrerede ikke selv er klar over, at der registreres oplysninger om den pågældende, eller selv er i besiddelse af de registrerede oplysninger. I forbindelse med anvendelse af biometri til identifikation, har Datatilsynet fastslået, at det i forbindelse med overholdelse af proportionalitetsprincippet i persondatalovens § 5, stk. 3, er afgørende, om den registrerede selv er i besiddelse af de registrerede biometriske oplysninger på eksempelvis et chipkort, eller om oplysningerne lagres i en central database, som den registrerede ikke har mulighed for at føre kontrol med.[8] Dette udgangspunkt stemmer overens med de retningslinjer, som art. 29-Gruppen har udstukket på området. I forbindelse med spørgsmålet om proportionaliteten af den enkelte gruppe af behandlede data understreges det, at biometriske data kun må anvendes, hvis de er relevante, tilstrækkelige og ikke omfatter mere, end hvad der kræves til opfyldelse af formålet. Altså en vurdering, som, på trods af den uoverensstemmende terminologi, minder meget om den treleddede proportionalitetsvurdering. Den svenske afgørelse om anvendelse af fingeraftryk på et gymnasium[9] viser, at der er tale

6 Og relevansprincippet.
7 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 ovenfor i afs. 3.7.5.1, s. 255ff.
8 Ovenfor i note 4.
9 Ovenfor i afs. 3.3.3.1, s. 139.

om en vanskelig vurdering. Endnu er der ikke to svenske instanser, som er kommet frem til overensstemmende løsninger på problemstillingen i sagen. For så vidt angår kameraovervågning har Datatilsynet fastslået, at det i forbindelse med overvågning er en klar forudsætning, at denne foretages med respekt af persondatalovens grundlæggende krav om proportionalitet.[10] Overvågningen skal gennemføres på en sådan måde, at den virker mindst muligt integritetskrænkende for den almindelige borger. Den dataansvarlige skal overveje, om det ønskede formål kan nås med mindre indgribende midler end overvågning og registrering. Enkeltstående tyverier og hærværkstilfælde, problemer med henkastning af affald, mobning, chikane og lignende bør efter tilsynets opfattelse ikke føre til kameraovervågning. Hvis der gennem flere år har kunnet konstateres stigende grad af vold mod ansatte i eksempelvis busser, og at andre forsøg på løsning af problemet har vist sig nyttesløse, vil iværksættelse af kameraovervågning ikke være i strid med proportionalitetsprincippet, og de andre grundlæggende principper i persondatalovens § 5. Datatilsynet slår også fast, at en kameraovervågning, som i øvrigt vil kunne ske efter reglerne i lovens §§ 6-8, kun bør finde sted, hvis den reelt bidrager til at forbedre de overvågede personers tryghed og modvirke kriminalitet. Art. 29-Gruppen trækker grænserne for anvendelse af kameraovervågning endnu tydeligere op. Kameraovervågningen skal være egnet og stå i forhold til de forfulgte formål. Dette indebærer, at overvågningen anvendes som supplement, at formålet er virkelig berettiget og at andre foranstaltninger har vist deres tydelige utilstrækkelighed.

I sagen om et udkast til en samtykkeerklæring forfattet af Foreningen af Statsautoriserede revisorer[11] fastslår Datatilsynet, at der ikke er den fornødne proportionalitet mellem omfanget af oplysninger og det fastsatte formål med registreringsordningen, herunder at behandlingen omfatter offentliggørelse på internettet.

Hvis man ser på de udtalelser, som art. 29-Gruppen er kommet med i forhold til biometri og kameraovervågning, kunne disse tyde på, at persondatadirektivets krav om proportionalitet indeholder noget mere end den afvejning, som ses i direktivteksten. I forhold til biometri kædes proportionalitetskravet sammen med krav om relevans, tilstrækkelighed og forholdsmæssighed, og i forhold til kameraovervågning kædes kravet om proportionalitet sammen

10 2003-313-0149 ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 143 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 182 og 2003-52-2308 ovenfor afs. 3.3.3.2, s. 146 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 178.

11 2003-233-0028 ovenfor afsnit 3.3, s. 104ff.

med et krav om egnethed og forholdsmæssighed. I begge tilfælde krav, som i meget høj grad minder om den klassiske treleddede proportionalitetsvurdering.

Princippet i persondatalovens § 5, stk. 5, om tidsbegrænsning indeholder et egentligt nødvendighedskrav svarende til det, der findes i proportionalitetsprincippet. Det er dog vanskeligt at adskille vurderingen efter henholdsvis § 5, stk. 3, og § 5, stk. 5, i konkrete tilfælde. Datatilsynet har givet udtryk for, at tidsbegrænsning er et element til sikring af overholdelse af proportionalitetsprincippet.[12] I afgørelsen om overvågning af busserne i Århus fastslår Datatilsynet, at det ifølge praksis er et yderligere element til sikring af, at proportionalitetsprincippet overholdes, at de optagne oplysninger slettes inden for en kortere periode. Tilsynet finder en opbevaringsperiode på 14 dage for lang i det konkrete tilfælde og henstiller derfor til, at de pågældende oplysninger maksimalt opbevares i syv dage.

Endelig kan princippet om god databehandlingsskik i persondatalovens § 5, stk. 1, også siges implicit at indeholde et proportionalitetsprincip. Dette forhold påpeges også af Lee Bygrave, som kan siges at have en anden tilgang til udfyldelsen af udtrykket *fairness* i direktivets art. 6, stk. 1, litra a. Ifølge forfatteren er begrebet ensbetydende med et krav om balance og proportionalitet i forhold til en given behandling af personoplysninger. Den tætte sammenhæng mellem proportionalitetsprincippet og kravet om god databehandlingsskik viser sig også i Datatilsynets praksis, da en række afgørelser behandler bestemmelserne i persondatalovens § 5, stk. 1-3, under ét.[13]

I forhold til behandling af *almindelige* oplysninger er det interesseafvejningen i § 6, stk. 1, nr. 7, som er mest interessant i forhold til afhandlingens problemstilling. Dette bunder i to forhold: for det *første* har Datatilsynet truffet mange afgørelser på dette område, og for det *andet* fordi kravet om interesseafvejning fører til, at bestemmelsen ikke har et objektivt indhold.

Hvis man sætter ordlyden af den interesseafvejningsregel, som findes i persondataloven, i forhold til den tilsvarende regel i persondatadirektivet, er der to ting, som vækker undren. Når man ser på persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, er det for det *første* ikke klart, hvorledes de to vurderinger, som er indeholdt i bestemmelsen, skal placeres i forhold til hinanden. Skal interesseafvejningen foretages før nødvendighedsvurderingen, eller skal vurderingen af behand-

12 2003-52-2308 ovenfor afs. 3.3.4, s. 155.

13 Ovenfor i afs. 3.3, s. 103ff.

lingens nødvendighed sættes før afvejningen af den dataansvarliges og den registreredes interesser i den konkrete behandling? Hvis man ser på den strikte ordlyd af bestemmelsen i persondataloven, kunne denne tyde på, at det er nødvendighedsvurderingen, som kommer først, og at interesseafvejningen er efterfølgende. Hvis dette udgangspunkt fulgtes i den konkrete retsanvendelse, ville det medføre, at afvejningen af den dataansvarliges berettigede interesse i forhold til hensynet til den registrerede kun ville komme ind i billedet i de tilfælde, hvor nødvendighedsvurderingen førte til, at en given behandling kunne anses for nødvendig i forhold til en dataansvarligs berettigede interesse.

Den tilsvarende bestemmelse i direktivets artikel 7, litra f, er ikke fuldstændig sammenfaldende med persondatalovens interesseafvejningsregel. Bestemmelsen indeholder krav om, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om, at behandling af personoplysninger kun må finde sted, hvis *"behandlingen er nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd*[14]*, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1*[15]*, i dette direktiv, går forud herfor."* Hvor persondataloven anvender udtrykket *og* i forbindelse med vurderingen af den dataansvarliges berettigede interesse i forhold til hensynet til den registrerede, anvender direktivet udtrykket *medmindre*. Yderligere taler direktivet om, at den *registreredes interesser* skal gå *forud* for den dataansvarliges forfølgelse af en legitim interesse, hvor persondataloven taler om, at *hensynet til den registrerede* ikke overstiger den dataansvarliges berettigede interesse. Udformningen af interesseafvejningsreglen i direktivet tyder på, at den registreredes interesse, og herunder hensyn til grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, *altid* vil veje tungere end den dataansvarliges legitime interesse. Dette fremgår ikke lige så klart af den danske udformning af bestemmelsen, hvor hensyn til den registrerede skal overstige den dataansvarliges berettigede interesse.

Det er ikke ordlyden i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, som fører til at der er tale om en interesseafvejningsregel, da det er

---

14 I det følgende anvendes udelukkende udtrykket *den dataansvarlige*.

15 Direktivets artikel 1, stk. 1, har følgende ordlyd: *"Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger."*

den dataansvarliges berettigede interesse, som skal vurderes i forhold til hensynet til den registrerede. Ordlyden af den tilsvarende direktivbestemmelse berettiger derimod til anvendelse af udtrykket *interesseafvejningsregel*. Her er der tale om en afvejning af interesser, nemlig den dataansvarliges legitime interesse i forhold til den registreredes interesse.

Hvis man retter blikket mod praksis for så vidt angår interesseafvejningsreglen, konstaterer man, at den norske datatilsynsafgørelse om kameraovervågning i NSB Persontog[16] er klar i forhold til ovenstående problemstilling. Den norske tilsynsmyndighed fastslår, at NSB Persontog har en berettiget interesse i at kameraovervåge passagererne. Spørgsmålet er efterfølgende, i hvilket omfang dette kan accepteres. Her er det en grundlæggende forudsætning, at tiltaget skal være proportionalt med det opstillede formål. På trods af, at nødvendighedskravet ikke direkte inddrages, er det alligevel en indikation af, at interesseafvejningen kommer før nødvendighedseller proportionalitetsvurderingen. Dette udgangspunkt ses også i flere afgørelser fra den danske tilsynsmyndighed. I sagen om Antipiratgruppen,[17] hvor det indledningsvis fastslås, at Antipiratgruppen har en berettiget interesse i at få de pågældende oplysninger fra teleselskaberne, men at der er væsentlige hensyn at tage til de registrerede, fordi udlevering af de pågældende oplysninger kan have betydelige konsekvenser for de registrerede personer. Her tillægges det især vægt, at sammenkædningen af oplysninger om IP-adresse og Antipiratgruppens oplysninger kan føre til oplysninger om formodede strafbare forhold, og derved altså en behandling, som dansk rets vedkommende skal ske efter persondatalovens § 8. Dette er også tilfældet i sagen om videregivelse af personoplysninger i forbindelse med sagen om boligstøtte.[18] Her anerkender Datatilsynet Boligministeriets interesse i at digitalisere boligstøttesagerne, men understreger samtidig, at denne skal afvejes i forhold til nødvendighedskravet. Denne tilgang til bestemmelsen i § 6, stk. 1, nr. 7, ses også i afgørelsen om offentliggørelse af personoplysninger i forbindelse med en afskedigelse.[19] Datatilsynet konstaterer først, at den pågældende virksomhed har en berettiget interesse i at videregive de pågældende oplysninger, således at virksomhedens ansatte informeres om organisations- og personaleændringer. I den

16 Ovenfor i afs. 3.4.3.2.2, s. 180.
17 2002-219-0135, DÅ 2003, s. 80ff. ovenfor i afsnit 3.4.3.2.3, s. 184.
18 2002-321-0174, DÅ 2002, s. 69ff. ovenfor i afs. 3.4.3.2.3, s. 185.
19 2003-211-0053 ovenfor i afs. 3.4.3.2.3, s. 187.

konkrete situation kan det dog ikke betragtes som nødvendigt at offentliggøre så detaljerede oplysninger.

I forhold til den konkrete anvendelse af bestemmelsen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, vil der være tale om, at vurderingen af de modstående interesser skal foretages først, og at nødvendighedsvurderingen kun kommer ind i billedet, hvis denne vurdering falder ud til fordel for den dataansvarliges berettigede interesse.

Det *andet* forhold, som springer én i øjnene ved en sammenligning af ordlyden af interesseafvejningsreglen i henholdsvis direktivet og persondataloven, er persondatalovens manglende fokus på, at interesseafvejningen ikke udelukkende skal foretages i forhold til den registreredes interesser, men også skal foretages i forhold til de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, som skal beskyttes i henhold til direktivets art. 1, stk. 1. Formålsbestemmelsen i direktivet fremhæver specielt retten til privatlivets fred. Interesseafvejningsreglen kommer altså indirekte til at hænge sammen med EMRK art. 8, som behandles i afhandlingens kapitel 4.

Spørgsmålet er, om ikke nødvendighedsvurderingen bliver overflødig, hvis det er en forudsætning for en foranstaltning, kameraovervågning eller biometri, at den pågældende foranstaltning altid foretages med respekt af det grundlæggende krav om proportionalitet, således som Datatilsynet har fastslået i flere afgørelser. Jeg er ikke overbevist om, at det vil være hensigtsmæssigt at besvare dette spørgsmål bekræftende, selv om der ville være mulighed for dette. Dette forhold bygges på det faktum, at den nødvendighedsvurdering, som findes i de grundlæggende behandlingsbestemmelser, er medvirkende til at opsætte nogle fastere rammer for udfyldning af proportionalitetskravet. Disse fastere rammer medfører, at det umiddelbart bliver vanskeligere at *træde ved siden af* i forbindelse med den konkrete anvendelse af proportionalitetsvurderingen, fordi flere af de faktorer, som er ukendte i forbindelse med en udfyldning af et uskrevet proportionalitetsprincip, er givet på forhånd.

De øvrige bestemmelser i § 6, stk. 1, kan nærmest betragtes som sekundære i forhold til denne fremstilling. Datatilsynets manglende praksis i forhold til disse bestemmelser kan skyldes flere forhold. Det er dog mest nærliggende, at svaret skal findes i det forhold, at de behandlingssituationer, som er opregnet, er kendte for de dataansvarlige. Derved opstår der ikke de samme problemer i forhold til den konkrete anvendelse, som det er tilfældet for så vidt angår bestemmelsen i § 6, stk. 1, nr. 7.

De *følsomme* oplysninger er udtømmende opregnet i persondatalovens § 7, stk. 1. Det drejer sig om oplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold. Udgangspunktet er et forbud mod behandling af denne kategori af oplysninger. Det generelle forbud mod behandling af følsomme oplysninger medfører også, at den dataansvarlige skal være meget tilbageholdende med at behandle oplysninger med baggrund i en anvendelse af nødvendighedskriteriet. Dette er også kommet til udtryk i Datatilsynets praksis, hvor det er blevet fastslået, at en fagforening kun kan udsende en medlemsfortegnelse til samtlige medlemmer på baggrund af et udtrykkeligt samtykke fra hvert enkelt medlem.[20]

Personlige oplysninger om registrerede kan indirekte blive omfattet af kategorien. Dette kan f.eks. være en oplysning om, at en person er bosiddende på et psykiatrisk hospital. I forhold til de konkrete oplysningskategorier, som er opregnet i bestemmelsen, er udtrykket *helbredsmæssige forhold* afgrænset negativt, således at det ikke omfatter oplysninger om en medarbejders positive alkohol- og narkotikatest og ligeledes ikke omfatter oplysninger om, at en medarbejder er blevet hjemsendt eller bortvist i forbindelse med manglende overholdelse af en virksomheds alkoholpolitik.[21] Selv om Datatilsynet har trukket denne grænse, skal man være opmærksom på, at oplysningerne kan blive omfattet af udtrykket helbredsmæssige forhold, hvis der er tale om et egentligt misbrug af alkohol eller narkotika.

Det nødvendighedskrav, som findes i henholdsvis § 7, stk. 2, nr. 2, og § 7, stk. 2, nr. 4, har kun været genstand for Datatilsynets behandling i det sidstnævnte tilfælde. I forbindelse med behandling af følsomme oplysninger om pårørende til misbrugere, fastslår tilsynet, at disse oplysninger kun rent undtagelsesvis kan behandles uden den registreredes samtykke med hjemmel i § 7, stk. 2, nr. 4, hvis det er umuligt at indhente samtykke fra den pårørende. De fornødne tiltag for indhentelse af samtykket skal være foretaget, og inddragelsen af de pågældende oplysninger skal have vist sig *klart nødvendig* ud fra en konkret vurdering Så man kan sige, at nødvendighedsvurderingen kommer ind meget sent i den vurdering, som skal foretages i forhold til de følsomme oplysninger. Tilsvarende gør sig gældende i sagen om unge seksuelle krænkere,[22] hvor Datatilsynet

20 2002-214-0046, DÅ 2002, s. 39f. ovenfor i afs. 3.5, s. 207.
21 2003-42-0641, DÅ 2003, s. 88ff. ovenfor i 3.6.4, s. 239ff.
22 2004-54-1508 ovenfor i afs. 3.5, s. 207ff.

slår fast, at oplysninger om ofret kun kan behandles med hjemmel i bestemmelsen, hvis det ud fra en konkret vurdering viser sig nødvendigt i forhold til at give krænkeren den bedst mulige behandling. I dette konkrete tilfælde skal det bemærkes, at tilsynet tillægger yderligere forhold, som er reguleret i forhold til børn og unge i sociallovgivningen, vægt.

I relation til forholdet mellem de generelle behandlingsregler i persondatalovens §§ 6-8, og de grundlæggende betingelser for behandling i § 5 viser tilsynets konkrete anvendelse af reglerne, at vurderingen så at sige *vender om* i forhold til systematikken i persondataloven. Efter en konstatering af, at en behandling falder ind under lovens bestemmelser og afgrænsningen af den konkrete behandling i forhold til begreberne personoplysning og behandling, foretages først efterfølgende en vurdering efter de generelle behandlingsregler. Hvis denne vurdering falder ud til fordel for den dataansvarlige, inddrages de grundlæggende betingelser for behandling af personoplysninger. Hvis man eksempelvis har at gøre med en undervisningsinstitutions anvendelse af biometri i forbindelse med fastlæggelse af de studerendes identitet i eksamenssituationer, og den pågældende institution har kunnet påvise stigende snyd i forbindelse med eksamen, vil interesseafvejningsreglen føre til, at undervisningsinstitutionen har en berettiget interesse i at kunne identificere de studerende i forbindelse med afholdelse af eksamen. Den anden del af vurderingen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, nemlig vurderingen af, om registreringen af de biometriske oplysninger er nødvendig i forhold til formålet med behandlingen, forebyggelse af snyd i forbindelse med afholdelse af eksamen, vil føre til, at den dataansvarliges registrering kan betragtes som nødvendig. Efterfølgende vil uddannelsesinstitutionens nødvendige og berettigede behandling af biometriske oplysninger skulle vurderes i forhold til de grundlæggende bestemmelser i § 5. Denne vurdering vil føre til, at anvendelsen af biometri til identifikation af de studerende i forbindelse med eksamen ikke vil være i overensstemmelse med reglerne i persondataloven. Dette bygges på følgende forhold: For det *første* kan anvendelse af biometri i forbindelse med identifikation af de studerende betragtes som meget indgribende for den enkelte studerende og dermed integritetskrænkende. For det *andet* kunne der tænkes anvendt andre identifikationsmetoder, f.eks. identifikationskort med billede. Hvis der skal være chance for, at den anvendte biometriske metode passerer proportionalitetstesten i persondatalovens § 5, må man i alle tilfælde kræve, at der er tale om, at den enkelte studerende selv er i besiddelse af det medium,

hvorpå de biometriske oplysninger lagres. I relation til denne vurdering vil det yderligere have betydning, hvilken form for biometrisk identifikation, der er tale om. Ansigtsgenkendelse vil uden tvivl være at betragte som for vidtgående. Dette vil sandsynligvis også være tilfældet med fingeraftryk. Anvendelse af enkelte målepunkter af et finger- eller håndaftryk vil måske kunne passere proportionalitetsvurderingen. Situationen i det tænkte eksempel vil kunne føre til et andet udfald, hvis den biometriske identifikation af de studerende anvendes som adgangskontrol, for at kunne forebygge et stigende antal voldsomme hærværkstilfælde og enkelte voldsepisoder på campus. Igen selvfølgelig forudsat at det er den enkelte studerende, som er i besiddelse af det medium, hvorpå biometriske oplysninger om den enkelte er registreret. I denne situation kunne man eventuelt tale for, at kameraovervågning ville være en bedre løsning, men ikke en entydig løsning.

I forbindelse med problemstillingen, som er skitseret umiddelbart ovenfor, kunne det være nyttigt at se på, hvordan Datatilsynet forholder sig til forholdet mellem interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, og proportionalitetsvurderingen i § 5, stk. 3. I afgørelserne om kameraovervågning hos Århus Sporveje[23] og Høje Taastrup Kommune[24] fremhæves det, at i de tilfælde, hvor interesseafvejningen falder ud til fordel for den dataansvarlige, er det en *klar forudsætning*, at overvågningen foretages med respekt af det grundlæggende krav om proportionalitet. Datatilsynet understreger således proportionalitetsprincippets væsentlighed i forhold til afvejningen i § 6, stk. 1, nr. 7. Dog skal det bemærkes, at hjemlen til behandling i de pågældende sager ligeledes findes i lovens § 6, stk. 1, nr. 6, om myndighedsudøvelse. I sagen om Århus Sporveje anses overvågningen for ikke at være i strid med proportionalitetsprincippet, da man har kunnet konstatere, at mindre indgribende foranstaltninger end kameraovervågning ikke har været tilstrækkelige til at afværge den stigende grad af vold mod de ansatte i busserne. I sagen om kameraovervågning i S-tog[25] konstateres, at DSB har en berettiget interesse i at forbedre passagerernes tryghed og forhindre kriminalitet. Det er dog uklart, om Datatilsynet konkret forholder sig til kravet om nødvendighed i forhold til den berettigede interesse. I forhold til det generelle proportionalitetsprincip understreges det, at overvågningen skal gennemføres således, at den vir-

23 2003-52-2308 ovenfor afs. 3.3.3.2, s. 146 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 178.
24 2003-313-0149 ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 143 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 182.
25 2003-42-0523 i DÅ 2003, s. 95ff., ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 147ff.

ker mindst muligt integritetskrænkende for den enkelte borger. Et tilsvarende forhold gør sig gældende i den norske afgørelse om NSB Persontog.[26] I sagen om BornholmsTrafikkens anvendelse af biometri i forbindelse med identifikation af passagererne[27] anvendes interesseafvejningsreglen som hjemmel sammen med reglerne i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 1-2. Datatilsynet er af den opfattelse, at behandlingen af kundernes fingeraftryk ikke er i strid med proportionalitetsprincippet.

Ovenstående fører samlet set til, at det er vanskeligt ud fra Datatilsynets praksis at forholde sig isoleret set til interesseafvejningsreglen i forhold til det grundlæggende proportionalitetsprincip. Men det kunne umiddelbart virke, som om proportionalitetsvurderingen bliver strengere i de tilfælde, hvor den eneste hjemmel for behandling findes i interesseafvejningsreglen. Dette er i og for sig ikke overraskende, da reglens manglende objektive indhold kan modsvare denne strengere vurdering af en given behandlings proportionalitet.

Semi-følsomme oplysninger er en særegen dansk oplysningskategori, som så at sige er stukket ind mellem de almindelige og de følsomme oplysninger. Baggrunden for oplysningskategorien er som tidligere nævnt, at det ikke var muligt at opretholde den kategori af oplysninger, som tidligere blev anset som værende den mest beskyttelsesværdige i dansk registerlovgivning – og i dansk forvaltningsret – nemlig de såkaldte *oplysninger om rent private forhold*. Den opregning af følsomme oplysninger, som findes i persondatadirektivet, er udtømmende, og det springende punkt er derfor, om det kan anses som en korrekt implementering af persondatadirektivet, hvis en medlemsstat, i dette tilfælde Danmark, har en lille gruppe af oplysninger, som er underlagt samme høje beskyttelsesniveau som de følsomme oplysninger, jf. persondatalovens § 8, stk. 6.

Der findes ganske givet ingen personer med et rimeligt kendskab til persondataretten, som vil benægte, at implementeringen af persondatadirektivet *mildt sagt* kan betegnes som *særdeles vanskelig*. Dette fremgår da også med al tydelighed af afsnittet om lovgivningshistorikken vedrørende persondatalovens §§ 7 og 8.[28] Gennemgangen viser samtidig også, at i en så vanskelig og kompleks lovgivningsproces vil enkeltpersoner med en meget stor indsigt på det pågældende område få en forholdsvis stor indflydelse på ud-

---

26 Ovenfor i afs. 3.4.3.2.2, s. 180.

27 2003-212-0143, DÅ 2003, s. 85ff. ovenfor i afs. 3.3.3.1, s. 134.

28 Ovenfor i afs. 3.6.1, s. 216ff.

formningen af selve loven, og at det i mange tilfælde er vanskeligt for politikerne at gennemskue disse ændringsforslag og samtidig holde fokus rettet mod det fundamentale i forbindelse med implementeringen. Dette viste sig blandt andet derved, at alle politikere lige pludselig i lovgivningsprocessen *så lyset* i registerlovgivningen og ville have persondataretten funderet på denne. Som helt grundlæggende udgangspunkt er det forkert at fundere implementeringen af et direktiv i gældende national ret, fordi man derved får svært ved at løsrive sig fra *det kendte*. Dette kan medføre, at implementeringen af retsakter fra EU ikke bliver konform, og der således er grobund for præjudicielle forelæggelser for EF-Domstolen, og efterfølgende vanskeligheder i arbejdet med at ændre den nationale lovgivning, hvis denne bliver kendt EU-stridig.

Hvis man ser på det overordnede formål med persondatadirektivet, nemlig for det *første* beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, herunder især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger, jf. art. 1, stk. 1, og for det *andet*, og nok væsentligst i denne forbindelse, at de enkelte medlemsstater ikke må indskrænke eller forbyde den fri udveksling af personoplysninger mellem medlemsstater, jf. art. 1, stk. 2. Disse formålsbestemmelser understreger, at den frie udveksling af personoplysninger inden for Fællesskabet anses for væsentlig. Dette ses også i præamblens pkt. 7, som understreger, at forskelle i den beskyttelse af personers rettigheder og frihedsrettigheder, som de enkelte medlemsstater yder i forbindelse med behandling af personoplysninger, kan forhindre, at personoplysninger videregives fra én medlemsstats område til en anden medlemsstats område. Efter præamblens pkt. 8 skal beskyttelsen af personoplysninger være ensartet i alle medlemsstater, for at hindringerne for den frie udveksling af personoplysninger kan fjernes. Målsætningen er af grundlæggende betydning for det indre marked og den målsætning hermed, som er fastsat i TEF art. 14.

I Lindquist-sagen behandlede EF-Domstolen spørgsmålet, om en medlemsstat kan have en mere vidtgående beskyttelse af personoplysninger eller et videre anvendelsesområde end det, der følger af direktivet, og kom frem til, at direktivet fører til en harmonisering, som principielt er fuldstændig, og at det er i dette perspektiv, at direktivet tilsigter at sikre den frie udveksling af personoplysninger. Dette udsagn peger i retning af en ukorrekt dansk implementering i relation til direktivets kategorier af oplysninger.

I forhold til ovenstående kunne anføres, at anvendelsen af persondatadirektivet vil kræve et grænseoverskridende element, og at

man derfor kunne opretholde en strengere beskyttelse af behandling af personoplysninger *internt i de enkelte medlemsstater*. Dette udgangspunkt er dog kraftigt modificeret med EF-Domstolens afgørelse i ÖRF,[29] hvor det fastslås, at den omstændighed, at TEF art. 95 er anvendt som retsgrundlag for persondatadirektivet, ikke forudsætter, at der rent faktisk i enhver situation omfattet af retsakten skal foreligge en tilknytning til den frie bevægelighed mellem medlemsstater. Hvis dette krav skulle opfyldes, ville det medføre usikre og uberegnelige grænser for direktivets anvendelsesområde. Dette ville være uforeneligt med direktivets formål, nemlig den indbyrdes tilnærmelse af de forskelle som inden implementering af direktivet fandtes i medlemsstaterne lovgivninger mv.

Hvis man ser bort fra spørgsmålet, om det er direktivstridigt, at den danske implementering af persondatadirektivet indeholder tre oplysningskategorier i stedet for direktivets to, er der specielt to forhold, som er problematiske i forhold til de semi-følsomme oplysninger. For det *første* brydes den overordnede systematik, som findes i de øvrige generelle behandlingsregler i persondatalovens §§ 6 og 7. Dette sker, når der i § 8 overordnet set skal sondres mellem, om de pågældende oplysninger behandles af en offentlig eller en privat dataansvarlig. Denne sondring medfører, at *offentlige dataansvarlige* ikke må behandle semi-følsomme oplysninger, medmindre det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver, jf. persondatalovens § 8, stk. 1. *Private dataansvarlige* må kun behandle semi-følsomme oplysninger, hvis den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke. Behandling kan yderligere ske, hvis denne viser sig nødvendig ud fra en interesseafvejning, jf. persondatalovens § 8, stk. 4.

For det *andet* bryder lovens § 8 den systematik, som centrerer sig omkring det brede behandlingsbegreb, ved specifikt at regulere *videregivelsen* af de semi-følsomme oplysninger. *Offentlige dataansvarlige* må som udgangspunkt ikke videregive semi-følsomme oplysninger. Videregivelse kan alligevel ske, hvis den registrerede har samtykket, hvis en interesseafvejning klart falder ud til fordel for den dataansvarlige, eller hvis videregivelsen er nødvendig i forhold til offentlig myndigheds virksomhed eller for udførelsen af en opgave for det offentlige, jf. § 8, stk. 2, nr. 1-4. De *private dataansvarlige* kan ej heller videregive semi-følsomme oplysninger uden den registreredes udtrykkelige samtykke. Videregivelse kan dog alligevel ske, hvis en interesseafvejning klart falder ud til fordel for den dataan-

[29] Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 ovenfor i afs. 3.7.5.1, s. 255ff.

svarlige, jf. § 8, stk. 5. I forhold til den interesseafvejningsregel, som findes i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, er det væsentligt at være opmærksom på, at interesseafvejningsreglerne i § 8, stk. 2, nr. 2, og § 8, stk. 5, ikke indeholder et krav om, at interesseafvejningen ydermere skal vurderes i forhold til et krav om nødvendighed.

Samlet kan man således sige, at vurderingen i forhold til de semi-følsomme oplysninger bliver mere kompliceret, end det er tilfældet for så vidt angår de almindelige og de følsomme oplysninger. Efter en konstatering af, at de pågældende oplysninger kan behandles efter henholdsvis reglerne i § 8, stk. 1 og 4, vil det yderligere skulle vurderes, om persondataloven indeholder hjemmel til at videregive de pågældende oplysninger. Denne vurdering skal udelukkende foretages efter en interesseafvejning og således ikke også i forhold til en nødvendighedsvurdering, således som det er tilfældet i de øvrige generelle behandlingsbestemmelser. Man kunne således spørge sig selv, om ikke den manglende nødvendighedsvurdering bliver irrelevant, når vurderingen skal passere gennem flere led inden den endelige interesseafvejning i forhold til en videregivelse af de pågældende oplysninger. Til dette spørgsmål ville man ganske givet kunne svare ja, men på trods af dette svar er det yderst uhensigtsmæssigt, at en meget vidtgående behandlingsform, nemlig *videregivelse* kan ske ud fra en interesseafvejning, når de almindelige oplysninger både skal sættes op mod en interesseafvejning og en nødvendighedsvurdering.

Problematikken omkring interesseafvejningen i persondatalovens § 8, stk. 5, bliver ikke mindre i sagen om Mærsk Olie og Gas A/S' bortvisningsregister,[30] hvor Datatilsynet sætter interesseafvejningen i forhold til en nødvendighedsvurdering, som ikke findes i lovteksten, og i øvrigt heller ikke i den tilsvarende bestemmelse i lov om private registre. Man kan således sige, at hele problematikken vedrørende de semi-følsomme oplysninger forstærkes, når end ikke tilsynsmyndigheden på området formår at anvende reglerne efter deres ordlyd.

Som det tidligere er påpeget i nærværende kapitel, foretages sammenkædningen mellem persondatadirektivet, herunder persondataloven, og beskyttelsen af grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, og herunder specielt retten til privatlivets fred, allerede indledningsvis i persondatadirektivet, nemlig i art. 1, stk. 1. Denne tidlige fremhævning af den menneskeretlige beskyttelse understreger dette områdes relevans i forhold til problemstillingen i den fore-

30 2003-42-0641, DÅ 2003, s. 88ff. ovenfor i 3.6.4, s. 239ff.

liggende afhandling og i øvrigt i forhold til persondataretten generelt, og dette uanset om retsområdet anskues fra et nationalt eller et fællesskabsretligt perspektiv.

Retten til privatlivets fred er den bestemmelse i EMRK, som er mest relevant i forhold til det persondataretlige område. På det helt generelle plan har EMRK art. 8 et meget vidt anvendelsesområde og vil kunne påberåbes i mange forskellige sammenhænge. Dette er også understreget af EMD i en dom fra 2000, hvor det understreges, at begrebet privatliv i overensstemmelse med Europarådets konvention 108/81 ikke skal fortolkes indskrænkende.[31] Ifølge EMD's praksis er offentlige myndigheders opbevaring af oplysninger om enkeltpersoners privatliv og samme myndigheders videregivelse af de pågældende oplysninger omfattet af begrebet. EF-Domstolen anvender også bestemmelsen i EMRK i ÖRF,[32] hvor det fastslås, at den almindelige lagring, som arbejdsgiveren foretager af oplysninger på navn om de lønninger, der udbetales til ansatte, ikke i sig selv udgør et indgreb i privatlivet. Videregivelse af de pågældende oplysninger til en offentlig myndighed udgør derimod et indgreb i de pågældende personers ret til beskyttelse af privatlivet.

I forhold til spændingsfeltet mellem persondataretten og proportionalitetsprincippet er det især de menneskeretlige modhensyn i art. 8, stk. 2, og det menneskeretlige proportionalitetsprincip, som er interessante. Kravet om nødvendighed skal forstås således, at det pågældende indgreb i retten til privatlivets fred, og herunder til beskyttelse af personoplysninger, skal være begrundet i *presserende socialt behov*. Proportionalitetsprincippet aktualiseres således, at foranstaltningen skal være proportional i forhold til det lovligt forfulgte formål. Da der ikke er krav om, at indgrebet skal være uomgængeligt nødvendigt, har staterne den såkaldte *margin of appreciation*, som ifølge EMD's praksis afhænger af: *"the nature of the aim of the restriction"* og *"the nature of the right involved"*. Staternes skønsmargen indskrænkes i forbindelse med behandling af personoplysninger, jf. afgørelsen i Z vs. Finland,[33] hvor der er tale om helbredsmæssige oplysninger om, at en person er smittet med HIV. EF-Domstolen beskæftiger sig også med de omtalte menneskeretlige modhensyn i ÖRF-dommen,[34] hvor EF-Domstolen giver anvisninger til den nationale domstol i forbindelse med afklarin-

31 Amann vs. Schweiz af 16. februar 2000, pr. 65 ovenfor i afs. 4.1, s. 287.
32 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 ovenfor i afs. 3.7.5.1, s. 255ff.
33 Z vs. Finland af 25. februar 1997 ovenfor i afs. 4.2.1, s. 293.
34 Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 ovenfor i afs. 3.7.5.1, s. 255ff.

gen af spørgsmålet om det pågældende indgrebs berettigelse. EF-Domstolen inddrager både kravet om nødvendighed og proportionalitet, og foretager i denne forbindelse en afvejning af Østrigs interesser i at sikre en optimal udnyttelse af de offentlige midler, i forhold til hvor alvorligt indgrebet er i de enkelte personers privatliv. I forbindelse med forholdsmæssigheden mellem angivelse af navnet på de personer, som har modtaget de pågældende ydelser, og det legitime mål, som varetages, spørger EF-Domstolen, om det ikke på årsbasis ville have været tilstrækkeligt blot at meddele offentligheden, hvilke vederlag og andre økonomiske fordele den enkelte ansatte kan kræve, og ikke hvilket beløb den enkelte rent faktisk har modtaget. Denne sidste udtalelse fra Domstolen tyder på, at den af Domstolen opstillede løsning nok ville være at betragte som tilstrækkelig i det konkrete tilfælde.

I forhold til den behandling vedrørende proportionalitetsprincippets forhold til kameraovervågning, som foretages i afhandlingens kapitel 3, er EMD's afgørelse i *Peck*[35] fra 2003 interessant. Man kan sige, at Peck sætter en yderligere dimension på den vurdering, som i det første persondataretlige kapitel blev foretaget i forhold til kameraovervågning. Sagen giver et billede på, hvad der konkret kunne ske, hvis persondataloven, og i særdeleshed proportionalitetsprincippet, ikke satte grænser for anvendelsen af kameraovervågning. En ukontrolleret anvendelse af optagelser fra Høje-Taastrup Kommune eller Århus Sporvejes busser i reklameøjemed ville kunne medføre, at filmede personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder ville blive krænket. I sagen om Høje-Taastrup Kommunes tv-overvågning er det konkret oplyst, at overvågningsopgaven foretages af firmaet EUROTRUST RealTime Security A/S, som er et specialfirma inden for sikker opbevaring af vitale optagelser fra CCTV. Hvis ikke Datatilsynet havde sat grænser for anvendelsen af de pågældende optagelser i forbindelse med anmeldelsen af behandlingen, ville det ikke forekomme usandsynligt, at det pågældende firma ville have en interesse i at profilere sig i forhold til en påviselig præventiv effekt ved kameraovervågning og gennem konkret billedmateriale at sandsynliggøre dette forhold i reklamer. Man kunne også forestille sig noget lignende med web-kameraer, som eksempelvis det, der tidligere var opsat på havnen på Læsø. Her kunne uheldige episoder med mennesker i psykisk ustabile situationer blive publiceret på internettet. I denne sammenhæng er det selvfølgelig en forudsætning, at der faktisk er mennesker, som befin-

[35] Peck vs. United Kingdom af 28. januar 2003 ovenfor i afs. 4.2.1, s. 294.

der sig på den givne hjemmeside på det givne tidspunkt, men den blotte mulighed for krænkelsen af personers integritet på offentlige steder, hvor den enkelte regner med at kunne færdes uovervåget, er efter min opfattelse tilstrækkelig til, at dette er at betragte som yderst uhensigtsmæssige foranstaltninger.

Et menneskeretligt modhensyn til retten til privatlivets fred er ytringsfriheden. På et retsområde som det persondataretlige, hvor den teknologiske udvikling har ført til en udpræget anvendelse af eksempelvis internettet, ville disse to hensyn ofte skulle afbalanceres i forhold til hinanden. I persondataloven er hensynet til ytringsfriheden genstand for en særskilt regulering i § 2, stk. 2. Bestemmelsen har været anvendt i Datatilsynets praksis, og tilsynets udgangspunkt er, at informations- og ytringsfriheden skal medtages i afvejningen af, om oplysninger må offentliggøres, således at beskyttelsen af personoplysninger ikke medfører unødige indskrænkninger i denne rettighed. Det er også fælles for disse sager, at hensynet til ytringsfriheden tillægges en betydelig vægt. Afgørelsen fra den svenske højesteret i *Ramsbro-sagen*[36] er interessant, fordi der gives udtryk for, at konflikten mellem EMRK art. 8 og 10 skal løses ved hjælp af et proportionalitetsprincip, som dog ikke siges at medføre mere end et krav om, at der skal foretages en afvejning mellem de to hensyn. Sagen er også interessant derved, at ytringsfriheden tillægges stor betydning i forhold til retten til privatlivets fred i de situationer, hvor de pågældende ytringer er omfattet af journalistisk virksomhed, og herunder endda oplysninger af rent privat karakter. Ytringsfrihedens betydning på det persondataretlige område blev også understreget af EF-Domstolen i Lindquist-sagen, De nationale domstole skal lægge en fortolkning af direktivet til grund, så det ikke kommer i konflikt med de grundlæggende frihedsrettigheder, som bliver beskyttet på traktatniveau i fællesskabsretten.

Alt i alt kan man sige, at afhandlingens Del 3 viser, at den danske persondatalov indtil nu har bevæget sig i den rigtige retning i forhold til en klarlægning af kravet om nødvendighed i de centrale behandlingsbestemmelser. Umiddelbart virker det, som om Datatilsynet anvender proportionalitetsprincippet som en afvejningsnorm og ikke ser den tætte sammenhæng mellem kravet om nødvendighed i de centrale behandlingsbestemmelser og det grundlæggende proportionalitetsprincip i § 5, stk. 3, 2. led. – eller også gives der i hvert tilfælde ikke udtryk for det. De følgende tre kapitler vil der-

36 NJA 2001, s. 409 af 12. juni 2001 ovenfor i afs. 4.2.2, s. 300.

for forsøge at kortlægge indholdet i proportionalitetsprincippet, så det derved bliver muligt at klarlægge indholdet i nødvendighedskriteriet i afhandlingens afsluttende Kapitel 10.

Del III

Proportionalitetsprincippet

Kapitel 6

Tysk ret

6.1 Indledning

I slutningen af det 17. århundrede lagde det tyske retssystem grundstenen til det proportionalitetsprincip, som i dag kendes i dansk og anden europæisk ret – og dermed også til det nødvendighedskriterium, som er centralt for problemstillingen i denne fremstilling. Som det tidligere er fastslået[1] er det ikke hensigten, at nærværende kapitel skal give en udtømmende gennemgang af det tyske proportionalitetsprincip.[2] Hensigten er derimod at give en mere historisk fremstilling af princippets udspring i tysk ret for herigennem at vise princippets meget fundamentale status i det tyske retssystem samt skitsere det fundament, som proportionalitetsprincippet i henholdsvis EU-retten og nordisk offentlig ret bygger på – og altså også nødvendighedskriteriet og proportionalitetsprincippet i persondatadirektivet og persondataloven.

I gennemgangen er det væsentligt at være opmærksom på, at *Der Grundsatz der Erforderlichkeit*, som er det centrale begreb i forhold til behandlingen af denne afhandlings problemstilling, ikke kan stå alene. Den følgende gennemgang omhandler derfor både *overbegrebet Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* og de sideordnede begreber *Grundsatz der Geeignetheit* og *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (i.e.S)*. Kapitlet indledes med nogle generelle betragtninger om proportionalitetsprincippet i tysk ret, og især princippets forhold til det for tysk ret så centrale *Rechtsstaatsprinzip*. I afsnit 6.3 beskrives historien bag den tyske udgave af proportionalitetsprincippet. I forbindelse med gennemgangen af det egentlige indhold i

1 Jf. kap. 2 om retskilder og metode.

2 Dette ville slet ikke være muligt inden for rammerne af en Ph.D.-afhandling, jf. følgende tyske kilder, som i flere tilfælde er doktordisputatser om delelementer af proportionalitetsprincippet inden for forskellige retsområder, bl.a. forvaltningsretten (von Krauss).

det tyske proportionalitetsprincip medtages de problemer, som findes vedrørende en manglende anvendelse af en enslydende terminologi for princippet.

Følgende opremsning findes i indledningen til *Hirschbergs* fremstilling *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* og siger meget om, hvilket betydningsfuldt begreb vi har at gøre med:

> *"'In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst,...' Er ist 'übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns' und 'mußentsprechend beachtet werden, wenn es sich um die gerichtliche Entscheidung über kolliderende Interessen nach Vorschriften des Privatrechts handelt'. Als 'allegemeiner Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit' ist er 'eine Ausprägung des allegemeinen Rechtsstaatsprinzips, dessen Geltung nicht auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt ist.' 'Er ist bei der Auslegung und Anwendung der Normen des einfachen Rechts* ***stets*** *zu beachten.' Diese wenigen Zitate allein aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen erkennen, welche Bedeutung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsordnung gegenwärtig zukommt. Und sie wird dadurch unterstrichen, daß Eb. Schmidt, der stellvertretend für andere genannt sei, schon im Jahre 1969 - wenn auch in beschwörender Abwehr - Dem Grundsatz eine 'Gewaltherrschaft' bescheinigt hat."*[3]

6.2 Generelt om Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

I tysk ret anerkendes et almindeligt proportionalitetsprincip (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit), der normerer offentlige organers adgang til at foretage indgreb i borgernes frihed og ejendom. Proportionalitetsprincippet karakteriseres i tysk ret som en almindelig retsgrundsætning udledt dels af retsstatsprincippet, dels af grundrettighederne og dels af art. 19, stk. 2,[4] i den tyske grundlov (Grundgesetz).[5] Proportionalitetsprincippet besidder således grundlovsrang.[6] Princippet skal derfor respekteres ikke blot af forvaltningen, men også – i modsætning til dansk ret –

---

3 Hirschberg, Lothar: Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 1.

4 *"In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden"*.

5 Uddybende om proportionalitetsprincippets udledning af GG art. 19, stk. 2 i Hirschberg, s. 9-10 og von Krauss, s. 47-52.

6 Jensen, Michael H.: Proportionalitetsprincippet i EF-retlig belysning, s. 30.

af lovgivningsmagten, der ikke kan vedtage love, der strider mod dette.[7]

Proportionalitetsprincippets delvise udledning af retsstatsprincippet og grundrettighederne er sket gennem praksis fra Bundesverfassungsgericht.[8] Domstolen udtalte sig om proportionalitetsprincippets forfatningsretlige grundlag i dommen om *Mitfahrzentrale* fra 1964.[9] Sagen angik et begrænset forbud mod at oprette centraler for fælleskørsel i bil. Forbuddet greb ind i den generelle handlingsfrihed efter Grundgesetz art. 2, stk. 1,[10] som dog efter ordlyden er undergivet de begrænsninger, der følger af den *forfatningsmæssige orden*. Bundesverfassungsgericht udtalte imidlertid om forbuddet: *"Einer Einzelvorschrift des geschriebenen Verfassungsrechts widerspricht das Verbot nicht. Dagegen steht es mit einem tragenden Grundprinzip der Verfassung, dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, nicht in Einklang. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlangt - namentlich wenn er in Verbindung mit der allgemeinen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers gesehen wird (...), daß der Einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleibt."*[11] Bundesverfassungsgericht mener ikke, at en enkeltregel, som den beskrevne (GG art. 2, stk. 1), omfattes

---

7 Jensen, Michael H., a. st., s. 31. Dog har forfatteren i en artikel i UfR 1994B. 335 belyst proportionalitetsprincippet forfatningsretligt. Forfatteren undersøger, om der gælder et (særligt) forfatningsretligt proportionalitetsprincip ved indgreb i grundlovshjemlede rettigheder. Endvidere undersøges, hvilken betydning de EF-retlige proportionalitetsprincip har for lovgivningsmagtens kompetence, og endelig overvejes, om der kan argumenteres for, at der gælder et almindeligt proportionalitetsprincip i dansk forfatningsret. Problemstillingen er i øvrigt behandlet i afs. 8.2, s. 435ff.

8 Allerede i sine tidlige afgørelser slog Bundesverfassungsgericht fast, at retsstatsprincippet hørte med til en af de elementære principper i Grundgesetz, jf. BVerfGE 1, 14ff., 33, 20, 323 og 331. Det er en ledende tanke eller ide – en forfatningsgrundsætning – der behøver en konkretisering alt efter de foreliggende saglige omstændigheder. Man skelner oftest mellem den formelle og den materielle retsstat. Den *formelle* retsstat betegner en stat, hvor det er muligt at måle alle statslige *magtytringer* på grundlag af love. For den *materielle* retsstat er det væsentligt, at staten er funderet i retfærdighedstankegangen. Se ligeledes om begrebet *Rechtsstaat* Gerhard Köbler: Juristisches Wörterbuch, 5. udg., s. 294.

9 BVerfGE 17, 306 *Mitfahrzentrale*. Dommen er også behandlet i Jens Elo Rytter: Grundrettigheder, s. 138. Til orientering kan det nævnes, at Jens Elo Rytter bruger begrebet *forholdsmæssighedsgrundsætningen* om proportionalitetsprincippet i sin fremstilling *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten.*

10 *"Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."*

11 BVerfGE 17, 306 (313f.).

af forbuddet. Forbuddet er derimod ikke i overensstemmelse med et bærende princip i forfatningen, nemlig *dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.*[12] Specielt i forbindelse med den almene frihedsformodning kræver *der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit*, at den enkelte bliver beskyttet mod unødige indgreb fra offentlige myndigheder.

En klarere udtalelse om proportionalitetsprincippets grundlag kommer fra Bundesverfassungsgericht i *Wecker*-dommen fra 1965,[13] hvor der udtales følgende: *"In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerläßlich ist."*[14] Bundesverfassungsgericht slår fast, at proportionalitetsprincippet har forfatningsrang. Begrebet er udledt af Rechtsstaatsprincippet, men også allerede på baggrund af grundrettighedernes *væsen*, hvor det må komme til udtryk gennem det almene krav om, at borgernes frihed skal beskyttes over for statens offentlige myndigheder, således at borgernes frihed kun bliver så indskrænket, som det er tilladt i forhold til beskyttelse af det offentliges interesser.

I forfatningsdomstolens praksis kan spores en generel begrundelse for anvendelsen af proportionalitetsprincippet og ikke kun for de tre klassiske elementer.[15] Forfatningsdomstolen anser proportionalitetsprincippet for at være begrundet i selve rets- og socialstatsklausulen:[16] *"die Grundsatz der Verhältnismässigkeit und des Übermassverbotetes die sich als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben"*.[17]

Ifølge forfatterne til *Allgemeine Verwaltungsrecht* er retsstatsprincippets indvirkning på forvaltningsretten både mangfoldig og talrig.[18] *Köbler* karakteriserer begrebet på følgende måde: *"Rechts-*

---

12 En stat med de egenskaber, som karakteriserer en Rechtsstaat.

13 BVerfGE 19, 342 *Wecker*. Dommen er også citeret i Jens Elo Rytter: Grundrettigheder, s. 138.

14 BVerfGE 19, 342(348f.).

15 For yderligere gennemgang af elementernes indhold se afs. 6.4.

16 Rets- og socialstatsklausulen findes i art 20 GG, som har følgende ordlyd: *"(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat."* Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 101.

17 BVerfGE 23, 127 (133) – dommen er også citeret i Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 101.

18 Erichsen m.fl.: Allgemeine Verwaltungsrecht, 11. udg., s. 121.

staatsprinzip ist im Verfassungsrecht der Grundsatz, daß die gesamte Staatsgewalt an das vom Volk oder seinen Organen gesetzte Recht gebunden ist. Das Rechtsstaatsprinzip ist in die Verfassung nicht ausdrücklich aufgenommen, gehört jedoch gleichwohl zu den wichtigsten Verfassungsgrundsätzen."[19] *Von Krauss* karakteriserer også proportionalitetsprincippet som en *rechtsstaatlicher Grundsatz*.[20]

6.3 Historik vedrørende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Proportionalitetsprincippets oprindelse i tysk ret kan føres tilbage til den sidste del af det 19. århundrede, hvor den Preussiske Overforvaltningsdomstol (Preussisches Oberverwaltungsgericht) afsagde flere domme inden for politiretten.[21] Domstolen påberåbte sig proportionalitetsprincippet ved prøvelse af politiets skønsbeføjelser på området for offentlig lov og orden.[22]

Den centrale bestemmelse i afgørelserne fra den Preussiske Overforvaltningsdomstol er § 10 titel 17[23] ALR,[24] hvorefter *"Die **nöthigen** Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern*

---

19 Köbler, Gerhard: Juristisches Wörterbuch, 5. udg. s, 294.

20 von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 6.

21 For at kunne forstå den tidlige tyske teori om proportionalitet er det nødvendigt at gøre sig klart, at den opdeling mellem politi og forvaltning, som kendes i den moderne stat, er resultatet af en udvikling, hvor politiet gradvis er blevet frataget flere og flere opgaver, som er blevet overgivet til andre myndigheder. I slutningen af det 19. århundrede blev den altovervejende del af forvaltningen varetaget af politiet. Det er med baggrund i dette forhold, at proportionalitetsprincippet i den tidlige tyske ret var nært forbundet med udøvelsen af politimyndighed, og det var også af denne grund, at området for udøvelse af politimyndighed blev opfattet som det eneste, hvor proportionalitetsprincippet fandt anvendelse, jf. Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 65.

22 Emiliou, Nicolas: The Principle of Proportionality in European Law, s. 23. Se om proportionalitetsprincippet i forhold til dansk politiret nedenfor i afs. 8.3.3, s. 464ff.

23 Titel 17 har overskriften: *"Von den Rechten und Pflichten des Staats zum besondern Schutze seiner Unterthanen"*.

24 ALR: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (1792). ALR var en kodifikation af en stor del af den dagældende preussiske ret. Værket omfattede næsten 20.000 paragraffer, og det var aldrig tidligere blevet forsøgt at samle hele retsordenen gennem kodifikation i en enkelt lovbog. Den kodifikationstanke, som lå bag ALR, var naturretligt bestemt, jf. Brockhaus (Tysk juridisk leksikon).

desselben, bevorstenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey."[Min fremhævelse].

I forbindelse med en gennemgang af det tyske proportionalitetsprincip henviser de fleste teoretikere til den såkaldte *Kreuzberg*-afgørelse[25] fra 1882, fordi dommen er den første, hvor det princip, som senere hen blev karakteriseret som proportionalitetsprincippet, blev anvendt af domstolene.

Kreutzberg-dommen omhandler politiets mulighed for – på grundlag af en generel bemyndigelse – at varetage hensyn, der egentlig lå uden for den kreds af hensyn, domstolene mente, politiet kunne varetage. Dommen drejer sig konkret om, at politiet ville forbyde byggeri af lejekaserner, fordi bebyggelsen, af et kvarter med denne type af boliger ville ødelægge udsigten ind over Berlin fra et krigsmindesmærke. Ifølge politiet ville krigsmindesmærket desuden også blive frataget sin markante placering, hvis der blev bygget højhuse rundt om pladsen. Politimyndigheden havde for det konkrete område udstedt en generel forordning med hjemmel i § 10 titel 17 ALR for bebyggelsen omkring mindesmærket, som krævede lav villabebyggelse i området. Da en grundejer anfægtede forordningens gyldighed, påberåbte politimyndigheden sig sin ret til at varetage hensynet til de æstetiske omgivelser omkring mindesmærket med begrundelse i, at varetagelse af mindesmærkets placering havde national interesse.[26]

Den Preussiske Overforvaltningsdomstol fandt, at det omtalte hensyn ikke kunne tages af politiet med hjemmel i § 10 titel 17 ALR. I den forbindelse henviste politiet til, at en udlægning af den konkrete bestemmelse ville være for snæver, hvis bemyndigelsen ikke omfattede det omtalte tilfælde.[27] Dertil svarede domstolen, at politiet ville have fuldstændigt frit skøn med hensyn til fastlæggelsen af karakteren af bebyggelsen, hvis forordningen gav hjemmel til det konkrete indgreb. Den manglende tilkendelse af et fuldstændigt frit skøn til politimyndigheden skal også ses i sammenhæng med dommens henvisning til, at et sådant skøn ville kunne bruges til at regulere ejendomsretten på en meget indgribende måde. Så

25 PrOVG 9, 353ff.

26 Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 68f.

27 Jf. om udstrækning af lovbestemmelser i dansk ret i UfR 1979.660V om detentionsanbringelser, hvor Vestre Landsret nok fejlagtigt kommer frem til, at den dagældende retsplejelovs § 108, stk. 2, kunne bruges som hjemmel til detentionsanbringelser, og at oplysningerne om den pågældende persons tilstand førte til, at detentionsanbringelsen havde været rimeligt begrundet og ikke udstrakt længere end påkrævet.

man kan sige, at den Preussiske Overforvaltningsdomstol principielt accepterer det vide skøn, som ligger i § 10 titel 17 ALR, men samtidig påpeger, at dette vide skøn må underkastes visse grænser.[28] *Timmermann Pedersen* giver udtryk for, at dommen samtidig er et eksempel på, at domstolen indfører et krav om et sagligt grundlag for at foretage en handling fra det offentliges side – dog er det æstetiske hensyn i sagen ikke at betragte som sagligt i den konkrete sammenhæng.[29] Man kunne sige, at indførelsen af kravet om et sagligt grundlag for at foretage en handling fra det offentliges side er det, som bærer dommen, og at de betragtninger, som er blevet så berømte i forbindelse med proportionalitetsprincippets oprindelse, udelukkende er et obiter dictum fra domstolen.

Det egentlige gennembrud for udviklingen af det tyske proportionalitetsprincip – i både teori og praksis – skete i 1903 med endnu en dom[30] fra den Preussiske Overforvaltningsdomstol om fortolkningen af den ovenfor nævnte § 10 titel 17 ALR.

Dommen omhandler en kroværtinde, som havde lagt lokale til et socialistisk møde. Møde var blevet ophævet af politiet under tumult, og kroværtindens mand havde i denne forbindelse fået fem måneders fængsel for modstand mod statsmagten. Efterfølgende havde kvinden fået indskrænket sin bevilling til kun at gælde til kl. 20. Denne indskrænkning klagede hun over.[31]

Domstolen udtaler hertil: *"Für die Zulässigkeit des Einschreitens kann es nicht auf die infolge der Berichte gewonnene Überzeugung der Polizeibehörde, sondern allein darauf ankommen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefärdet sei ... Die angefochtende Verfügung verstößt daher gegen den auch im § 10 Tit. 17 T. II ALR zum Ausdrucke gebrachten Grundsatz, daß die Polizeibehörde nur die zur Erreichung ihrer Zwecke* ***nötigen*** *Anstalten zu treffen habe; sie geht über* ***das Maßdes Notwendigen*** *und Sachdienlichen hinaus."*[32] [Min fremhævelse].

Ifølge den Preussiske Overforvaltningsdomstol var den generelle indskrænkning af bevillingen ulovlig, fordi der ikke var nogen saglig grund til at tro, at der ville opstå nogen større fare for den offentlige sikkerhed ud fra en opretholdelse af den generelle bevil-

28 Vedrørende begrænsning af skønnet i dansk ret, jf. den såkaldte *Vitamin*-sag i UfR 1957.311H.

29 Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 69.

30 PrOVG 44, 342ff.

31 Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 69.

32 PrOVG 44, 342 (343).

ling. Det ville have været nok, hvis politimyndigheden foretog en lukning af lokalerne i forbindelse med de politiske møder, som skabte problemerne. Af den første del af ovenstående citat fremgår det, at domstolen kræver en objektivt konstaterbar grund, før den vil tillade et indgreb. Dommen præciserer dette krav med, at politiet ikke kan handle ud fra egen overbevisning eller andre subjektive bevæggrunde. Ud over dette kan politiet ikke selv agere på det mindste saglige grundlag. Det saglige grundlag skal retfærdiggøre den konkrete handling. Kravet om, at den saglige grund skal retfærdiggøre handlingen, leder hen til en afvejning af formål over for middel, som præciseres i den anden del af ovenstående citat, hvor § 10 Titel 17 ALR i modsætningen til Kreutzberg-dommen tages som et retligt konkret udtryk for den grundsætning, at man – trods en generel, upræcis hjemmel – kun kan foretage politimæssige tiltag, som er nødvendige og tjener til at fremme sagen.[33]

Sluttelig i dommen vises domstolens forhold til kravet om proportionalitet: *"Bemerkt mag hierbei noch werden, daß, wenn in den Akten nebenbei darauf hingewiesen ist, daß Versammlungslokal genüge nicht den polizeilichen Anforderungen, diesem Mangel durch eine Herabsetzung der Polizeistunde überhaupt nicht hätte abgehoben werden können."*[34] Dommen henviser hermed til, at en foranstaltning – hvorefter lokalet angiveligt var uegnet til forsamlinger, fordi det ikke opfyldte de stillede krav til forsamlingslokaler – ikke kunne anvendes som grundlag for indskrænkningen af åbningstiden. Domstolen afviser klart at bruge denne foranstaltning som begrundelse for at indskrænke åbningstiden, fordi en sådan indskrænkning ikke ville ophæve den faktiske mangel ved lokalet.

Den tyske jurist *Fleiner* satte i starten af 1900-tallet grundsætningen på en særdeles slagkraftig formel, nemlig den følgende: *"Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen!"* En nærmere forklaring fører forfatteren hen til, at indskrænkningen i den individuelle frihed ikke må gå videre, end det er absolut nødvendigt for at nå *målet*. Det skrappeste middel må være den sidste udvej, og politiets indgreb må stå i et rimeligt forhold hertil.[35] Så allerede på daværende tidspunkt havde proportionalitetsprincippet et helt grundlæggende indhold, som er meget lig det, som kendes i dag – på både dansk og europæisk plan.

---

33 Timmermann Pedersen: Proportionalitetsprincippet, s. 70.

34 PrOVG 44, 342 (344).

35 Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltnungsrecht (1928), s. 404f, citeret i von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 5.

Som afslutning på historikken vedrørende det tyske proportionalitetsprincip og som indledning til en gennemgang af det konkrete indhold i princippet beskriver følgende citat princippets udvikling fra slutningen af det 19. århundrede til slutningen af 2. Verdenskrig: *"Den Juristen des Jahres 1890 hätte man hingegen wohl vergeblich nach einem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gefragt, und noch unmittelbar nach dem Ende des Zweiten Weltkriges hätte der Ausdrück "'Grundsatz der Verhältnismäßigkeit"' einen Examenskandidaten allenfalls an die Verwaltungs- oder Polizeirechtsvorlesung erinnert."*[36]

6.4 Indholdet i Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Ress giver udtryk for, at proportionalitetsprincippet bygger en retlig grund- og strukturmaksime, hvis betydning voksede til stadighed op gennem 1970'erne, og som er blevet anvendt på næsten alle retsområder i isolerede tilfælde af *holdningsfejl*. Dette kommer til udtryk i følgende pasus: *"Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bildet eine rechtliche Grund- und Strukturmaxime, deren Bedeutung in den letzten Jahrzehnten ständig gewachsen und als 'Einzelfallkorrektiv' in nahezu allen Rechtsbereichen fast unkalkulierbar geworden ist."*[37]

Ifølge Ress er det kun få juridiske begreber, som har haft et opsving svarende til det, der sås for proportionalitetsprincippet i 1970'erne. Proportionalitetsprincippet nævnes i talrige afgørelser fra Bundesverfassungsgericht som et toneangivende kriterium for bedømmelse; det være sig love, som bliver erklæret forfatningsstridige og dermed ugyldige under påberåbelse af Verhältnismäßigkeit-grundsætningen, eller forvaltningsakter, som bliver annulleret eller omstødt, fordi de forbundne indgreb i adressatens frihed eller ejendom i forbindelse med forvaltningsakten er uforholdsmæssige. Proportionalitetsprincippet har sin hovedfunktion i forbindelse med grundrettighederne, hvor begrebet tjener til aktualisering og effektivisering af beskyttelsen af de grundlæggende frihedsrettigheder.[38]

---

36 Hirschberg: Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 1.

37 Ress, Georg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht i Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, s. 5.

38 Ress, Georg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht i Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, s. 7.

6.4.1 Terminologi

Terminologien vedrørende proportionalitetsprincippet er ganske forskelligartet. Lige siden princippets fremkomst har de tyske teoretikere og Bundesverfassungsgericht ikke været enige om anvendelse af en fælles terminologi, som dækker over Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eller det, som i denne afhandling betegnes som proportionalitetsprincippet. Den terminologiske uenighed afspejler også i nogle tilfælde uenighed om den materielle jura. Striden drejer sig dog oftest om, hvilken betegnelse der er mest dækkende, eller om rubriceringen af de forskellige elementer i princippet. Som et eksempel kan det nævnes, at den tidlige forfatningsretlige tyske teori[39] ikke regnede kravet om egnethed som et element i proportionalitetsprincippet.[40]

6.4.1.1 Bundesverfassungsgericht

Bundesverfassungsgericht anvender den *klassiske* opdeling af proportionalitetsprincippet helt tilbage i 1958. Dette skete i den ofte citerede Apothekenurteil, hvor den tyske forfatningsdomstol for første gang anvender en opsplitning af proportionalitetsvurderingen, som har væsentlige fællestræk med den nutidige opdeling, således at Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in weiteren Sinne er overbegreb for Grundsatz der Geeignetheit, Grundsatz der Erforderlichkeit og Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne.[41] I en dom fra 1965 konkretiserer Bundesverfassungsgericht dette udgangspunkt. I *Sachkundenachweis*-dommen gives udtryk for, at: *"Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als die sie legitimierenden öffentlichen Interessen* ***erfordern****; die Eingriffsmittel müssen zur Erreichung der angestrebten Zwecke* ***geeignet*** *und dürfen nicht* ***übermäßig*** *belastend sein."*[42] [Min fremhævelse].

Dette grundlag for en overordnet terminologi bliver særdeles klar i en dom fra 1970, hvor Bundesverfassungsgericht direkte slår fast, at: *"Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt – neben der bereits erwähnten generellen Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre*

39 Lerche: Übermass und Verfassungsrecht, s. 19 og von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 18.

40 Hos Hirschberg, s. 19-25 og Jakobs, s. 102-103 findes ganske *sjove* oversigter over den forskelligartede terminologi.

41 BVerfGE 7, 377 (407 og 409) – *Apotheken-Urteil.*

42 BVerfGE 19, 330 (337) – *Sachkundenachweis.*

und dem öffentlichen Interesse –, daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich ist und daß der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts steht." [43] [Min fremhævelse].

Ovenstående citater er dog ikke ensbetydende med, at Bundesverfassungsgericht er entydig i sin terminologi i forbindelse med Grundsatz der Verhältnismässigkeit og dette begrebs underbegreber – snarere tværtimod.

Oprindelig anvendte Bundesverfassungsgericht udtryk som *übermäßig*, *unangemessen*, *vernünftig*, *sachgerecht*, *vertretbar*, *erforderlich*, *unerläßlich* og *unbedingt notwendig*, dog uden at retten anerkendte en egentlig betydningsforskel mellem de respektive udtryk. I 1980'erne opdelte domstolen begrebet Verhältnismäßigkeit til Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – hvormed den konkrete [Güterabwägung] mellem det retsgode, som der gøres indgreb i – og Verhältnismäßigkeit (im weiteren Sinne).

Verhältnismäßigkeit (im weiteren Sinne) skal i Bundesverfassungsgerichts terminologi ses som et overbegreb, som sammenfatter Grundsatz der Geeignetheit, Grundsatz der Erforderlichkeit og Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Ofte betegner Bundesverfassungsgericht det sidstnævnte begreb med *Übermaß* og *übermäßig*, der findes endog tilfælde, hvor udtrykket *unzumutbar* benyttes. *Jakobs* finder, at det ud fra ovenstående gennemgang er indlysende, at det i virkeligheden ikke er muligt at fremkomme med en egentlig terminologi fra Bundesverfassungsgericht.[44] Dette argument skal nok modificeres. Det er selvfølgelig klart, at Bundesverfassungsgericht gennem tiderne har brugt en noget forskelligartet terminologi, men det er samtidig klart, at den tyske forfatningsdomstol med tiden har lagt sig nogenlunde fast på en terminologi, som omfatter et overbegreb og tre underbegreber.

Hirschberg peger yderligere på, at Bundesverfassungsgericht i de fleste tilfælde ligestiller underbegrebet *Grundsatz der Geeignetheit* med de øvrige to underbegreber. I denne forbindelse er det ikke klart, om dette fører til, at Grundsatz der Geeignetheit skal ses som et selvstændigt princip, der skal behandles uafhængigt af de to øvrige underprincipper, eller om dette underbegreb skal ses som en foranstaltning, der skal behandles i forbindelse med Grundsatz der Erforderlichkeit.[45]

43 BVerfGE 27, 344 (352) – *Ehescheidungsakten.*

44 Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 8f.

45 Hirschberg, Lothar: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 18.

6.4.1.2 Tyske teoretikere

Det er specielt i den *lidt ældre tyske litteratur*, at der ofte anvendes en terminologi, som er forskellig fra den, der oftest anvendes i dag. *Von Krauss* (1955) bruger for det første begreberne *Erforderlichkeit* og *Notwendigkeit* synonymt, og for det andet regner han heller ikke kravet om egnethed som værende et element i proportionalitetsprincippet. Videre slår han fast, at begreberne *Verhältnismäßigkeit* og *Übermaß* anvendes sideordnet, fordi både retslæren og retssproget på daværende tidspunkt (fremstillingen er fra 1955) anvendte begge betegnelser.[46] I sin fremstilling fra 1961 anvender *Lerche* udelukkende betegnelsen *Übermaß* som overbegreb til Grundsatz der Erforderlichkeit og Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[47] I sin artikel fra 1968 anvender *Gentz* en terminologi, som ligner den, der for det meste anvendes i dag – nemlig Grundsatz der Geeignetheit, Grundsatz der Erforderlichkeit og Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, dog med den modifikation, at betegnelsen *Proportionalität* også anvendes for den sidstnævnte kategori, og med den yderligere modifikation at Geeignetheit står alene over for Verhältnismäßigkeit, hvortil Erforderlichkeit og Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne er underbegreber.[48] *Grabitz* anvender en næsten tilsvarende terminologi i sin artikel fra 1973 om Bundesverfassungsgerichts retssprog vedrørende proportionalitetsprincippet. Han bruger dog udelukkende begreberne Proportionalität eller Verhältnismäßigkeit om Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[49]

I *nyere tysk litteratur* anvendes denne terminologi dog kun i ringere omfang. Dette kommer til udtryk i tre citerede fremstillinger fra 1980'erne. *Hirchsberg* (1981) anvender begrebet Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne som overbegreb for Grundsatz der Geeignetheit, Grundsatz der Erforderlichkeit og Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[50] *Ress* (1985) har en næsten tilsvarende opdeling i sin fremstilling. Han bruger dog ikke overbegrebet Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne men kun Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[51] *Jakobs* (1985)

---

46 Von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 17f og s. 6.

47 Lerche: Übermass und Verfassungsrecht, s. 21.

48 Gentz: Verhältnismäßigkeit von Grundrechtsingriffen, NJW 1968, s. 1600 ff (spec. s. 1601 og 1603).

49 Grabitz: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, AöR, 1973, s. 568ff. (spec. s. 575).

50 Hirschberg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 50-83.

51 Ress, Georg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht i Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, s. 17-23.

har en noget anden opdeling i sin fremstilling, hvor han godt nok anvender de kendte begreber Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Grundsatz der Geeignetheit og Grundsatz der Erforderlichkeit, men inddrager også andre begreber, bl.a. *Grundsatz der Notwendigkeit*, som han mener kan stå alene som princip ved siden af Geeignetheit, og *das Übermaßverbot*, som han vælger at se bort fra i sin fremstilling for ikke at gøre et i forvejen komplekst materiale endnu mere uforståeligt.[52] Det skal dog bemærkes, at Jakobs overhovedet ikke beskæftiger sig med Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.[53] *Allgemeines Verwaltungsrecht* fra 1998 anvender i modsætning hertil Übermaßverbot som overbegrebet, medens underbegreberne betegnes som Geeignetheit, Erforderlichkeit og verhältnismäßigen Mittel.[54]

Sammenfattende kan man sige, at de tyske teoretikere og Bundesverfassungsgericht har haft meget svært ved at finde et fælles standpunkt vedrørende terminologien for Grundsatz der Verhältnismässigkeit, men dette forhold gør dog ikke brugen af den tyske praksis og litteratur umulig. Man skal blot være opmærksom på dette i tilegnelsen og hele tiden være klar over, at det i sidste ende er Bundesverfassungsgericht, som har den egentlige fastsættelse af de respektive begrebers indhold. På trods af de ovenfor skitserede vanskeligheder er det også muligt at tale om en *klassisk opdeling* af det tyske proportionalitetsprincip. Denne såkaldte klassiske opdeling vil nedenfor blive benyttet i gennemgangen af proportionalitetsprincippets egentlige indhold.

6.4.2 *Den klassiske opdeling*

Det var først lige efter 2. Verdenskrig, at proportionalitetsprincippet udvikledes til en generel retsgrundsætning i tysk ret.[55] Princippet havde dog stadig sit udspring i politiretten i en af de første tyske forvaltningsretlige fremstillinger, som udkom efter 2. Verdenskrig – nemlig i 3. udgave af Walter Jellinks Werwaltungsrecht fra

52 Jakobs inddrager også der Grundsatz der Unsädlichkeit, der Grundsatz der praktischen Konkordanz, der Grundsatz der Zumutbarkeit og das Subsidaritätsprinzip.

53 Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

54 Erichsen m.fl.: Allgemeine Verwaltungsrecht, 11. udg., s. 124.

55 Schwartze, Jürgen: Proportionality Principle in the Legal Systems, s. 686.

1948, hvor proportionalitetsprincippet udelukkende blev behandlet i afsnittet om *Die Polizei*.[56]

Udviklingen af Verhältnismäßigkeit (i. e. S) til en selvstændig retsgrundsætning er et resultat af den senere retsudvikling, som fandt sted fra slutningen af 2. Verdenskrig til 1950'erne og 1960'erne. I den samme periode bliver nødvendighedskriteriet til et flittigt brugt kontrolinstrument i retsanvendelsen – ikke kun inden for politiretten, men inden for hele den del af forvaltningen, som benyttede indgreb over for borgerne, og i samme tidsrum begynder både retssproget og litteraturen at omtale et egentligt proportionalitetsprincip.[57]

I tysk ret er det et krav, at alle de tre separate led i proportionalitetsprincippet skal være opfyldt, for at en given foranstaltning kan anses som værende proportionel. Dette krav kan bl.a. også ses af kravet i følgende dom: *"Der Eingriff muß geeignet und erforderlich sein, seinen Zweck zu erreichen; er darf den Betroffenen nicht übermaßig belasten, muß diesem also zumutbar sein."*[58] Bundesverfassungsgericht kræver altså, at et givet indgreb må være egnet og nødvendigt for at opnå sit formål; den implicerede må ikke belastes uforholdsmæssigt, samt at indgrebet skal være rimeligt.

Inden gennemgangen af de enkelte led i det tyske proportionalitetsprincip kunne man spørge sig selv, hvilket indhold *Verhältnismäßigkeit* egentlig har, når det bruges i juridisk sammenhæng. Efter den klassiske opfattelse har begrebet følgende betydning: *"daß das Verhältnis von Mittel und Zweck als angemessen erscheinen muß"*.[59] Forholdet mellem middel og formål skal altså manifestere sig som rimeligt. Selvom ingen vel kan være uenig i dette udgangspunkt, vil domme og litteratur alligevel være medvirkende til en præcisering og udbygning af dette udgangspunkt.

6.4.2.1 Grundsatz der Geeignetheit

Når man taler om den klassiske opdeling af det tyske proportionalitetsprincip, er det oftest, at Grundsatz der Geeignetheit nævnes som det første af de tre principper.[60]

---

56 § 20, s. 421-448. Jellinek, Walter: Verwaltnungsrecht, 3. udg.

57 Hirschberg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 9.

58 BVerfGE 48, 402 citeret i Clas Lundblad og Mikael Wärnsby: Proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten efter Barsebäcksdomen, Europarättsligt Tidsskrift 2000, s. 209ff. (s. 213, note 20).

59 Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i DVBI 1985, s. 97.

60 Se om egnethedskravet i dansk forvaltningsret Karsten Revsbech: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav i UfR 1990B.400. Problemstillingen er yderligere behandlet i afs. 8.3.4.2, s. 470.

Efter Bundesverfassungsgerichts praksis anses kravet om egnethed opfyldt, hvis blot det godtgøres, at indgrebet overhovedet kan bidrage til at nå det forfulgte formål. I Apotheken-Urteil fra 1958 prøver Bundesverfassungsgericht: *"ob ein überragendes Gemeinschaftsgut gefährdet ist und ob die gesetzliche Regelung der Abwehr dieser Gefahr überhaupt dienen kann"*.[61] Det afprøves altså, om en dominerende fællesskabsregel er udsat for fare og om den lovlige regulering af afværgelsen overhovedet kan tjene til afværgelse af denne fare. Dette ses også i en afgørelse fra 1971, hvor Bundesverfassungsgericht udtaler følgende: *"Das mittel ist **geeignet**, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann."*[62] En næsten enslydende udtalelse findes i en afgørelse fra 1965, hvor domstolen udtaler følgende: *"die Eingriffsmittel müssen zur Erreichung der angestrebten Zwecke **geeignet** ... sein."*[63] [Min fremhævelse].

En tilsvarende linje følges i den ovenfor omtalte dom om *Mitfahrzentrale* fra 1964, hvori Bundesverfassungsgericht udtaler følgende: *"Das Verbot der öffentlich vermittelten Mitnahmefahrten stellt somit ein objektiv **ungeeignetes** Mittel zur Erreichung jedenfalls des von der Bundesregierung bisher angegebenen Zwecks der Regelung dar; deshalb liegt ein unzumutbarer Eingriff in die Freiheit des Kraftwagensbesitzers vor."*[64] [Min fremhævelse]. Bundesverfassungsgericht finder altså, at forbuddet mod de offentligt formidlede Mitfahrzentrale står som et objektivt uegnet middel til opnåelse af i hvert tilfælde regeringens hidtil angivne mål, og derfor er et urimeligt indgreb i køretøjsejernes frihedssfære. Den reelle begrundelse for indgrebet synes derimod at have været en beskyttelse af den kollektive trafik – specielt Deutsche Bundesbahn.

"Eine Maßnahme ist dann geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg näherrückt. Sie ist ungeeignet, wenn sie Erreichung des beabsichtigten Zieles erschwert oder im Hinblick auf das Ziel überhaupt keine Wirkungen entfaltet."[65] Ifølge Gentz er et formål egnet, når man med dets hjælp når til det ønskede resultat. Formålet er uegnet, når det besværer vejen til opnåelsen af det tilsigtede mål, eller når dets virkning overhovedet ikke kan henføres til opnåelse af målet.

---

61 BVerfGE 7, 377 (409) *Apotheken-Urteil.*

62 BVerfGE 30, 292 (316) *Erdölbevorratung.* En tilsvarende udtalelse findes i BVerfGE 90, 145 (172) *Cannabis* fra 1994.

63 BVerfGE 19, 330 (337) *Sachkundenachweis.*

64 BVerfGE 17, 306 (317) *Mitfahrzentrale.*

65 Gentz, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968.1600 (1603) og Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 59.

Ress har følgende passus vedrørende Grundsatz der Geeignetheit i sin fremstilling: *"Nach dem Teilgrundsatz der Geeignetheit ist ein Eingriff, der sowohl durch Akte der Rechtsetzung als auch der Exekutive erfolgen kann, nur dann zulässig, wenn mit Hilfe des eingesetzten Mittels der gewünschte Erfolg spürbar gefördert werden kann."*[66] Efter egnethedsgrundsætningen er et indgreb – hvad enten det sker på baggrund af generelle retsakter eller som led i myndighedsudøvelse – kun tilladt, når det ønskede resultat i mærkbar grad opnås ved hjælp af det valgte middel. Ress giver videre udtryk for, at dette krav anses som en selvfølgelighed – et uegnet middel er jo netop intet i retlig forstand. Det forhold, at den i citatet omtalte *spürbare Förderung* er et vigtigt element, betyder imidlertid ikke, at formålet skal nås i fuldt omfang. Ydermere må midlet udelukkende være egnet til at nå formålet i det hele taget. Dette hører først og fremmest med til at træffe afgørelse. Den dermed forudsatte *kontrol-tæthed* bliver endnu mere gennemtrængelig, når Bundesverfassungsgericht baserer egnethedsprøvelsen af det valgte middel på grundlag af en ex ante-doms objektive kriterier.[67]

6.4.2.2 Grundsatz der Erforderlichkeit

Grundsatz der Erforderlichkeit er isoleret set det helt centrale princip for denne afhandlings problemstilling. Grundsætningen er så at sige baggrunden for det nødvendighedskriterium, som anvendes i den danske persondatalov. Som tidligere nævnt har princippet udviklet sig fra at stå alene, i bl.a. Kreuzberg-dommen fra 1882, til at være ét ud af tre underbegreber i det overordnede proportionalitetsprincip.

Bundesverfassungsgericht kommer i den tidligere nævnte Apotheken-Urteil frem til, at domstolen skal prøve *"ob gerade dieser Eingriff zum Schutz jenes Gutes zwingende geboten ist, mit anderen Worten, ob der Gesetzgeber diesen Schutz nicht mit Reglungen auf einer vorausgehenden Stufe hätte durchführen können."*[68] Så selvom Bundesverfassungsgericht ikke direkte bruger udtrykket *Erforderlichkeit*, er der alligevel tale om en vurdering foretaget ud fra et nødvendigheds-

---

66 Ress, Georg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht i Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, s. 17.

67 Ress, Georg, a. st., s. 17-18. Se ligeledes Hirschberg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 50 og Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 59.

68 BVerfGE 7, 377 (409) *Apotheken-Urteil.*

kriterium. I en dom fra 1965 bruger domstolen direkte udtrykket *Erforderlichkeit*, nemlig i følgende citat: *"Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als die sie legitimerenden öffentlichen Interessen erfordern."*[69] Bundesverfassungsgericht anser også kravet om erforderlichkeit som værende opfyldt, *"wenn der Gesetzgeber nicht ein anders, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können."*[70] I Cannabis-dommen udtaler den tyske forfatningsdomstol yderligere følgende: *"Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann."*[71] Bundesverfassungsgericht mener altså, at lovgiveren – i bedømmelsen af egnethed og nødvendighed for det valgte middel til opnåelse af det tilstræbte mål samt den i denne sammenhæng valgte vurdering eller prognose for den fare, som truer den enkelte eller almenheden – står over for et spillerum for skønnet, som Bundesverfassungsgericht – på trods af de enkelte sagsområders egenart – må bære ansvaret for, således at der afsiges en tilstrækkelig sikker afgørelse, og således at det retsgode, som står på spil, kun efterprøves i begrænset omfang.

De tyske teoretikere har også hver især deres bud på indholdet af Grundsatz der Erforderlichkeit.

Lerche definerer begrebet på følgende måde: *"Unter mehreren möglichen (= zur Zweckerreichung geeigneten) Instrumenten darf nur dasjenige gewählt werden, das die geringsteinschneidenden Folgen hervorruft."*[72] Denne definition skal forstås således, at ved valget mellem flere mulige instrumenter (som er egnede til opnåelse af målet) bør man kun vælge dem, som fremkalder de mindst indgribende følger.

Gentz' definition er lidt mere omfattende og lyder som følger: *"Eine geeignete Maßnahme mußauch* ***erforderlich*** *sein, um den erstrebten*

69 BVerfGE 19, 330 (337) *Sachkundenachweis.*

70 BVerfGE 30, 292 (316) *Erdölbevorratung.* En tilsvarende udtalelse findes i BVerfGE 90, 145 (172) *Cannabis* fra 1994.

71 BVerfGE 90, 145 (173) *Cannabis.*

72 Lerche: Übermass und Verfassungsrecht, s. 19.

Zweck zu erreichen. Erforderlich ist sie dann nicht, wenn derselbe oder ein besserer Erfolg auch mit einem weniger schweren Eingriff erzielt werden könnte. Der Grundsatz der Erforderlichkeit ist also, wenn man ihn scharf von dem der Geeignetheit trennt, identisch mit dem Grundsatz des mildesten Mittels."[73] [Min fremhævelse]. Efter denne definition skal et egnet mål også være nødvendigt til opnåelse af det tilstræbte mål. En foranstaltning er ikke nødvendig, hvis man kunne have opnået det samme eller et bedre resultat gennem et mindre *indgribende* indgreb. Hvis man adskiller Grundsatz der Erforderlichkeit skarpt fra Grundsatz der Geeignetheit, er begrebet identisk med det begreb som i dansk ret kendes som *"det mindste middels princip"*.

Jakobs definerer Grundsatz der Erforderlichkeit således: *"Damit gebietet der Grundsatz der **Erforderlichkeit**, unter mehreren geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, dessen Anwendung die geringsten nachteiligen Folgen hat. Der Grundsatz der **Erforderlichkeit** kommt infolgedessen – per definitionem – nur dann als Beurteilungsmaßstab in Betracht, wenn es mehr als ein geeignetes Mittel zur Zweckerreichung gibt. Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich bei dem einzig geeigneten also gleichzeitig auch um das **erforderliche** Mittel."*[74] [Min fremhævelse]. Jakobs mener altså, at Grundsatz der Erforderlichkeit påbyder, at man – ved valget mellem flere egnede midler – vælger det middel, som har de mindst indgribende følger. Grundsatz der Erforderlichkeit kommer som følge heraf – per definition – kun i betragtning som skønskriterium, når der findes flere egnede midler til opnåelse af målet. Hvis dette ikke er tilfældet, handler det om, at det eneste egnede middel samtidig bliver det nødvendige middel.

Man kan sige, at *Grundsatz der Erforderlichkeit* kan karakteriseres som et fasttømret begreb i tysk ret. Princippet har været anvendt som afvejningskriterium siden slutningen af 1800-tallet. Det fremgår også af ovenstående, at Bundesverfassungsgericht også inddrager forholdet til grundrettighederne i forbindelse med vurderingen. Men uanset om Grundsatz der Erforderlichkeit skal karakteriseres af Bundesverfassungsgericht eller af tyske teoretikere handler udfyldningen af begrebet om, at der ved valget mellem flere egnede midler vælges det middel, som har de mindst indgribende følger.

I forholdet til den tidligere anvendte terminologi i dansk ret[75] kan man notere sig, at *Gentz* også anvender begrebet *det mindste middels princip*.

---

73 Gentz, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968.1600 (1603-1604).

74 Jakobs, Michael Ch.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 66.

75 Se nedenfor afs. 8.3.1, s. 455.

6.4.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (eller proportionalitet i snæver forstand) er det tredje og sidste element i den klassiske tyske opdeling af proportionalitetsprincippet.

De tyske teoretikere, som anerkender eksistensen af kravet om proportionalitetsprincippet i snæver forstand, har alle deres bud på, hvad kravet konkret indeholder.

*"Zweck und Mittel dürfen **nicht außer Verhältnis zueinander** stehen, schärfer formuliert: sie dürfen **nicht offensichtlich außer Verhältnis** stehen."*[76] [Min fremhævelse]. Efter Gentz' definition skal mål og middel stå i forhold til hinanden, eller skarpere formuleret må der ikke være et tydeligt misforhold mellem disse.

Hirschbergs definition på det tredje underbegreb lyder således: *"Nach der allgemein anerkannten Auffassung verlangt der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ieS**, daß Mittel und Zweck (oder sonstige Bezugsgrößen) gegeneinander abzuwägen seien und daß bei einem Überwiegen der mit dem Mitteleinsatz verbunden Nachteile die erwogene Maßnahme zu unterbleiben habe."*[77] [Min fremhævelse]. Efter ovenstående citat er det Hirschbergs opfattelse, at det efter den alment anerkendte affattelse af den sidste del af proportionalitetsprincippet forlanges, at der foregår en afvejning mellem middel og mål (formål) – eller mellem andre størrelser, hvor imellem der kan foretages en afvejning – og at foranstaltningen opgives, hvis der er en overvejende ulempe forbundet med den.

Efter Ress' opfattelse repræsenterer den sidste del af det tyske proportionalitetsprincip *"en fornuftig afvejning mellem modstående interesser"*.[78]

Bundesverfassungsgericht er – som det blev påpeget ovenfor i afsnit 6.4.1 – ikke entydig i sin terminologi vedrørende det sidste element i proportionalitetsprincippet, men det betyder ikke, at man ikke kan udlede bidrag til fastsættelse af elementets indhold i domstolens praksis. I den ovenfor omtalte Apotheken-Urteil fra 1958 fastslår domstolen følgende: *"Hier gilt das Princip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der*

---

76 Gentz, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968.1600 (1604).

77 Hirschberg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 77.

78 Ress, Georg: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht i Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, s. 21.

Berufstätigkeit ***nicht außer Verhältnis*** *stehen dürfen"*[79] [Min fremhævelse]. I en dom fra 1965 siger Bundesverfassungsgericht følgende: *"die Eingriffsmittel ... dürfen nicht* ***übermäßig*** *belastend sein."*[80] [Min fremhævelse]. Domstolen er lidt mere udførlig i sin argumentation i en dom fra 1970, hvori der findes følgende udtalelse: *"Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt – neben der bereits erwähnten generellen Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse –, daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich ist und daß der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach* ***nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache*** *und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts steht (...). Die hiernach gebotene Abwägung zwischen den in Betracht kommende Maßnahmen und zwischen Anlaßund Auswirkungen des angeordneten Eingriffs haben die Behörden und Gerichte unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen."*[81] [Min fremhævelse]. I en dom fra 1971 afgrænser Bundesverfassungsgericht proportionalitetsprincippet i snæver forstand på følgende måde: *"Bei einer Gesamtacwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muß die Grenze der* ***Zumubarkeit*** *noch dewahrt sein. Je empfindlicher die Merufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist."*[82] [Min fremhævelse]. I en nyere og meget kendt, skelsættende dom fra 1994 udtaler den tyske forfatningsdomstol: *"Ferner muß bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt sein (...). Die Maßnahme darf sie mithin nicht übermäßig belasten (Übermaßverbot oder Verhältnismäßigkeit im egeren Sinne ...)."*[83]

Grabitz mener, at Bundesverfassungsgerichts brug af begreberne *nicht übermäßig belasten* og *nicht unzumutbar* i beskrivelsen af proportionalitet i snæver forstand leder tankerne i retning af, at man med dette princip har en sidste, absolut fastlåst grænse for lovlige foranstaltninger, som alle grundretlige foranstaltninger skal befinde sig over. En nærmere analyse skulle dog føre til, at proportionalitet i

79 BVerfGE 7, 377 (407) *Apotheken-Urteil.*
80 BVerfGE 19, 330 (337) *Sachkundenachweis.*
81 BVerfGE 27, 344 (352) *Ehescheidungsakten.*
82 BVerfGE 30, 292 (316-317) *Erdölbevorratung.*
83 BVerfGE 90, 145 (171) *Cannabis.*

snæver forstand (ligesom nødvendighedsprincippet) kun er udtryk for en relativ målestok. Hvis man siger, at nødvendighedsprincippet angår relationen mellem et fastsat formål og et eller flere midler, så må proportionalitet i snæver forstand omfatte placeringen af to variable. Formål og middel må, som Bundesverfassungsgericht har formuleret det, *"ikke stå i misforhold"* til hinanden. Det kommer også til en sammenligning mellem formål og middel, således at disse størrelser bliver sat op mod hinanden.[84]

[84] Grabitz: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, AöR, 1973, s. 568ff. (575).

Kapitel 7

EU-retten

7.1 Indledning

Når man arbejder med en dansk lov, som er implementering af et direktiv fra EU, er det nærliggende at se på fællesskabsrettens udfyldning af de centrale begreber, som findes i denne lov. Fællesskabsretten udfylder kravet om nødvendighed i proportionalitetsprincippet, som har været et uskrevet og grundlæggende princip i fællesskabsretten siden begyndelsen af 1970'erne, og delvis traktatfæstet siden vedtagelsen af Amsterdam-traktaten. Nærværende afsnit har således til formål at foretage en kortlægning af det EU-retlige proportionalitetsprincip og herunder kravet om nødvendighed, således at primært nødvendighedskriteriet afslutningsvis i afhandlingen kan anvendes i forbindelse med en klarlægning af nødvendighedskriteriet i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser.

Det er det EU-retlige proportionalitetsprincip, som danner baggrund for det nødvendighedskrav, der findes i persondatadirektivets art. 7 og 8 vedrørende grundlaget for behandling af oplysninger og særlige kategorier af behandlinger.[1] Princippet danner dermed også grundlag for de krav, der stilles til nødvendig behandling af oplysninger i den danske persondatalov. En præcisering af indholdet i det EU-retlige proportionalitetsprincip vil således kunne bruges i forbindelse med fastlæggelsen af rækkevidden af de grundlæggende behandlingskrav i persondataloven. Det vil også være den EU-retlige udformning af princippet, som vil blive lagt til grund af EF-Domstolen i forbindelse med eventuelle præjudicielle forelæggelser vedrørende fortolkningen af persondatadirektivet.

I indledningen til fremstillingen *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* kommer *Evelyn Ellis* med følgende karakteristik af proportionalitetsprincippet:

---

1 De omtalte artikler er behandlet i forbindelse med gennemgangen af de *almindelige oplysninger* i afs. 3.4, s. 156ff. og de *følsomme oplysninger* i afs. 3.5, s. 206ff.

> *At least on first hearing, the notion of proportionality has an attractively commonsense ring to it. Lacking the extravagances of irrationality or behaviour which is so unreasonable that no reasonable person could ever be expected to indulge in it, it appears to offer a sensible civilian yardstick for the application of judical review – the prospect, some might say, of capable Germanic engineering applied to a temperamental old piece of machinery. Yet the reality of the situation is, of course, somewhat different. As the contributions ... demonstrate, the precise content of the principle of proportionality is far from settled; not only does it appear to apply in different contexts, but it seems to mean different things to different courts and it also develops over time."*[2]

Proportionalitetsprincippet blev i begyndelsen af 1980'erne karakteriseret som det mest betydningsfulde retsprincip i fællesskabsretten.[3]

Ifølge *Schwarze* er hovedformålet med proportionalitetsprincippet *"to give substance and meaning to the protection of fundamental freedoms. Since its effectiveness is not linked to a particular fundamental right, but covers the entire range of fundamental freedoms, it serves, in abstract terms, the purpose of achieving a proper balance and consequently also in the furtherance of the principle of justice."*[4] Schwarzes ovenfor citerede passus siger meget om, hvilket generelt princip vi har at gøre med. Princippets formål er i første omgang at give indhold og mening i forbindelse med beskyttelsen af fundamentale rettigheder.[5] Da princippet ikke er forbundet med en enkelt fundamental rettighed, men omfatter alle fundamentale rettigheder, opfylder princippet – i abstrakte termer – formålet om at opnå en hensigtsmæssig balance og følgelig også i forbindelse med overholdelsen af en retfærdighedsgrundsætning eller *the princip of justice*.

Den følgende del af dette kapitel begynder med at fastsætte proportionalitetsprincippets forankring i fællesskabsretten (afsnit 7.2). I denne forbindelse behandles udledningen af princippet og dets forhold til andre grundlæggende principper i fællesskabsretten, nemlig subsidiaritetsprincippet, retssikkerhedsprincippet og

---

2 Ellis, Evelyn: Foreword i The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s. v.

3 Gündisch, J.: Allgemeine Rechtsgrundsatze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshoffs, i Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Markets in der aktuellen Rechtsentwicklung, p. 97 citeret i Schwarze: European Administrative Law, s. 677.

4 Schwarze: European Administrative Law, s. 679.

5 For yderligere om proportionalitetsprincippets betydning for beskyttelse af fundamentale rettigheder, se afs. 7.4, s. 387.

lighedsprincippet. Inden den egentlige klarlægning af proportionalitetsprincippet i EU-retten findes et mindre afsnit, som opridser princippets udvikling over årene. Hovedafsnittet i dette kapitel (afsnit 7.4) behandler proportionalitetsprincippet som en uskreven grundrettighed. Herunder behandles terminologien omkring princippet og selve den proportionalitetsvurdering som Domstolen har foretaget i en lang række af sager. Sagerne er delt op i to – dem, hvor Domstolen foretager en *ufuldstændig* proportionalitetsvurdering, og dem, hvor der foretages en *fuldstændig* proportionalitetsvurdering. Sluttelig findes en afsnit omhandlende den proportionalitetsvurdering, som foretages af nationale foranstaltninger (afsnit 7.5).

7.2 Princippets forankring i fællesskabsretten

7.2.1 Princippets udledning

Selv om Domstolen allerede på et tidligt tidspunkt overvejede, om proportionalitetsprincippet skulle være et generelt princip i fællesskabsretten, er det værd at bemærke, at hverken generaladvokaterne eller Domstolen diskuterede princippets oprindelse i fællesskabsretten i de tidlige afgørelser, selvom dette var tilfældet med de øvrige generelle principper. En mulig årsag til dette forhold kan have været, at både Domstolen og generaladvokaterne anså princippet for at være så fundamentalt og åbenbart, at dets tilstedeværelse i fællesskabsretten blev anset som indlysende uden nogen grund til yderligere forklaring og præcisering.[6]

7.2.1.1 Udtrykkelige traktatbestemmelser

Som det vil fremgå nedenfor, var det oprindeligt EF-Domstolen, som inkorporerede proportionalitetsprincippet i EU-retten, men med Amsterdam-traktaten blev princippet indføjet som en ny bestemmelse i Traktaten. Efter TEF art. 5, stk. 3 må Fællesskabet kun handle *"i det omfang, det er nødvendigt for at nå denne traktats mål"*. Oprindelsen til TEF art. 5, stk. 3, skal søges i et udbredt ønske fra et flertal af medlemsstaternes side om at have en proportionalitetsgrundsætning i traktaten. Samtidig med indsættelsen af proportionalitetsprincippet blev to andre kompetencebegrænsningsregler indsat i Traktaten – nemlig legalitetsprincippet og subsidiaritetsprincippet

6 Emiliou, s. 135.

(nærhedsprincippet), der blev indsat i henholdsvis TEF art. 5, stk. 1[7] og TEF art. 5, stk. 2.[8] De tre grundsætninger i TEF art. 5 supplerer således hinanden, og skal fortolkes som tre sider af samme sag, nemlig som en påmindelse om, at EU's regeldannelse skal respektere grænser. Den nedenfor omtalte retspraksis om proportionalitetsprincippet blev udviklet, fordi borgerne og virksomheder havde argumenteret for, at de blev pålagt disproportionale byrder. Med indføjelsen af TEF art. 5, stk. 3, viste medlemsstaterne, at proportionalitetstankegange også var relevante for deres retsbeskyttelse. Stk. 3 gælder dog ifølge sin ordlyd, der er uden forbehold, ligefuldt for alle EU-retten retssubjekter.[9] *Steiner og Woods* giver udtryk for, at prøvelsen efter traktatens TEF art. 5 (TEU art. 3B) stiller krav om, at en offentlig myndighed skal begrunde sine handlinger og overveje mulige alternativer. I den henseende er det en mere rigoristisk prøvelse end den, som er baseret på rimelighedsbetragtninger.[10]

Selvom proportionalitetsprincippet nu er traktatfæstet, vil man stadig kunne drage nytte af de tidligere fremstillinger, hvor den mest omfattende behandling af proportionalitetsprincippets oprindelse i Fællesskabsretten findes i generaladvokat *Dutheillet de Lamothes* konklusioner i *Internationale Handelsgesellschaft*,[11] hvor han undersøger, fra hvilken retskilde princippet skal udledes for at kunne gøres gældende i forhold til en retsakt fra fællesskabsmyndighederne.

Internationale Handelsgesellschaft[12] vedrørte den fælles markedsordning for korn. En række forordningsbestemmelser indførte et system, der bestod i at betinge udstedelsen af import- og eksportlicenser for korn af et tilsagn om at ville gennemføre den besluttende transaktion og af en sikkerhedsstillelse for opfyldelsen af denne forpligtelse. Den stillede sikkerhed fortabtes, hvis licensen ikke blev

---

7 *"Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt ved denne traktat".*

8 *"På de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, handler Fællesskabet, i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan".*

9 Rasmussen, Hjalte: EU-ret i kontekst, 5. udg., s. 394-395. Se også Wyatt & Dashwood: European Union Law, 4. udg., s. 152, Steiner & Woods: EC Law, s. 166, Engsig Sørensen m.fl.: EU-retten, 3. udg., s. 195 og Neergaard, Ulla, m.fl.: EU ret, 4. udg., s. 59ff.

10 Steiner og Woods: EC Law, s. 166.

11 Forslag til afgørelse fremsat 2. december 1970 i Sag 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*. Saml. 1970, s. 243ff.

12 Dom af 17. december 1970 i Sag 11/70, Saml 1970, s. 235ff.

udnyttet. Den forelæggende ret, Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, der i længere tid havde nægtet at anerkende gyldigheden af de omtalte forordningsbestemmelser, var af den opfattelse, at ordningen med sikkerhedsstillelse stred mod proportionalitetsprincippet, der er beskyttet i henhold til den tyske grundlov, og at ordningen ikke kunne tilsidesætte dette princip.[13]

Generaladvokat de Lamothe mener, at der i sagen er fremsat tre teser om princippets udledning:

1. Tesen fra retten i Frankfurt består af en påstand om, at princippet følger af den samlede virkning af artikel 2[14] og 12[15] i Forbundsrepublikken Tysklands grundlov, og at fællesskabsforanstaltningerne ikke kan tilsidesætte disse forfatningsbestemmelser, hvoraf retten har draget alle konsekvenser, idet den før forelæggelseskendelsen har erklæret de her for Domstolen omtvistede bestemmelser for ugyldige og stridende mod grundloven;
2. Tesen, som er fremdraget af domstolen i Hessen, og som består i at søge retskilden til proportionalitetsprincippet i Fællesskabets uskrevne ret, dvs. i de almindelige principper i fællesskabsretten; og endelig
3. Den tese, som generaladvokaten foreslår Domstolen, og som i denne sag fører til, at princippets kilde skal søges i en udtrykkelig og særdeles klar bestemmelse i Traktaten.

Generaladvokaten finder, at proportionalitetsprincippet – ved valg mellem de tre mulige retskilder, som er opstillet ovenfor – skal udledes af den skrevne ret, og det udsagn begrundes med følgende to forhold: *"dels, at det er god juridisk teknik kun at anvende uskreven ret i tilfælde af uklarhed, utilstrækkelighed eller huller i den skrevne ret, og dels, at traktatens artikel 40, idet den ikke henviser til almenvellets mere eller mindre veldefinerede interesser men nærmere til de i artikel 39 nævnte mål, opstiller en mere præcis garanti for den enkeltes rettigheder end fællesskabsrettens almindelige principper"*.[16]

Generaladvokatens metode er dog blevet kritiseret fra flere sider.

---

13 Se om forholdet mellem proportionalitetsprincippet og den tyske Grundgestez ovenfor i afs. 6.2, s. 328.

14 *"Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit"*.

15 *"Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen"*.

16 Sag 11/70, s. 251 (generaladvokatens forslag til afgørelse).

Først og fremmest fordi affattelsen af TEF art. 34 (TEU art. 40) kun tillader brugen af de midler, som er nødvendige for at nå de i TEF art. 33 (TEU art. 39) opstillede mål, og fordi generaladvokatens betragtninger kun vedrører et aspekt af proportionalitetsprincippet, nemlig nødvendighedskriteriet.[17]

Dette forhold understøttes også af følgende udsagn fra *E.-W. Fuss*: *"Eine Maßnahme kann als solche erforderlich sein, um dem Recht Genüge zu tun, aber gleichwohl für den Betroffenen einen Nachteil zur Folge haben, der zu dem angestrebten Erfolg, der (Wieder-)Herstellung des Rechts, erkennbar außer Verhältnis steht. Wenn dies der Fall ist, muß die an und für sich erforderliche Maßnahme."*[18] E.-W. Fuss giver således udtryk for, at et formål kan være nødvendigt i sig selv til at efterkomme juridiske krav, men dog alligevel virke disproportionalt i forhold til den person, som bliver påvirket af ulempen fra det ønskede resultat, specielt i forbindelse med (re-)etableringen af et retsforhold. Hvor dette er tilfældet, kan foranstaltningen, på trods af at den er nødvendig i sig selv, ikke påtvinges.

Generaladvokaten er så at sige også blevet angrebet af *sine egne*. I sit forslag til afgørelse i sagen *Deutsche Getreide- und Futtermittel*[19] kommer generaladvokat *Karl Roemer* med følgende udtalelse: *"Jeg har ganske vist i mit forslag til afgørelse i sag 73/69*[20] *... ladet det stå åbent, om princippet om forholdsmæssighed kan udledes af EØF-traktatens artikel 40, eller om den nævnte formulering ikke snarere er bestemt til at postulere Rådets frihed til at regulere markedsordningerne. Der kan dog naturligvis ikke bestå tvivl om, at den brede skønsbeføjelse, som Rådet besidder, faktisk ikke er uden grænser, men derimod er bundet til markedsordningsrettens iboende mål, og at det følgelig må være tilladt at undersøge, om udøvelsen af denne skønsbeføjelse hviler på objektive overvejelser."*[21] Generaladvokat Roemer lader det således stå mere åbent, om proportionalitetsprincippet skal udledes af art. 40, eller om princippet skal udledes af uskreven ret, men han er dog ikke uenig i, at princippet er udtryk for en begrænsning af et skøn.

Generaladvokat de Lamothes grundige gennemgang af propor-

---

17 Schwarze, European Administrative Law, s. 711.

18 Fuss, E.-W.: Der Grundretsschutz in den Europäischen Geneinschaften aus deutscher Sicht, s. 82.

19 Dom af 15. december 1970, sag 31/70, *Deutsche Getreide- und Futtermittel*, Saml. s. 207ff.

20 Dom af 24. juni 1970 i Sag 73/69, Firma H. Oehlmann & Co. v Hauptzollamt Münster, Saml. 1970, s. 71 (dansk specialudgave).

21 Sag 31/70, s. 215-216 (generaladvokatens forslag til afgørelse).

tionalitetsprincippets oprindelse medfører dog ikke klare udtalelser fra Domstolen. I selve dommen antydes det, at både fundamentale principper i fællesskabsretten og TEF art. 34 (TEU art. 40) kan accepteres som retskilde for det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip. Domstolen behandler proportionalitet, som om det udgør en fundamental rettighed i den betydning, at det enkelte menneske ikke må få sin handlefrihed beskåret ud over, hvad der er nødvendigt for almenvellet.[22] Dette udsagn underbygges af Domstolens erklæring om at ville undersøge, om ordningen med sikkerhedsstillelse har krænket fundamentale rettigheder, hvis iagttagelse skal sikres i Fællesskabets retsorden.[23] I den selvsamme afgørelse siges det ligeledes, at *"overholdelsen af de fundamentale rettigheder indgår i de almindelige retsprincipper, hvis overholdelse Domstolen skal sikre"*.[24] Hvis det formodes, at proportionalitet udgør en fundamental rettighed, følger det af de ovenstående udtalelser, at princippets retskilde kan spores til de generelle principper, som er beskyttet af Domstolen.[25] På trods af denne udtalelse afviser Domstolen alligevel ikke traktatens art. 40, stk. 3 (TEF art. 34, stk. 3) som kilde til proportionalitetsprincippet. I en anden del af dommen, hvor det diskuteres, om ordningen med sikkerhedsstillelse er forenelig med Traktatens bestemmelser, fastslår Domstolen: *"at licensordningen ... ikke krænker nogen rettighed af fundamental art; ordningen med sikkerhedsstillelse er i overensstemmelse med traktatens artikel 40, stk. 3 et egnet middel til gennemførelse af den fælles markedsordning for landbrugsvarer ..."*.[26]

Den tidligere præsident for Domstolen *Hans Kutscher* sætter spørgsmålstegn ved, om det er nødvendigt at udlede *"hohe Prinzipen des Rechts oder die den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze zu bemühen, um die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht zu begrüngen. Meines Erachtens ergibt sich dieser Grundsatz durch eine – wenn man so will: primitivere – Deduktion schon aus den Vertragsbestimmungen selbst."*[27] Det er hans opfattelse, at traktaten indeholder en stor mængde regler på specielle områder, der involverer brugen af forskellige formål, som er *begrundet* (TEF art. 30), *retfærdiggjort* (TEF art. 39, stk. 3), *nødvendige* (TEF art. 34, stk. 3

22 Sag 11/70, s. 250 (generaladvokatens forslag til afgørelse).
23 Sag 11/70, pr. 4.
24 Sag 11/70, s. 235.
25 Emiliou, s. 137.
26 Sag 11/70, pr. 20.
27 Kutscher, Hans: Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften, i Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen, s. 91.

og TEF art. 134, stk. 2) eller *medfører de mindste forstyrrelser i fællesmarkedets funktion* (TEF art. 134, stk. 3). Kutschers opfattelse er ifølge ham selv i overensstemmelse med Domstolens, som i *Ruckdeschel*-sagen[28] beskrev det specielle forbud mod forskelsbehandling i TEU art. 40, stk. 3, 2. underafsnit (TEF art. 34, stk. 3, 2. underafsnit) som *"et konkret udtryk for det generelle lighedsprincip, som er et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten"*.[29]

7.2.1.2 Legalitetsprincippet (Rule of Law)

Nogle juridiske forfattere – heriblandt tyske *Hans Peter Ipsen* – har indtaget det standpunkt, at proportionalitetsprincippet er udledt af legalitetsprincippet.[30] Legalitetsprincippet er et forfatningsmæssigt princip, som findes i alle medlemsstaterne, selv om det kan antage forskellig udformning og substans i hvert enkelt retssystem.[31]

Princippet anerkendes i samtlige medlemsstater under betegnelsen: *Princippet om lovmæssig forvaltning*, men på fællesskabsniveau er princippet ikke alene indskrænket til forvaltningsopgaver. Princippet omfatter også den regelfastsættende kompetence og kompetencen til at indgå traktater, som kun kan udøves i overensstemmelse med, hvad der er bestemt i traktaten.[32]

Legalitetsprincippet har også en pendant i dansk forvaltningsret, som går under den samme betegnelse.[33] I dansk forvaltningsret er legalitetsprincippet det grundlæggende hjemmelskrav. Princippet kan opdeles i to: Den formelle lovs princip og kravet om hjemmel. I forhold til forvaltningen betyder *den formelle lovs princip*, at forvaltningsmyndighederne er bundet til at overholde lovene under udøvelsen af deres virksomhed og følgelig ikke kan træffe afgørelser, der er uforenelige med loven.[34] *Kravet om hjemmel* medfører i

---

28 Dom af 19. oktober 1977 i Forenede sager 117/76 og 16/77, Saml. 1977, s. 1753.

29 Forenede sager 117/76 og 16/77, pr. 1.

30 Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at legalitetsprincippet benævnes retsstatsprincippet i afsnittet om proportionalitetsprincippets oprindelse i tysk ret, hvor det er udledt af retsstatsprincippet og grundrettighederne, jf. afs. 6.2, s. 328ff.

31 Schwarze: European Administrative Law, s. 712.

32 Gulmann m.fl.: EU-ret, 3. udg., s. 44. For yderligere om princippet se: Neergaard, Ulla m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 53ff og Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst, 5. udg., s. 361ff.

33 Se om legalitetsprincippet i dansk forvaltningsret: Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 162ff. og Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret, 2. udg., s. 291ff.

34 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 164.

almindelighed, at forvaltningen må legitimere sig gennem henvisning til en formel lovbestemmelse, dog er det ikke nødvendigt, at det umiddelbare grundlag for en given forvaltningsafgørelse findes i en formel lov. Der kan være tale om forskellige administrative forskrifter (anordninger, bekendtgørelser, vedtægter, reglementer). Undtagelsesvis kan legalitetsprincippet også tilfredsstilles gennem en henvisning til andre retskilder end formel lov. Det være sig uskrevne retskilder som analogi og sædvane.[35]

Legalitetsprincippets betydning i EU fremhæves ofte. Den vigtigste begrundelse for dette er, at EU-institutionerne har vidtgående beføjelser til at vedtage forpligtende beslutninger, endog mod de forpligtedes vilje, hvorfor afgrænsningen af deres kompetenceområde må tillægges stor betydning. Normalt antages det, at legalitetsprincippet er udtrykt i TEF art. 7 (TEU art. 4), hvor det efter en opregning af Fællesskabets institutioner fastslås, at *"Hver institution handler inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den ved denne traktat"*. I Unionstraktaten blev legalitetsprincippet understeget i de fælles bestemmelser for Unionen og i en ny TEF art. 5. Art. E (**TEU** art. 5) i Unionstraktaten bestemmer: *"Europa-Parlamentet, Rådet og Domstolen udøver deres beføjelser under de betingelser og med de mål for øje, som er fastsat [i traktaterne]"*. **TEF** art. 5 (TEU art. 3 B) bestemmer: *"Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt ved denne Traktat."*[36]

Legalitetsprincippet medfører, at institutionerne kun må handle, når deres handlinger har positiv hjemmel i traktaten, og at de ikke må handle i strid med gældende skreven og uskreven EU-ret. Kravet om positiv hjemmel betyder, at institutioner ikke – som det er tilfældet for den danske lovgiver – har en almindelig retsfastsættende kompetence. Institutionernes kompetence er således begrænset til de tilfælde, hvor en hjemmel kan findes i traktaten. Denne del af legalitetsprincippet kaldes under tiden *princippet om EF's begrænsede kompetence*. Legalitetsprincippet betyder således, at institutioner ikke kan udstede en retsakt ved blot at henvise til, at retsakten tilsigter at opfylde EU's generelle formål eller ligger inden for traktatens almindelige anvendelsesområde.[37]

Igennem sin retspraksis har EF-Domstolen fastslået, at legalitetsprincippet er en integreret del af det fælleseuropæiske retssystem.

---

35 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 183.
36 Gulmann m.fl.: EU-ret, 3. udg., s. 43f.
37 Gulmann m.fl.: EU-ret, 3. udg., s. 44.

Dette kommer blandt andet til udtryk i *Granaria*-sagen[38] fra 1979, hvor Domstolen udtaler følgende: *"Det følger således af den ved traktaten indførte lovgivende og dømmende ordning, at selv om Fællesskabets legalitetsprincip indebærer, at de retsundergivne kan anfægte forordningers gyldighed ad rettens vej, medfører dette princip også, at alle Fællesskabets retssubjekter er forpligtet til at anerkende, at forordninger i fuldt omfang er gyldige, indtil deres ugyldighed er fastslået af en kompetent domstol."*[39] Legalitetsprincippets grundlæggende karakter kan også ses i EF-Domstolens afgørelse i *Les Verts*-sagen,[40] hvor det fastslås, at Det europæiske økonomiske Fællesskab er *"et retsfællesskab,*[41] *idet både dets medlemsstater og dets institutioner er undergivet kontrol med, at deres retsakter er forenelige med Fællesskabets forfatning, som er traktaten"*.[42]

Ipsen kommer med følgende udsagn vedrørende proportionalitetsprincippets udledning af legalitetsprincippet i sin EF-retlige fremstilling fra 1972: *"Ausflußdes Prinzips der Rechtsstaatlichkeit, im Gemeinschaftsrecht speciell auch des Prinzips der vertraglich beschränkten Zuständigkeit, sind der* ***Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels*** *und das* ***Übermaßverbot****."*[43] [Min fremhævelse].

Det fællesskabsretlige legalitetsprincip har – ligesom det er tilfældet for det tyske princip[44] – et formelt og et materielt aspekt. Men man kunne således overveje, om princippet i fællesskabsretten har et indhold, som svarer til det tyske princips.

I fællesskabsretten er det *formelle* aspekt udledt af det forhold, at fællesskabet kun har de beføjelser, som den er tillagt efter traktaten, medens de resterende beføjelser ligger hos de enkelte medlemsstater.[45] Eller sagt på en anden måde, så er de beføjelser, som Fællesskabet sidder inde med, et resultat af afledt ret (*compétence d'attribution*). Fællesskabet skal således agere inden for rammerne

---

38 Dom af 13. februar 1979 i Sag 101/78, Saml. 1979, s. 623ff. Den pågældende dom er en af de mange skummetmælkspulver-sager, her om nationalt ansvar.

39 Sag 101/78, pr. 5.

40 Dom af 23. april 1986 i Sag 294/83, Saml. 1986, s. 1357.

41 I den engelske udgave af dommen bruges formuleringen *"based on the rule of law"*.

42 Sag 294/83, pr. 23.

43 Ipsen, H. P.: Europäisches Gemeinschaftsrecht, s. 512.

44 Om sondringen mellem den formelle og den materielle retsstat i tysk ret, se note 8, s. 329.

45 Jf. TEF art. 5, stk. 1, hvorefter *"Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt det ved denne traktat"*, og TEF art. 7, stk. 1, hvorefter *"Hver institution handler inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den ved denne traktat"*.

af de bestemmelser, som er fastsat i deres respektive love.[46] Som et resultat af, at det formelle aspekt af legalitetsprincippet kendes i Fællesskabsretten, kan fællesskabsborgeren beskytte sig selv mod, at fællesskabet overskrider sine beføjelser, ved at påberåbe sig sin lovmæssige beskyttelse.[47]

Ipsen beskriver dette forhold på følgende måde: *"Es gewährleistet bereits vom Ansatz der limitierten Organzuständigkeit her diejenige rechtsstaatsliche Gewaltbegrenzung, die den Marktbürger vor unkontrollierter Gewaltinwirkung schüzt. Es ist deshalb gerechtfertigt, das den Gemeinschaftverträgen zugrunde liegende* ***Prinzip der beschränkten Zuständigkeit*** *der Gemeinschaftsorgane in seiner* ***Wirkung*** *als ein* ***allgemeines Handlungsgebot*** *rechtsstaatlicher Funktion zu begreifen, dessen Verletzung gerichtlicher Kontrolle unterliegt."*[48] [Min fremhævelse]. *Ipsen* anser proportionalitetsprincippet som en manifestation af legalitetsprincippet og specielt som en udvidelse af det kompetenceprincip, som er begrænset af traktaten.[49]

Det europæiske fællesskab opfylder også de krav, som stilles til det *materielle* aspekt af legalitetsprincippet. Selvom det oprindeligt var meningen, at EF-Domstolen skulle formulere objektive principper for administrativ handling i samspil med legalitetsprincippet, har disse principper ifølge Ipsen en bindende effekt på fællesskabets myndigheder på samme måde som de fundamentale rettigheder i betydningen at de giver en automatisk beskyttelse til borgerne i fællesskabet[50] og tvinger de offentlige myndigheder i fællesskabet til at overholde en retfærdighedsgrundsætning (principle of justice).[51]

---

46 Emiliou, s. 138.

47 Schwarze, s. 713.

48 Ipsen, H.P.: Europäisches Gemeinschaftsrecht, s. 511.

49 Ipsen. H.P.: Die Verfassungrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, s. 29 i Schwarze, s. 713.

50 Ipsen, H.P.: Europäisches Gemeinschaftsrecht, s. 734.

51 Jf. dom af 13. juli 1962 i Sag 19/61 *Mannesmann*, Saml. 1954-1964, s. 333f. I dommen fastslås, at Den Høje Myndighed ved planlægningen af de finansielle ordninger er forpligtet til at tage hensyn til de faktiske økonomiske forhold, som disse ordninger skal anvendes på, således at de tilstræbte mål kan opnås på de gunstigste betingelser for og under de mindst mulige ofre fra de pågældende virksomheder. Dette kaldes *"retfærdighedsgrundsætningen"* eller *"principle of justice"*.

7.2.1.3 Nationale regler

I fællesskabsretten er anvendelsen af proportionalitetsprincippet retfærdiggjort med en henvisning til retssystemerne i de enkelte medlemsstater. Den metode, som benyttes til at bevise eksistensen af generelle retlige principper, er en vurdering af komparativ ret. Når den skrevne fællesskabsret ikke indeholder de regler, som der er brug for til at træffe afgørelse i en given sag, har Domstolen set sig nødt til at spille en *kreativ* juridisk rolle og selv udarbejde disse regler. I dette arbejde med bestemmelse af indholdet af retlige principper, således at disse bliver relevante i forhold til fællesskabsretten, har Domstolen taget udgangspunkt i udspringet af de værdier, som er kendte i de enkelte medlemsstater, og hvorpå de enkelte retssystemer er baseret. Dette er også tilfældet for proportionalitetsprincippet, som findes i forskellige udformninger i hovedparten af medlemsstaterne.[52]

Dette udgangspunkt, som Schwarze opstiller, kan dog modificeres af generaladvokat de Lamothes udtalelser i sit forslag til afgørelse i *Internationale Handelsgesellschaft*, hvor det forekommer sikkert for generaladvokaten, at den tese, som er valgt af retten i Frankfurt (proportionalitetsprincippet følger af den samlede virkning af art. 2 og 12 i Forbundsrepublikken Tysklands grundlov, og fællesskabsforanstaltninger kan ikke tilsidesætte disse forfatningsbestemmelser), må forkastes fuldstændigt. Dette begrunder de Lamothe med, at en fællesskabsretsakts lovlighed kun kan bedømmes i lyset af den skrevne eller uskrevne fælles ret, men aldrig i lyset af den nationale ret, selv om denne er en grundlov. For at underbygge dette udsagn henvises til Domstolens udtalelse i *Costa v. ENEL*,[53] hvor det blev fastslået, at den af traktaten afledte ret *"på grund af sin selvstændige natur retligt [må] gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse, idet den ellers ville miste sin fællesskabskarakter, og idet selve retsgrundlaget for Fællesskabet ellers ville blive bragt i fare"*. Generaladvokaten slår samtidig fast, at dette dog ikke betyder, at de fundamentale principper i national ret er værdiløse for fællesskabsretten. Disse principper bidrager til, at man i selve fællesskabsretten finder de nødvendige ressourcer til om fornødent at sikre respekten for de fundamentale rettigheder, som danner medlemsstaternes fælles arv. Generaladvokaten slår videre fast, at den påberåbte funda-

52 Schwarze, s. 714-715. Schwarze gennemgår princippets stilling i hovedparten af medlemsstaterne i European Administrative Law, s. 679ff.

53 Dom af 3. juni 1964, Sag 6/64 *Costa v. ENEL*. Saml. 1954-64, s. 531ff.

mentale rettighed – at det enkelte menneske ikke må få sin handlefrihed beskåret, ud over hvad der er nødvendigt for almenvellet – allerede er garanteret både ved fællesskabsrettens almindelige principper,[54] som Domstolen sikrer overholdelsen af, og ved en udtrykkelig bestemmelse i traktaten.[55]

På trods af generaladvokat de Lamothes grundige gennemgang af proportionalitetsprincippets oprindelse i *Internationale Handelsgesellschaft* påpeger han alligevel sluttelig, at problemstillingen ikke er så let at løse, som det umiddelbart ser ud til. *"Som Domstolen altså kan se, vil det således ikke blot være let for den i den ret, som påberåbes for den, at finde rent fællesskabsretlige grundprincipper, men der kan endog være tvivl om, hvilke af disse grundprincipper den bør anvende."*[56] Michael H. Jensen har lige så svært ved at komme frem til et endeligt resultat vedrørende proportionalitetsprincippets udledning. Han afslutter sin gennemgang med følgende bemærkning: *"Sammenfattende kan det siges, at der næppe kan gives et entydigt svar på, hvoraf Domstolen udleder det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip. Det er imidlertid utvivlsomt, at Domstolen i et ikke uvæsentligt omfang har ladet sig inspirere og støttet sig til regler og principper, som findes i medlemsstaternes retssystemer."*[57]

Sluttelig kan man spørge sig selv, om hele denne diskussion vedrørende princippets udledning egentlig er udtryk for andet end en gruppe af, primært tyske, teoretikere, som alle har en mening om, hvor dette for fællesskabsretten så fundamentale princip skal udledes fra. *Michael H. Jensen* giver i sin fremstilling fra 1990 udtryk for en opfattelse af, at antagelserne om, at hverken proportionalitetsprincippets udledning af det i fællesskabsretten iboende retsstatsprincip (legalitetsprincip) eller karakteristik som en anerkendt fællesskabsretlig grundsætning af folkeretlig oprindelse har nogen særlig støtte i praksis. Det er derimod hans opfattelse, at EF-Domstolen er tilbøjelig til, ved hjælp af en retssammenlignende metode at udlede det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip af retligt

54 Generaladvokaten henviser bl.a. til den ovenfor omtalte Sag 8/55 *Fédération Charbonnière*.

55 Generaladvokaten henviser her til TEF art. 34 (TEU art. 40), som omhandler landbruget, og hvoraf det følger, at den fælles ordning af markederne, som er oprettet med henblik på at nå de i TEF art. 33 (TEU art. 39) nævnte mål, kun kan medføre sådanne foranstaltninger, som er *nødvendige* for at nå de i TEF art. 33 (TEU art. 39) fastsatte mål. Sag 11/70, s. 250 (generaladvokatens forslag til afgørelse).

56 Sag 11/70, s. 251 (generaladvokatens forslag til afgørelse).

57 Jensen, Michael H.: Proportionalitetsprincippet i EF-retlig belysning, s. 33.

materiale fra medlemsstaternes retssystemer. Materiale, som hovedsageligt er funderet i grundlæggende retsprincipper og retsgrundsætninger.[58] Hvis dette udsagn holder stik, vil det være muligt at tage udgangspunkt i det tidligere omtalte tyske proportionalitetsprincip i fastlæggelse af indholdet i den europæiske variant af princippet. Det er svært at give Michael H. Jensen uret i disse betragtninger, men efter min opfattelse er disse udledningsforsøg ikke længere så relevante, som de har været, både fordi Domstolen har anerkendt, at proportionalitetsprincippet er en generel retsgrundsætning i fællesskabsretten, og fordi princippet nu er traktatfæstet i TEF art. art. 5, stk. 3.

7.2.2 Subsidiaritet og proportionalitet

Den grundlæggende tanke bag subsidiaritetsprincippet er, at Fællesskabet ikke skal handle på et område, medmindre den påtænkte handling bedre kan gennemføres på fællesskabsplan end på nationalt plan. Princippet er således et vigtigt kompetencefordelingsprincip. Princippet kan ses som udtryk for den tanke, at beslutninger, der berører borgerne, skal træffes så tæt på disse som muligt – altså et nærhedsprincip. Subsidiaritetsprincippet blev traktatfæstet i Unionstraktaten, hvor det har fundet sin autoritative udformning i TEF art. 5, stk. 2: *"På de områder, der ikke hører ind under dets [fællesskabets]* enekompetence, handler Fællesskabet, i overensstemmelse med **subsidiaritetsprincippet**, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlings omfang og virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan."[59] [Min fremhævelse].

Subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet er tæt forbundne principper, men de er ikke identiske. For det *første* udgør subsidiaritet en indskrænkning i Fællesskabets bemyndigelse i forhold til medlemsstaterne, medens proportionalitet tilvejebringer et kriterium, hvorved intensiteten af Fællesskabets foranstaltninger kan vurderes. For det *andet* går proportionalitet et skridt videre end subsidiaritet. Subsidiaritet beskæftiger sig med spørgsmålet om

58 Jensen, Michael H.: Proportionalitetsprincippet i EF-retlig belysning, s. 32.

59 Gulmann m.fl.: EU-ret, 3. udg., s. 61f. For yderligere om princippet se: Neergaard, Ulla, m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 55ff og Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst, 5. udg., s. 383ff.

Fællesskabets foranstaltninger overhovedet behøves. Hvis Fællesskabets foranstaltninger ikke behøves, så er der tale om et brud på subsidiaritetsprincippet. I modsætning til dette kommer proportionalitetsprincippet først ind i billedet, når beslutningen om, at en given fællesskabsmæssig foranstaltning behøves, er taget. Sagt med andre ord angår subsidiaritet spørgsmålet om, hvem der er ansvarlig for at introducere foranstaltningen i en given sag. Ud fra dette synspunkt komplementerer proportionaliteten subsidiaritetsprincippet og tager dette princip et skridt videre.[60]

Den tætte samhørighed mellem subsidiaritet og proportionalitet blev også understreget i forbindelse med det europæiske topmøde i Edinburgh 11.-12. december 1992.[61] Her blev der givet udtryk for, at subsidiaritet drejede sig om, hvorvidt Fællesskabet skulle handle i en given situation, og at proportionalitet drejede sig om Fællesskabets valg af foranstaltninger, når det handler.[62] De to principper er direkte nævnt i den 2. protokol til Forfatningstraktaten.

Emiliou giver udtryk for, at subsidiaritet og proportionalitet kan have kumulativ effekt på hinanden. Subsidiaritet tilvejebringer den indledende berettigelse for en specifik fællesskabsmæssig foranstaltning, på et effektivt grundlag, bestemt ud fra henvisning til målet eller effekten af den foreslåede foranstaltning. Proportionalitet garanterer, at den foretagne handling ikke overskrider, hvad der er passende og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål.[63]

7.2.3 Retssikkerhed og proportionalitet

Enkelte juridiske forfattere har givet udtryk for, at retssikkerhedsprincippet er det mest komplekse og besværlige af de generelle EU-retlige principper. Baggrunden for dette skulle til forskel fra f.eks. proportionalitetsprincippet være, at der er tale om en gruppe af forskellige principper, som er tydeligt adskilte, men som alligevel ikke helt kan adskilles fra hinanden.[64]

Retssikkerhedsprincippet benyttes ofte som samlebetegnelse for

60 Emiliou, s. 140.

61 Overall Approach to the Application by the Counsil of the Subsidiarity Principle and Article 3b og the Teaty on European Union.

62 Emiliou, s. 141f.

63 Emiliou, s. 142.

64 Temple Lang: Legal Certainty and Legitimate Expectations as General Principle of Law i Bernitz og Nergelius: General Principles of European Community Law, s. 164.

forskellige andre almindelige retsgrundsætninger, som i det væsentlige stiller krav til myndighedernes regeludfærdigende, sagsbehandlende og konkret besluttende virksomhed. Det vil sige, at kravene efter omstændighederne også kan stilles til de nationale myndigheder i forbindelse med disses forvaltning af fællesskabsretlige regler. Inspirationen til grundsætningerne, som indbyrdes til dels er stærkt beslægtede og overlappende, har i visse henseender kunnet søges i alle de nationale retsordner, medens den i andre henseender overvejende er hentet i tysk ret. Retssikkerhedsprincippet er opdelt i to underbegreber; *kravet om beskyttelse af den berettigede forventning* og *kravet om forudseelighed*.[65]

Kravet om *beskyttelse af den berettigede forventning*[66] er udviklet af Domstolen med afsæt i især tysk rets regler om *Vertrauensschutz*.[67] Princippet indeholder mere konkret et krav om, at en borger, som befinder sig i en situation, hvor en fællesskabsmyndighed gennem præcise løfter har givet ham anledning til at nære en begrundet forhåbning, som udgangspunkt kan påberåbe sig dette.[68]

I kravet om forudseelighed ligger yderligere et krav om *ikke-tilbagevirkende kraft*,[69] og i en afhandling om proportionalitetsprincippet er det dette princip, som er det interessante, og det vil derfor kun være dette princip, som behandles mere indgående i det følgende. Ifølge den sekundære fællesskabslovgivning medfører kravet, at foranstaltninger ikke kan få virkning med tilbagevirkende kraft. I *Salumi*-dommen[70] sammenfatter Domstolens retspraksis vedrørende kravet på følgende måde: *"Mens processuelle regler almindeligvis antages at finde anvendelse i samtlige tvister, der verserer på ikrafttrædelsestidspunktet, forholder det sig anderledes med materielretlige regler. Disse fortolkes normalt således, at de kun omfatter forhold, som ligger*

---

65 Wegener, Morten: Juridisk metode, 3. udg., s. 223f. Se ligeledes Steiner & Woods: Textbook on EC Law, s. 168ff om Legal certainty og Nan Rasmussen og Schønberg: EU-menneskeret, s. 62ff.

66 På engelsk: *The principle of legitimate expectations* Wyatt & Dashwood: European Union Law, omtaler principperne *Legal Certainty* og *Legitimate Expectation*, s. 137-142.

67 Dog skal bemærkes, at det EU-retlige princip finder anvendelse såvel ved udstedelse af individuelle retsakter (forvaltningsakter) som ved udøvelsen af generelle lovgivningsmæssige beføjelser, medens det tyske princip om Vertrauensschutz alene finder anvendelse for individuelle retsakter, jf. Nan Rasmussen og Schønberg, s. 70 med note 147.

68 Wegener, Morten: Juridisk metode, 3. udg., s. 224.

69 På engelsk: *The principle of non-retroactivity*.

70 Dom af 12. november 1981 i Forenede sager 212-217/80 Amministrazione delle finanze dello stato mod srl meridionale industria *salumi*, Saml. 1981, s. 2735ff.

forud for ikrafttrædelsen, såfremt det af ordlyden, bestemmelsens formål eller opbygning klart fremgår, at dette har været meningen. Denne fortolkning er i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet og princippet om respekt for den berettigede forventning, der begge skal bidrage til at give fællesskabets lovgivning den fornødne klarhed og forudberegnelighed."[71]

I *Racke*-dommen fra 1979,[72] der bl.a. omhandler spørgsmål om gyldigheden af visse forordningsbestemmelser om monetære udligningsbeløb inden for vinsektoren og rækkevidden af de pågældende forordninger – bestemt ud fra deres ikrafttrædelses- og gyldighedstidspunkt – fastslår Domstolen, at retssikkerhedsprincippet i almindelighed forbyder, at en fællesskabsretsakt gives gyldighed fra et tidspunkt, der ligger før aktens offentliggørelse, og at undtagelser herfra kun kan tillades, når det tilstræbte formål fordrer det, og når de berørtes berettigede forventning respekteres behørigt.

Domstolen er blevet inddraget i flere sager for at fastlægge de grænser, som er pålagt gennem anvendelsen af proportionalitetsprincippet i forhold til Kommissionens henstillinger om brug af beskyttelsesmæssige foranstaltninger. Den største del af denne retspraksis har sit udspring i TEF art. 134, (TEU art. 115), hvor stk. 1 og 3 har følgende ordlyd:

> Stk. 1: *"For at sikre, at gennemførelsen af de handelspolitiske foranstaltninger, som medlemsstaterne har truffet i overensstemmelse med denne traktat, ikke hindres af fordrejninger i samhandlen, eller i tilfælde af, at forskelle mellem disse foranstaltninger medfører økonomiske vanskeligheder i en eller flere stater, retter Kommissionen henstilling om metoderne for det nødvendige samarbejde fra de andre medlemsstaters side. Gør Kommissionen ikke dette, kan den bemyndige medlemsstaterne til at træffe de nødvendige beskyttelsesforanstaltninger på de vilkår og i den nærmere udformning, som den fastsætter."*
>
> ...
>
> Stk. 3: *"Fortrinsvis skal sådanne foranstaltninger vælges, som* ***medfører de mindste forstyrrelser*** *i det fælles markeds funktion"* [Min fremhævelse].

Af ordlyden af denne sidste del af bestemmelsen fremgår, at der opstilles en proportionalitetstest for foranstaltninger, som gennemføres i henhold til denne bestemmelse.[73]

---

71 Forenede sager 212-217/80, pr. 9 og 10.

72 Dom af 25. januar 1979 i Sag 98/78, A. *Racke* mod Hauptzollamt Mainz, Saml. 1979, s. 69.

73 Den nedenfor omtalte problemstilling vedr. traktatens art. 134EF behandles også kort hos Schwarze, s. 1077.

I *Bock*-dommen[74] fra 1971 annullerede Domstolen delvis en beslutning fra Kommissionen om bemyndigelse af Tyskland til fra fællesskabsbehandling at udelukke visse produkter med oprindelse i folkerepublikken Kina, som allerede var bragt i fri omsætning i Beneluxlandene. Bemyndigelsen omfattede ansøgninger om importlincenser imødekommet før den anfægtede afgørelses ikrafttræden. I sit forslag til afgørelse fastslog generaladvokat Dutheillet de Lamothe, at den anfægtede bestemmelse måtte annulleres, og at det måtte fastslås, at den udvidelse, som var sket af de for fremtiden opstillede regler til at omfatte bestående retsforhold, ikke var absolut nødvendig for opnåelsen af det tilsigtede mål. Efter generaladvokatens opfattelse er den i sagen omhandlede risiko[75] *"for ringe til at retfærdiggøre et endog lille indgreb i grundsætningen om ikke-tilbagevirkende kraft"*.[76] I overensstemmelse med generaladvokatens udtalelse fastslår Domstolen følgende: *"under disse omstændigheder har Kommissionen ved at udstrække den omstridte bemyndigelse til en ansøgning, som vedrører en i forhold til effektiviteten af den af den pågældende medlemsstat påtænkte handelspolitiske foranstaltning ubetydelig disposition, og som ydermere blev indsendt på et tidspunkt, da princippet om den frie omsætning af den omhandlede vare gjaldt uindskrænket, overskredet grænserne for det 'nødvendige' i henhold til traktatens artikel 115, når traktaten fortolkes i sin almindelige sammenhæng, som den fremstår efter overgangstidens udløb"*.[77]

I den efterfølgende *Kaufhof*-sag[78] havde sagsøgeren den **2. januar** 1975 henvendt sig til forbudskontoret for ernæring og skovbrug om licens til at indføre en mindre mængde kinesisk bønnekonserves, som allerede befandt sig i fri omsætning i Nederlandene. Den 14. januar 1975 anmodede Tyskland under henvisning til EØF-traktatens art. 115 (TEF art. 134) om bemyndigelse til at undtage de i sagen omhandlede kinesiske varer fra fællesskabsbehandling, for så vidt dato for indgivelse af ansøgning om importdokumenter var senere end **1. januar 1975**. Ved beslutning af 20. januar 1975 meddelte Kommissionen bemyndigelse til at undtage de omhandlede varer, og sagsøgeren fik afslag på sin ansøgning om importlicens.

---

74 Dom af 23. november 1971 i Sag 62/70, Werner A. *Bock* mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber.

75 Omhandler, at de på fremtiden sigtende foranstaltninger ikke bliver anvendt på en eller maksimalt to licensansøgninger, der er indgivet til de tyske myndigheder.

76 Sag 62/70, Saml. 1971, s. 250.

77 Sag 62/70, pr. 15.

78 Dom af 8. april 1976 i Sag 29/75, *Kaufhof* AG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Saml. 1976, s. 431ff.

Kaufhof anlagde efterfølgende sag med påstand om, at Kommissionen havde overskredet sine beføjelser i henhold til traktatens art. 115 (TEF art. 134) og således tilsidesat grundsætningen om forholdet mellem mål og midler i administrative afgørelser. Under henvisning til Domstolens afgørelse i *Bock*-sagen anførte sagsøgeren, at i betragtning af den ubetydelige mængde konserves af grønne bønner, som sagsøgeren havde søgt om tilladelse til at indføre, havde det ikke været nødvendigt at udstrække den omstridte bemyndigelse til at omfatte licensansøgninger, der var indleveret på det tidspunkt, hvor Tysklands begæring blev fremsat for Kommissionen. I sit forslag til afgørelse giver generaladvokat J.-P. Warner udtryk for, at Kommissionen må have konstateret, at den til fulde forstår den pågældende medlemsstats politik samt begrundelsen herfor. Uden dette kendskab kan Kommissionen hverken bedømme, om de ansøgte foranstaltninger er *nødvendige* for beskyttelsen af den politik, eller, som det kræves i art. 115, stk. 3 (TEF art. 134, stk. 3), om der er tale om foranstaltninger, der *"medfører de mindste forstyrrelser i fællesmarkedets funktion"*. Generaladvokaten fortsætter med at fastslå, at når disse forhold er oplyst, skal Kommissionen udøve sit skøn omhyggeligt, idet den – også påpeget af Domstolen i *Bock*-sagen[79] – skal tage hensyn til, at enhver udøvelse af de i TEU art. 115 (TEF art. 134) hjemlede beføjelser medfører en undtagelse fra fællesmarkedets grundlæggende principper, hvorfor denne kompetence bør udøves med måde.[80] Domstolen begynder sin afgørelse med at fastslå, at *"de i art. 115 hjemlede undtagelser skal fortolkes og anvendes snævert, fordi de ikke blot er en afvigelse fra de førnævnte, for fællesmarkedets funktion grundlæggende artikler* [art. 9 sammenholdt med art. 30], *men også* [er] *en hindring for gennemførelsen af den i artikel 113 fastsatte fælles handelspolitik"*.[81] Efterfølgende fastlås, at *"ved ikke at kontrollere den pågældende medlemsstats begrundelse for de handelspolitiske foranstaltninger, den ønsker at indføre, har Kommissionen tilsidesat den forpligtelse, som artikel 115 pålægger den, til at efterprøve, om der er tale om foranstaltninger* ***"truffet i overensstemmelse med traktaten"****, og om de begærede beskyttelsesforanstaltninger er nødvendige i samme bestemmelses forstand"*.[82] Endelig tilføjer Domstolen, at Kommissionen har overskredet grænsen for sit frie skøn ved at udstrække bemyndigelsen til allerede modtagne ansøgninger uden hensyn til, om disse

79 Sag 62/70, pr. 14, hvor Domstolen henviser til traktatens art. 9 (TEF art. 23) og 30 (TEF art. 28) (varernes frie bevægelighed) og art. 113 (fælles handelspolitik).

80 Sag 29/75, Saml. 1976, s. 451.

81 Sag 29/75, pr. 5.

82 Sag 29/75, pr. 6.

ansøgninger omfatter betydelige eller ubetydelige mængder.[83] På baggrund af ovenstående annullerer Domstolen Kommissionens beslutning, for så vidt som den omfatter produkter, for hvilke der til den tyske forvaltning var indgivet ansøgninger om importlicens på det tidspunkt, hvor ansøgningen om bemyndigelse blev indgivet.[84]

Emiliou anser det som en indlysende konklusion, ud fra den ovenfor omtalte juridiske diskussion i de to domme, at det generelle princip om *economic law*[85] finder sine begrænsninger i proportionalitetsprincippet. Ifølge Emiliou kan det tidligere omtalte princip (må være retssikkerhedsprincippet) derfor ikke *"be applied where the extension of the application of rules validly laid down for future cases to pre-existing situations is not absolutely neccessary in order to attain the desired end"*.[86] Retssikkerhedsprincippet kan således ikke anvendes, når udstrækningen af anvendelsen af reglers gyldighed lægges til grund i fremtidige sager for så vidt angår tidligere situationer, der ikke er absolut nødvendige med henblik at opnå det ønskede mål.

Generaladvokat de Lamothe beskriver disse restriktioner på følgende måde i sit forslag til afgørelse i *Bock*-sagen: *"Men i hvert fald har Domstolen hver gang, den har anset det, der kan se ud som et vist indgreb i det almindelige retssikkerhedsprincip, for berettiget, stadig betonet, at lovligheden af dette indgreb er et resultat af den nødvendighed, der tilsigter mere eller mindre at bryde at almindeligt retsprincip for at nå det tilsigtede mål. I virkeligheden har Domstolen ved hjælp af en meget original og interessant konstruktion på en vis måde fortolket grundsætningen om ikke-tilbagevirkende kraft ud fra proportionalitetsprincippet."*[87]

---

83 Sag 29/75, pr. 6.

84 I den efterfølgende kendelse af 1. februar 1984 afsagt af Domstolens præsident i Sag 1/84R, *Ilford* SpA mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Saml. 1984, s. 423ff. fastholdes denne linje. Sagen omhandler en kommissionsbeslutning om bemyndigelse for Italien til at indføre tilsyn inden for Fællesskabet med indførsel af lysfølsomme film i ruller, ikke eksponerede: farvefilm med oprindelse i Japan. Det italienske selskab Ilford anlægger efterfølgende sag mod Kommissionen med påstand om annullation af den omtalte kommissionsbeslutning. I pr. 11 fastslås, at Kommissionen ikke på sagens nuværende trin – hverken i begrundelsen til den anfægtede beslutning eller i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler – på tilfredsstillende måde ses at have godtgjort, at betingelserne for at iværksætte de i art. 115 hjemlede beskyttelsesforanstaltninger, herunder navnlig en national italiensk handelspolitisk foranstaltning truffet i overensstemmelse med traktatens, er opfyldt i den omtalte sag.

85 En foranstaltning kan have tilbagevirkende kraft, hvis dens erklærede sigte ikke kan opnås på anden måde.

86 Emiliou, s. 147f.

87 Sag 62/70, Saml. 1971, s. 249f.

"It is quite clear, though not expressly mentioned in those judgements, that the crucial consideration that lead the Court till annul the retroactive effect on the authorizations in both ***Bock*** *and* ***Kaufhof*** *was the failure of the Commission to apply the 'proportionality test' required by Article 115(3)EC."*[88] Derfor skal Kommissionen – når den bemyndiger en medlemsstat til at træffe beskyttelsesforanstaltninger indenfor den handelspolitiske sfære – gennemgå de argumenter, som er fremsat af de nationale myndigheder som begrundelse for de pågældende foranstaltninger, og undersøge, om de er nødvendige og i overensstemmelse med traktaten. Kommissionens tilbagevirkende bemyndigelse af beskyttelsesmæssige foranstaltninger, som er fortaget af en medlemsstat, er ugyldige, derfor skal Kommissionen, når den overskrider grænsen for, hvad der er *nødvendigt* ved at udstrække bemyndigelsen til transaktioner, der er for betydningsløse til at retfærdiggøre selv en ringe indgreb i princippet om ikke-tilbagevirkende kraft.[89]

I forhold til proportionalitetsprincippet er den mest interessante del af retssikkerhedsprincippet kravet om ikke-tilbagevirkende kraft. Sammenfattende kan man sige, at forholdet mellem proportionalitetsprincippet og kravet om ikke-tilbagevirkende kraft primært er blevet prøvet i forhold til Kommissionens henstillinger om brug af beskyttelsesmæssige foranstaltninger. Retspraksis, som har sit udspring i TEF art. 134, viser, at EF-Domstolen, med generaladvokat de Lamothes ord, ved hjælp af en original og interessant konstruktion på en vis måde har fortolket grundsætningen om ikke-tilbagevirkende kraft ud fra proportionalitetsprincippet. I de omtalte sager er Kommissionen blevet underkendt, fordi den har *glemt* at foretage den proportionalitetstest, som kræves efter TEF art. 134, stk. 3. Konkret kommer dette til udtryk i, at Domstolen finder, at der et tale om en ubetydelig disposition i forhold til effektiviteten af den pågældende medlemsstats påtænkte handelspolitiske foranstaltning (Bock), og at der ikke tages hensyn til, om ansøgningerne vedrører betydelige eller ubetydelige mængder (Kaufhof).

7.2.4 Lighed og proportionalitet

Princippet om lighed for loven er et af de ældste og mest fundamentale principper i alle retssystemer, og det er fast forankret som et

88 Emiliou, s. 148.
89 Emiliou, a. st.

selvstændigt princip i både statsforfatningsret og forvaltningsret i ethvert demokratisk, forfatningsmæssigt system. Selvom princippet har forskellige udformninger i de enkelte lande, er dets gyldighed som retlig maksime anerkendt i enhver stat i den vestlige verden.[90]

7.2.4.1 Det generelle lighedsprincip

Der findes ikke en generel bestemmelse om lighed i nogle af de gældende traktater, som dog rummer flere specielle diskriminationsforbud.[91] Traktaten om det europæiske Kul og Stål Fællesskab indeholdt to lighedsregler,[92] som Domstolen anvendte i sin praksis så tidligt som i 1956.[93] I Traktaten om det Europæiske Økonomiske Fællesskab (og i Traktaten om Det europæiske Fællesskab) findes ligeledes en række specielle lighedsregler. Efter Domstolens udtalelser skulle disse blot være konkrete udtryk for et generelt lighedsprincip.[94] De specielle lighedsregler i TEF forbyder tre væsentlige former for forskelsbehandling; nationalitets- og kønsbestemt forskelsbehandling (TEF art. 12 (TEU art. 6) og TEF art. 141 (TEU art. 119)) samt forskelsbehandling af de økonomiske aktører i landbrugssektoren (TEF art. 34, stk. 2, 2. afs. (TEU art. 40. stk. 3, 2. pkt.)).[95]

Domstolen fastslog tidligt i sin praksis, hvad den forstod ved et princip om lighed. I *Pont-à-Mousson*-dommen[96] udtalte den for første gang, at *"forskelsbehandling består i at behandle sammenlignelige situationer forskelligt"*.[97] I *Mannesmann*-dommen,[98] som blev afsagt tre år senere, fik sætningen den skikkelse, den har i dag, idet Domstolen tilføjede, *"... medmindre objektive forskelle retfærdiggør en for-*

---

90 Schwarze, s. 545. Betegnes også som *forbuddet mod forskelsbehandling, princippet om ikke-forskelsbehandling, princippet om ligelig behandling*.

91 Regler, der forbyder, at der ved regelfastsættelse og/eller retsanvendelse tages hensyn til bestemte kriterier. Et generelt diskriminationsforbud forbyder i modsætning hertil *enhver form* for forskelsbehandling.

92 Art. 4b og art. 60.

93 Dom af 23. april 1956 i Forenede sager 7 og 9/54, Groupement des Industries Siderugirques Luxembourgeoises, Saml. 1954-64, s. 21 og Dom af 29. november 1956 i Sag 9/55 Société de Charbonnage de Beeringen, Saml. 1954-64, s. 33.

94 Omtales yderligere nedenfor.

95 Nan Rasmussen & Schønberg, s. 51-52.

96 Dom af 17. december 1959 i Sag 14/59, Saml. 1954-1964, s. 153.

97 Dommen findes ikke på dansk, men i den engelske udgave findes følgende formulering: *"Discrimination consisting of the dissimilar treatment of comparable situations"*, s. 231.

98 Dom af 13. juli 1962 i Sag 19/61, Mannesmann mod Den Høje Myndighed for Det europæiske Kul- og Stålfællesskab.

skelsbehandling".[99] Året senere i *Italien mod Kommissionen*[100] fastslog Domstolen yderligere, at *"forskellige situationer ikke må behandles på samme måde"*.[101] Lighedsgrundsætningen indebærer ikke, at alt lige skal behandles lige. Forskelsbehandling af det lige kan nemlig være objektivt begrundet. Domstolen har formuleret sætningens negative side på følgende måde: *"en forskellig behandling af ens situationer fører ikke automatisk til den konklusion, at der foreligger (ulovlig) forskelsbehandling"*.[102] Fællesskabets institutioner er altså ikke forpligtede til at behandle alle lige, men der må ikke være arbitrære forskelle mellem forskellige grupper inden for fællesskabet.[103]

Det var dog først i 1972 med dommen i *Frilli*-sagen,[104] at det blev fastslået, at det generelle lighedsprincip er et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten.[105] Dette er senere bekræftet i to domme – *S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson*[106] og *Ruckdeschel*[107] - afsagt 19. oktober 1977. I Ruckdeschel opsummerer Domstolen retsstillingen således: *"... det står ikke desto mindre fast, at forbudet mod forskelsbehandling i den nævnte bestemmelse* [TEF art. 34, stk. 2, 2. afs. (TEU art. 40, stk. 3, 2. afs.)] *blot er udtryk for det generelle lighedsprincip, som er et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten; efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet."*[108]

---

99 Dommen findes ikke på dansk, men i den engelske udgave findes følgende formulering: *"… without such differentiation being justified by the existence of substantial **objective** differences"*, s. 375.

100 Dom af 17. juli 1963 i Sag 13/63, Italien mod Kommissionen for Det europæiske økonomiske Fællesskab. Dommen er udførlig omtalt hos Schwarze, s. 571f.

101 Dommen findes ikke på dansk, men i den engelske udgave findes følgende formulering: *"Discrimination in substance would consist in trating either similar situations differently og **different situations identically**"*.

102 Sag 13/63, pkt. 4A, som i den engelske version har følgende ordlyd: *"The different treatment of non-comparable situations does not lead automatically to the conclusion that there is discrimination."* Emiliou bemærker i denne forbindelse, at man i undersøgelsen af, om en given foranstaltning er at betragte som diskrimination, først skal finde ud af, at der er tale om sammenlignelige situationer, jf. Emiliou, s. 149, note 160.

103 Emiliou, s. 149.

104 Dom af 22. juni 1972 i Sag 1/72, Rita Frilli mod Belgien, Saml. 1972, s. 109ff.

105 Sag 1/72, pr. 19.

106 Dom af 19. oktober 1977 i Forenede sager 124/76 og 20/77, *S. A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson*, Saml. 1977, s. 1795ff., pr. 16.

107 Dom af 19. oktober 1977 i Forenede sager 117/76 og 16/77, Albert *Ruckdeschel* & Co. og Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. mod Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamant mod Hauptzollamt Itzehoe, Saml. 1977, s. 1753ff. ("Kvædemel"), pr. 7.

108 Forenede sager 117/76 og 16/77, pr. 7.

> Med henvisning til TEF art. 34, stk. 2, 2. afs. kom generaladvokat F. Capotorti med en kortfattet formel, som fremhævede Domstolens retspraksis i sit forslag til afgørelse i Ruckdeschel:[109] *"I Domstolens retspraksis er fællesskabsbegrebet forskelsbehandling blevet belyst og uddybet ud fra tre væsentlige synspunkter: a) der foreligger forskelsbehandling, når sammenlignelige situationer behandles forskelligt; b) fællesskabsindgreb, som medfører en manglende ligevægt for virksomhedernes konkurrencedygtighed, skal anses for diskriminerende; c) forskelle begrundet i objektive kriterier er lovlige, medens enhver uberettiget ulighed i behandlingen udgør en forskelsbehandling."*[110]

På denne baggrund – gennem henvisning til TEF art. 34, stk. 3, 2. afs. – er der ingen tvivl om, at proportionalitetsprincippet også har sin berettigelse her. Undersøgelsen af, om der foreligger diskriminering, angår ikke den isolerede relation mellem indvirkningen af en lov på den materielle sfære af de påvirkede personer eller foretagender og hensigten med det underliggende formål, men snarere omhandler effekten på det konkurrerende forhold mellem foretagender.[111]

7.2.4.2 Forholdet mellem lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet

Herdegen starter sin gennemgang af lighed og proportionalitet som forskellige begreber med at fastslå følgende: *"The reasoning of the Luxembourg Court which deduces discrimination from an infringement of the principle of proportionality is rather puzzling for several reasons."*[112] På samme sted fastslår Herdegen, at relationen mellem det generelle lighedsprincip og proportionalitetsprincippet kan lyde noget uortodoks i et traditionelt lys, men siden 1977, hvor de såkaldte Skummetmælkspulver-sager blev afgjort, er der blevet etableret en tæt forbindelse mellem de to begreber i EF-Domstolens jurisprudens.[113]

---

109 Forenede sager 117/76 og 16/77, Saml. 1977, s. 1772ff. Det pågældende forslag til afgørelse omfatter bl.a. også de ovenfor omtalte Forenede sager 124/76 og 20/77, *S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson.*

110 Forenede sager 117/76 og 16/77, Saml. 1977, s. 1776.

111 Herdegen, Matthias: The Relation between the Principles of Equality and Proportionality i Common Market Law Review 1985, s. 683ff. (Her s. 685).

112 Herdegen, s. 686.

113 Herdegen, a. st. I forholdet mellem lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet findes en interessant problemstilling med hensyn til kønsdiskriminering. Denne problemstilling er fravalgt her, men problemstillingen behandles blandt andet følgende steder i litteraturen: Emiliou, s. 161-166 og Ellis: The Concept of

Ifølge *Nan Rasmussen og Schønberg* kan bedømmelsen af, om lighedsprincippet er respekteret, komme til at indebære en proportionalitetsvurdering. Forskellig behandling af sammenlignelige situationer vil nemlig være i strid med lighedsprincippet, hvis proportionalitetsprincippet ikke samtidig er respekteret. Hvis målet med retsakten kunne være opnået uden forskelsbehandling, fremtræder den som uproportional og dermed også i strid med lighedsprincippet.[114]

Domstolens afgørelse i *Skummetmælkspulver*-sagerne[115] markerer introduktionen af et nyt koncept.[116] I forbindelse med annulleringen af nogle bestemmelser i forordning 563/76 vedrørende obligatorisk opkøb af skummetmælkspulver fastslog Domstolen, at *"det obligatoriske opkøb til en så uforholdsmæssig[117] pris udgjorde en diskriminerende fordeling af byrderne mellem landbrugets forskellige sektorer"*.[118]

Emiliou sætter spørgsmålstegn ved Domstolens ræsonnement, som antyder diskrimination ud fra en overtrædelse af proportionalitetsprincippet. Forfatteren mener ikke, at de af Domstolen fremsatte synspunkter er understøttet af en komparativ analyse af retssystemerne i medlemsstaterne, som der er henvist til i TEF art. 288.[119] I de fleste nationale retssystemer i Fællesskabet bliver lighedsprincippet forstået som en beskyttelse mod forskellig behandling af sammenlignelige situationer, som ikke er rationelt begrundet ud fra objektive kriterier. Efter *Herdegens* opfattelse er det i denne kontekst blot *"... a question of terminology whether the principle of equality prohibits the unequal treatment of essentially equal situations or rather calls for justifi-*

Propotionality in European Community Sex Discrimination Law, i Ellis (red.): The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s. 165-181.

114 Nan Rasmussen & Schønberg, s. 54.

115 Dom af 5. juli 1977 i Sag 114/76 *Bela-Mühle* Josef Bergmann KG mod Grows-Farm GmbH & Co. KG, Saml. 1977, s. 1211ff. og Dom af 5.juli 1977 i Sag 116/76 *Granaria* B. V. mod Hoffproduktschap voor Akkerbouwprodukten, Saml. 1977, s. 1247ff. samt Dom af 5. juli 1977 i Forenede sager 119, 120/76 *Ölmühle* Hamburg AG mod Hauptzollamt Hamburg-Waltershof og Firma Kurt A. Becher mod Hauptzollamt Bremen-Nord, Saml. 1977, s. 1269ff.

116 Herdegen, s. 686. Ligeledes Emiliou, s. 151.

117 I den engelske oversættelse af dommen bruges udtrykket *disproportionate*.

118 Sag 114/76, pr. 7. Ligeledes sag 116/76, pr. 23 og forenede sager 119,120/76, pr. 7.

119 Den pågældende bestemmelse har i stk. 2 følgende ordlyd: *"For så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold skal Fællesskabet i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv."* Emiliou, s. 151. Herdegen, s. 687 påpeger det samme forhold, men sætter sit udsagn i et større perspektiv omfattende flere af Domstolens afgørelser.

cation of the different treatment of comparable situations".[120] Der er ikke nogen af retssystemerne, hvor det generelle lighedsprincip indeholder en reference til proportionalitet i betydningen af, at manglende proportionalitet er ensbetydende med ulovlig diskriminering, selv om de to begreber af og til overlapper hinanden.[121]

Vanskeligheden med at kombinere proportionalitet og ligebehandling i et sammenhængende og klart koncept illustreres i Domstolens retspraksis. I *Werhahn*-sagen[122] var sagsøgerne ejere af tyske møllerier, som forarbejdede hård hvede til fine gryn, som hovedsageligt blev afsat til dejvareproducenter. Sagsøgerne klagede over, at der var givet fællesskabsstøtte til franske og italienske producenter af hård hvede til en lavere pris end den tærskelpris, som sagsøgerne måtte betale for den importerede hårde hvede. Sagsøgerne påberåbte sig proportionalitetsprincippet for at påvise eksistensen af en ulovlig diskriminering, indeholdende det yderligere anbringende at systemet med støtte til produktionen af hård hvede i Fællesskabet medførte en disproportional fordel til franske møllerier, som var en følge af deres favorable geografiske placering tæt på produktionsområderne. Ifølge sagsøgerne medførte dette forhold ikke i sig selv en ulovlig forskelsbehandling, men, hvilket ikke i sig selv strider mod Traktatens bestemmelser, en mere fordelagtig beliggenhed for de franske virksomheder. Ikke desto mindre overstiger forskellen mellem priserne på de tyske og de franske markeder for hård hvede denne fordel, som består i forskellen i transportomkostninger mellem den parisiske region og de tyske handelscentre. Baggrunden for sagsøgernes klage var Rådets mislykkede bestræbelse på at træffe foranstaltninger, som kunne sikre ensartede konkurrencebetingelser for de forskellige medlemsstaters møllerier. Princippet om forhold mellem mål og midler var ifølge de tyske møllerier blevet krænket ved, at tærskelprisen var blevet sat for højt, således *"at den har fået tillagt en funktion, der går ud over, hvad der er nødvendigt til beskyttelse af fællesmarkedet, hvilket er i strid med Traktatens artikel 40, stk. 3, hvorefter den fællesordning kan omfatte alle foranstaltninger, der er 'nødvendige' for at nå de i artikel 39 fastsatte mål, men 'skal begrænses' til at forfølge disse mål"*.[123]

---

120 Herdegen, s. 687.

121 Herdegen, s. 687f.

122 Dom af 13. november 1973 i Forenede sager 63-69/73, Wilhelm *Werhahn* Hansamühle og andre mod Rådet for De europæiske Fællesskaber, Saml. 1973, s. 1229ff.

123 Forenede sager 63-69/73, pr. 18.

I sit forslag til afgørelse forkastede generaladvokat *K. Römer* de argumenter, som sagsøgerne havde fremsat på baggrund af traktatens bestemmelser. På baggrund af en serie udelukkende økonomiske overvejelser kom han frem til den konklusion, at der var sket en overtrædelse af lighedsprincippet. Der var ingen retlig begrundelse for begrebet *nødvendige* foranstaltninger foretaget med hensyn til formålene med den fælles ordning for markederne for landbrugsvarer. De fleste af de i TEF art. 34 opregnede formål, såvel som den i så henseende nødvendige afvejning, giver Fællesskabets institutioner et vidt spillerum. Generaladvokaten anser det for tilstrækkeligt for TEF art. 34, *"at en foranstaltning falder inden for dens rammer, at den kan anses som egnet til virkeliggørelse af de dér opførte formål. Derimod indeholder hverken denne bestemmelse eller nogen anden bestemmelse i Traktaten noget om, at artikel 39 kun kan anføres til støtte for en landbrugspolitisk foranstaltning, når denne er* ***absolut påkrævet, tvingende nødvendig*** *til virkeliggørelse af bestemmelsens formål"*[124] [Min fremhævelse].

Domstolen fulgte ikke generaladvokatens ræsonnement. Den fulgte i stedet *nødvendighedstilgangen.* I sammenligningen af den beskyttelse, som blev ydet de to kornsorter, konstaterer Domstolen: *"herefter ses det ikke, at Rådet ved sin beslutning om tærskelprisens højde er gået ud over, hvad der måtte anses for nødvendigt for at nå de mål, der er tilsigtet med støttesystemet for hård hvede"*.[125] Nødvendigheden af den anfægtede foranstaltning skal forstås som lighedsprincippet i sig selv i den relevante kontekst. Formålet med støttesystemet for hård hvede var at fremme den samlede dyrkning i fællesskabet. Domstolen overvejede, om Rådet burde have grebet ind ved at træffe foranstaltninger, som kunne sikre ensartede konkurrencebetingelser for de forskellige medlemsstaters møllerier. Eller med andre ord, om det diskriminerende tilskud skulle overvejes. Det blev ikke overvejet, om der fandtes objektive kriterier, men udelukkende om det var muligt for Rådet at få diskrimineringen til at ophøre. Domstolen undersøgte de forskellige reaktionsmuligheder – en lavere tærskelpris for importeret hård hvede, en lavere tærskelpris for de berørte lande (Tyskland og Benelux) og en højere interventionspris for hård hvede produceret på fællesmarkedet. Ikke desto mindre afviste Domstolen dem med følgende begrundelse: *"En sådan differentiering ville ikke alene stride mod den virkeliggørelse af det fælles marked, som er tilsigtet ved forordning ... om den fælles markedsordning for*

124 Forenede sager 63-69/73, Saml. 1973, s. 1260.
125 Forenede sager 63-69/73, pr. 20.

korn, men ville også true princippet om de frie varebevægelser."[126] Diskriminering blev i virkeligheden sat i forhold til andre fællesskabsinteresser – og tabte! Som en naturlig følge af det ovenstående tilføjer *Emiliou*, at sagen viser de vanskeligheder, som Domstolen har med at acceptere påberåbelsen af et brud på proportionalitetsprincippet. På trods af at sagsøgerne udtrykkeligt påberåbte sig det, henviste hverken Domstolen eller generaladvokaten klart til princippet. Domstolen begrænser sig udelukkende til en undersøgelse af *nødvendigheden* af den undersøgte foranstaltning og placerer dette begreb inden for rammerne af Traktatens interventionsbestemmelser, som indskrænker den rækkevidde betydeligt.[127]

Forvirringen omkring sammenblandingen af lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet var åbenbar i *Skummetmælkspulver*-sagerne[128]

En af parterne i sagen – *Ölmühle* – accepterede for sit vedkommende, at der må gives fællesskabsinstitutionerne et stort spillerum for bedømmelsen af en bestemmelses forenelighed mod formålene i TEF art. 33, stk. 1 (TEU art. 39, stk. 1).[129] *Emiliou* påpeger i denne forbindelse, at ovenstående argument udvander opfattelsen af diskriminering, som angår forskellig behandling af sammenlignelige situationer uden objektive kriterier. Objektive kriterier kan ikke indeholde de formål, som er opregnet i TEF art. 33 eller nogle generelle politiske overvejelser fra fællesskabet, men må relatere sig til det forhold, som behandles i den pågældende sag. Forfatteren mener, at undersøgelsen for diskriminering er meget specifik, medens undersøgelsen for proportionalitet er mere generel. Ved at tilføje det generelle proportionalitetskriterium til det specifikke diskriminationskriterium sammenblander man begge principperne og svækker dem derved.[130]

I sit forslag til afgørelse giver generaladvokat Capotorti følgende forklaring på den *begrebsmæssige forskel* mellem proportionalitetsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling: *"Ikke-forskelsbehandling vedrører forholdene mellem forskellige grupper borgere og består i, at disse behandles ensartet af de offentlige myndigheder, medens proportionalitetsprincippet indebærer, at de byder, som pålægges de undergivne, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at tilgodese den pågæl-*

126 Forenede sager 63-69/73, pr. 22.
127 Emiliou, s. 154.
128 For en fuldstændig henvisning, se fodnote 115, s. 373.
129 Forenede sager 119 og 120/76, Saml. 1977, s. 1276.
130 Emiliou, s. 155.

dende almene interesse. Når derfor en retsakt for bestemte grupper af retsundergivne medfører en overdreven forøgelse af byrderne i forhold til det fornødne – hvilket bør bedømmes konkret i sammenhæng med de økonomiske og sociale forhold og under hensyntagen til de disponible midler – så krænker denne retsakt proportionalitetsprincippet."[131] Med denne gennemgang undgår generaladvokaten at lave den *fejl*, som er beskrevet lige ovenfor, men formår i stedet at fremhæve den klare forskel, som er mellem de to principper. Generaladvokaten ender med at konkludere, at den i sagen omhandlede forordning er ugyldig – udelukkende på baggrund af en krænkelse af proportionalitetsprincippet.[132]

Domstolen formåede ikke på samme måde at holde de to principper adskilte, da den hævdede, at: *"det obligatoriske opkøb til en så* ***uforholdsmæssig***[133] *pris udgjorde en* ***diskriminerende*** *fordeling af byrderne mellem landbrugets forskellige sektorer; ydermere var en sådan forpligtelse ikke nødvendig for at nå det ønskede formål, nemlig at få afsat lagrene af skummetmælkspulver; dette kunne derfor ikke retfærdiggøres som en gennemførelse af formålene for den fælles landbrugspolitik"*.[134] [Min fremhævelse].

Udtrykket *fordeling af byrderne* peger i retning af en anvendelse af en proportionalitetsvurdering. Dette er bestyrket af nedenstående citat, som omtaler *det tilsigtede mål*. Denne fortolkning giver Domstolen anseelse igen, da den skulle overveje det samme emne i relation til erstatningens størrelse i sagerne *Bayerische HNL* (Skummetmælkspulver-ansvar).[135] Her fastslog Domstolen, at det, der var lagt til grund for afgørelserne i Skummetmælkspulver-sagerne, var: *"at det i forordningen foreskrevne opkøb af skummetmælkspulver var blevet pålagt til en så uforholdsmæssig pris, at det svarede til en diskriminerende fordeling af byrderne*[136] *mellem de forskellige landbrugssektorer uden at være berettiget som en foranstaltning, der var nødvendig for det tilsigtede mål, nemlig at få afsat lagrene af skummetmælk"*.[137]

Denne temmelig impulsive formodning for diskriminering krævede ikke overraskende et restriktivt modsvar, da spørgsmålet om

131 Sag 114/76, Saml. 1977, s. 1231.

132 Sag 114/76, Saml. 1977, s. 1244. Generaladvokaten bruger i denne sammenhæng terminologien: *princippet om forhold mellem mål og midler*.

133 I den engelske oversættelse af dommen bruges udtrykket *"disproportionate"*.

134 Sag 114/76, pr. 7, Sag 116/76, pr. 23-25 og Forenede sager 119 og 120/76, pr. 7.

135 Dom af 25. maj 1978 i Forenede sager 83, 94/76 og 15, 40/77, *Bayerische HNL* Vermehrungsbetriebe GmbH & Co. Og andre mod Rådet og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Saml. 1978, s. 1209ff.

136 I den engelske oversættelse bruges udtrykket *burden of costs*.

137 Forenede sager 83 og 94/76 og 4, 15 og 40/77, pr. 3.

erstatning for følgerne af annullationen af den omhandlede forordning skulle besvares. Som en modvægt til denne brede afgrænsning af diskriminering konkluderede Domstolen, at den pågældende fællesskabsinstitution *"åbenbart og groft har overskredet grænserne for udøvelse af sine beføjelser"*.[138]

Domstolen fremlagde et endnu mere ekstraordinært ræsonnement vedrørende kombinationen af lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet i *Isoglucose*-sagerne.[139] Sagsøgerne var producenter af stivelse, som producerede eller som havde til hensigt at producere isoglucose – en glucosesirup med et højt fructoseindhold – som på daværende tidspunkt kun havde været solgt på Fællesskabets marked i større mængder siden 1976, og som blev produceret på grundlag af stivelse, fremstillet på forskellige former for korn, men oftest af majs, hvoraf en væsentlig del blev importeret fra tredjelande. Selv om isoglucose i mange henseender har de samme egenskaber som rørsukker eller roesukker, adskiller det sig i visse henseender fra sukker, idet produktet navnlig ikke kunne krystalliseres på det daværende tekniske stadium. Derfor kunne det ikke afsættes til fødevareindustrien, som anvender sukker i flydende form i læskedrikke, syltetøj, biskuit, flødeis mm. På disse områder konkurrerede isoglucose med flydende sukker.

I annullationssøgsmålet fandt Domstolen, at den i sagen omhandlede forordning indfører en produktionsafgiftsordning for isoglucose, der er *"åbenbart ulige"* sammenlignet med sukkerproducenter, og derfor er der sket en overtrædelse af TEF art. 34, stk. 2, 2. afs. (TEU art. 40, stk. 3, 2. afs.). Eller sagt med Domstolens egne ord: *"... ulemper af den påståede art kan imidlertid ikke begrunde opkrævning af en åbenbart ulige afgift"*.[140] Her er der igen tale om en sag, hvor generaladvokaten (Reischl) behandler de to principper hver for sig i sit forslag til afgørelse. Generaladvokaten finder for det *første*, at der ikke kan være tale om forskelsbehandling i forhold til stivelsesproducenterne, fordi der ikke eksisterer nogen konkurrence mellem isoglucose og stivelse. Generaladvokaten finder for det *andet*, at der ikke eksisterer nogen egentlig konkurrence mellem isoglucose og glucose. Efter generaladvokatens opfattelse er det overbevisende, at de to produkter må antages at have forskellige anvendelsesområ-

138 Forenede sager 83 og 94/76 og 4, 15 og 40/77, pr. 6.

139 Dom af 25. oktober 1978 i Forenede sager 103, 145/77, *Royal Scholten Honig* (Holdings) Limited mod Intervention Board for Argicultural Produce; Tunnel Refineries Limited mod Intervention Board for Argicultural Produce, Saml. 1978, s. 2037ff.

140 Forenede sager 103 og 145/77, pr. 82.

der, fordi der er en væsentlig forskel i deres sødekraft, hvilket betyder, at der ikke foreligger forskelsbehandling, da forudsætningen herfor er, at produkterne kan erstatte hinanden.[141]

Senere afslog Domstolen, at Rådet skulle ifalde erstatningsansvar, med følgende begrundelse: *"at der, når henses til, at en passende afgift var fuldt ud berettiget, ikke var tale om fejl af en så alvorlig karakter, at de sagsøgte institutioners adfærd i denne henseende kan betegnes som grænsende til vilkårlighed, og derfor af en sådan art, at den pådrager Fællesskabet ansvar uden for kontraktsforhold"*.[142] Med hensyn til ovenstående er det ifølge *Emiliou* hævdet, at det i disse sager ville have været lige så rimeligt at (alene) forudsætte, at de pålagte afgifter var disproportionale, og at afvise Fællesskabets ansvar på baggrund af, at ingen specifik rettighed eller frihed med sin egen materielle ramme (så som friheden til ejendom eller konkurrence) var krænket på en måde, som krævede kompensation.[143]

Denne temmelig uheldige *fortynding* af proportionalitet og lighed var også til stede i *Milac*-sagen,[144] hvor Domstolen med henvisning til ikke-diskriminering, udtalte følgende: *"... de forskellige led i en fælles ordning af markederne, såsom bl.a. beskyttelsesforanstaltninger, tilskud og støtte,* [kan] *kun varieres regionalt eller efter andre produktions- eller forbrugsvilkår på grundlag af objektive kriterier, som sikrer en rimelig*[145] *fordeling af fordele og ulemper mellem de heraf berørte uden sondring mellem de forskellige medlemsstaters landområde"*.[146]

Ovenstående passus tilvejebringer imidlertid ikke nogen forklaring. Der findes bestemte sager vedrørende *nedsættelse* fra lighedsprincippet i forhold til midlertidig støtte som er nødvendig for den fuldstændige udvikling af den fælles landbrugspolitik. Det ser ud til, at Domstolen anser diskrimination og proportionalitet som ét begreb i disse sager. Denne analyse kan hjælpe med til at forklare dommen i den tidligere omtalte *Werhahn*-sag,[147] hvor Domstolen ikke overvejede, om der fandtes nogle objektive kriterier, som kunne retfærdiggøre de forskellige priser, men udelukkende om det var muligt for Rådet at afslutte diskriminationen. Eller med andre ord, om formålet ikke kunne have været nået på en anden måde, som

141 Sag 125/77, Saml. 1978, s. 2015.
142 Forenede sager 116, 124/77, pr. 19.
143 Emiliou, s. 156f.
144 Dom af 13. juli 1978 i Sag 8/78, *Milac* GmbH, Gross- und Aussenhandel mod Hauptzollamt Freiburg, Saml. 1978, s. 1721ff.
145 I den engelske oversættelse bruges ordet *proportionate*.
146 Sag 8/78, pr. 18.
147 Forenede sager 63-69/72. For en fuldstændig henvisning se fodnote, s. 349.

var mindre skadelig for sagsøgerne. Domstolen overvejede derefter, om tærskelprisen og interventionsprisen var et brud på proportionalitetsprincippet, og kom frem til, at det ikke var tilfældet. Med respekt af den nøje undersøgelse af proportionalitet og ikke-diskriminering i forening kan man ifølge Emiliou sige, at *"the case law of the Court does not always follow a straight line"*. Nogle gange bliver den påståede overtrædelse af proportionalitet vurderet sammen med begrebet ikke-diskriminering. I *Sermide*-sagen[148] gjorde firmaet Sermide gældende, at forskydningen af referenceperioderne var udtryk for en forskelsbehandling til skade for de italienske virksomheder, der ligger i områder med produktionsunderskud, og som ikke eksporterer, eller som eksporterer forholdsvis små mængder. På denne måde begunstigede den udelukkende virksomheder i Nordeuropa, hvor der var produktionsoverskud, og som traditionelt eksporterer.[149] Domstolen refererede til forbuddet mod diskriminering i TEF art. 34, stk. 2, 2. afs. (TEU art. 40, stk. 3, 2. afs.) og gentog ordret den ovenfor citerede *Milac*-formel.[150]

I *Denkavit Nederland*[151] behandlede Domstolen derimod den påståede overtrædelse af de to principper hver for sig. Denkavit nedlagde i sagen påstand om, at støtten for levering af foderblandinger i løs vægt fra Holland til Belgien udbetales til sagsøgeren straks efter den månedlige fremlæggelse af ansøgningen og forarbejdningsopgørelserne og de tilsvarende oversigtsopgørelser, eventuelt med forbehold af tilbagebetaling. Sagsøgeren gjorde gældende, at art. 6, stk. 2 og art. 7 i forordning 1725/79 indeholder regler om bevisbyrden for anvendelse af leveringer i løs vægt, der er strengere for leveringer til udlandet end for leveringer i indlandet, med den konsekvens, at udbetalingen til støtte til eksport forsinkes ca. en måned i forhold til udbetalingen af støtte for leveringer på medlemsstaternes hjemmemarked.[152] Sagsøgerne anførte, at disse bestemmelser må anses for en forskelsbehandling af producenten i strid med TEF art. 34, stk. 2, og art. 37, stk. 3 (TEU art. 40, stk. 3, og art. 43, stk. 3, litra b)) og ligeledes i strid med proportionalitetsprincippet.[153] Domstolen behandler det påståede brud på de to principper hver for sig og konkluderer, at der ikke er tale om forskelsbehandling efter TEF art. 34, stk.

---

148 Dom af 13. december 1984 i Sag 106/83, Saml. 1984, s. 4209ff.

149 Sag 106/83, pr. 22.

150 Sag 106/83, pr. 28.

151 Dom af 17. maj 1984 i Sag 15/83 *Denkavit Nederland* BV mod Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, Saml. 1984, s. 2171ff.

152 Sag 15/83, pr. 3.

153 Sag 15/83, pr. 4.

2 (TEU art. 40, stk. 3). De forskellige måder, hvorpå støtten bliver udbetalt, svarer til en objektiv forskel i forholdene for eksporten på den ene side og for handlen i en medlemsstat på den anden.[154] Med hensyn til proportionalitetsprincippet konstaterede Domstolen, at princippet *"ikke tilsidesættes af en ordning, hvorefter der som betingelse for udbetaling af en støtte skal ske en forudgående administrativ kontrol, når der er tale om særligt høje beløb, og når der er særlig fare for svig"*.[155]

I den tredje *Racke*-sag,[156] som omhandlede beregningen af told ved import af Tokay-vine, behandlede Domstolen først den påståede overtrædelse af TEF art. 34, stk. 2, 2. afs. (TEU art. 40, stk. 3, 2. afs.). Domstolen konkluderer, at gennemgangen af sagens akter intet har frembragt, der giver grundlag for at antage, at den pågældende forordning er i strid med den omtalte traktatbestemmelse.[157] Efterfølgende beskæftiger Domstolen sig med spørgsmålet, om den omhandlede foranstaltning var nødvendig for at nå de i TEF art. 33 (TEU art. 39) fastsatte mål. Domstolen finder, at dette er tilfældet, og foranstaltningen er forenelig med TEF art. 34, stk. 2, 1. afs. (TEU art. 40, stk. 3, 1. afs.).[158]

Selvom Domstolens motiver til at behandle proportionalitet og diskriminering under ét er forståelige, hjælper dette ikke på retssikkerheden, når man ikke ved, om de to principper skal behandles under ét (Werhahn, Milac og Isoglucose) eller hver for sig (Denkavit Nederland). Emiliou har følgende kommentar til dette forhold: *"Logically, proportionality should only be relevant to the issue of discrimination where the measure is designed to help Community production as in* ***Werhahn****, where a degree of discrimination was essential if the objective of the measure was to have any effect. In other situations, individual undertakings should have the full protection of the fundamental rule of non-discrimination as well as the additional, but separate, remedy of proportionality."*[159]

Proportionalitetsprincippet har et særligt anvendelsesområde i sager med *positiv diskriminering*, når en speciel gruppe, der er ramt af normative eller faktiske ulemper (eksempelvis ugunstige konkurrencebetingelser eller begrænset adgang til undervisning), er begunstiget udvalgt for at lindre eller råde bod på eksisterende uligheder.

154 Sag 15/83, pr. 22.
155 Sag 15/83, pr. 31.
156 Dom af 13. november 1984 i Sag 283/83 Firma A. *Racke* mod Hauptzollamt Mainz, Saml. 1984, s. 3791ff.
157 Sag 283/83, pr. 12.
158 Sag 283/83, pr. 13.
159 Emiliou, s. 158.

Korrektionen af disse uligheder vil generelt set være ensbetydende med objektive og rimelige justeringer, der er undtaget vilkårlighed, og derfor er at betragte som diskriminerende differentiering. I disse sager må den ulige behandling i sammenlignelige situationer i princippet være retfærdiggjort ikke kun af rimelige, objektive kriterier; den skal også være tilstrækkelig og nødvendig i lyset af det forfulgte formål og de ulemper, som bliver påført de grupper, som har fordel af status quo.[160]

I *Italien mod Rådet* (Præmie for kartoffelstivelse)[161] klagede Italien over indførelse af en præmie til kartoffelstivelsesproducenter, som den mente var et brud (inter alia) på principperne om ikke-diskriminering og proportionalitet. Den italienske regering hævdede, at målet kunne have været nået med andre foranstaltninger end betalingen af en præmie til producenterne af kartoffelstivelse, som havde påført producenterne i majsindustrien en uforholdsmæssig byrde, da de to industrier er konkurrenter.

Domstolen fastslog, at præmien var blevet indført for at afbøde de særlige vanskeligheder, som Rådet havde konstateret i kartoffelstivelsessektoren som følge af en ugunstig udvikling i denne sektor af visse økonomiske faktorer, især værdien af biprodukterne fra hvert af hovedprodukterne. Denne forskel kunne derfor ikke sidestilles med en forskelsbehandling i den i traktaten forudsatte betydning.[162] Med hensyn til den påståede overtrædelse af proportionalitetsprincippet anførte Domstolen: *"... at formålet med præmien til kartoffelstivelsesproduktionen ikke var at sikre landbrugerne en bedre indkomst, men at opretholde kartoffelstivelsesindustriens rentabilitet og således sikre de traditionelle afsætningsmuligheder for kartoffelproduktionen i det omfang, denne produktion ikke har andre afsætningsmuligheder. Indførelsen af den omtvistede præmie under de eksisterende økonomiske forhold kan ikke anses for at stå i misforhold til det forfulgte formål, og dette anbringende kan derfor ikke tages til følge."*[163]

I denne forbindelse skal det fastslås, at anvendelsen af en *proportionalitetstest* opstår fra overtrædelsen af en interessesfære af væsentlig betydning for grupper, som på ugunstig måde er berørt af Fællesskabets intervention i den eksisterende ramme af (fordelagtige) økonomiske eller andre selvstændige forhold.[164]

---

160 Herdegen, s. 691f og ligeledes Emiliou, s. 159f.

161 Dom af 12. juli 1979 i Sag 166/78 Regeringen for den Italienske Republik mod Rådet for De europæiske Fællesskaber, Saml. 1979, s. 2575ff.

162 Sag 166/78, pr. 20.

163 Sag 166/78, pr. 23.

164 Herdegen, s. 692 og ligeledes Emiliou, s. 160.

Selvom begreberne lighed og proportionalitet skal være adskilte, har de alligevel visse fælles træk. Begge principper påtvinger lovgiveren en forpligtelse til at basere enhver differentiering eller begrænsning på rimelige kriterier. Begge begreber rummer også en test af elementære rimeligheds- og sandsynlighedsbetragtninger: Proportionalitetsprincippet under iagttagelse af egnetheds- og nødvendighedskriterierne; lighedsprincippet med respekt af vilkårlighed.[165] En omkostning, som på overfladen eller på grund af dens størrelse, er åbenbart urimelig, og derfor upassende til at nå det ønskede mål, er disproportionel såvel som vilkårlig. Under bestemte betingelser kan en foranstaltning, som overtræder individets eller et foretagendes materielle sfære, krænke begge principper. Således vil en usædvanlig stor omkostning, som forvrider den konkurrencemæssige relation mellem forskellige grupper, være ensbetydende med ulovlig diskriminering. Da dette aspekt af diskrimination ofte kræver hårfine økonomiske sammenligninger, vil det lejlighedsvis være lettere at holde sig til proportionalitetsprincippet, når en foranstaltning erklæres ulovlig.[166]

Ifølge Apollis: *"this superimposition of general principles is helpful to counsel, for in the examination of the complaint of* ***discrimination*** *one has to examine individual situations on their peculiar facts and as to their comparability to others, whereas this is not the case when using infringement of* ***proportionality*** *as a ground. However ...* ***proportionality*** *viewed in this context does not go beyond the narrower concept of 'necessity', derived from several provisions of the Treaty which give a wide definition of the powers of the institutions in the economic field. The limited function of* ***proportionality****, as it is also the case for* ***equality****, is explained by taking into account the concept of* ***opportunité****, which in the end dominates all economic litigation and influences the control and sanction of* ***discrimination*** *in this area."*[167] [Min fremhævelse].

Selvom det er blevet foreslået, at enhver foranstaltning, som mangler *rimelig proportion* i forhold til dets formål kan blive anset for diskriminering,[168] kunne de ovenstående argumenter nok tale

165 I fremstillingen bruges det engelske begreb *arbitrariness.* Capotori: Community Report i Fédeération Internationale pour le Droit Européen (F.I.D.E), Rapports pour le 11ème Congrès, Vol. 2, Le Principe d'égalité en droit économique/The principle of Equality in Economic Law, The Hague, 1984, s. 5 citeret i både Herdegen, s. 691 og Emiliou, s. 160f.

166 Herdegen, s. 691 og ligeledes Emiliou, s. 161.

167 Apollis: Le principe de l'égalité de treitement en droit économique communautaire (1980) i Revue de Marché Commun, s. 152 citeret i Emiliou, s. 161.

168 Jacqué: General Report i Fédeération Internationale pour le Droit Européen (F.I. D.E), Rapports pour le 11ème Congrès, Vol. 2, Le Principe d'égalité en droit

for, at de to begreber skal holdes adskilt. Eller som Emiliou siger det i afslutningen af sit afsnit om lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet: *"It should always be borne in mind that discrimination assumes the arbitrary natures of a difference in treatment introduced by a rule of law; whereas when reference is made to proportionality, it is the relation between the objective pursued by the rule and the burdens or restrictions which the latter imposes that are relevant."*[169]

Den tætte forbindelse mellem lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet blev skabt helt tilbage i 1977 med Domstolens afgørelse i de såkaldte skummetmælkspulversager. Som ovenfor nævnt indebærer det *generelle lighedsprincip*, at sammenlignelige situationer ikke må behandles forskelligt. Proportionalitetsprincippet skal dog respekteres i denne forbindelse. Eller formuleret anderledes, hvis målet med retsakten kunne have været nået uden forskelsbehandling, fremtræder retsakten som uproportional og dermed også i strid med lighedsprincippet. Det er karakteristisk ved de sager, hvori Domstolen har behandlet forholdet mellem de to grundlæggende principper, at det for en stor dels vedkommende har været vanskeligt at kombinere de to principper i et sammenhængende og klart koncept. Indtil 1984, hvor Domstolen afsagde dom i Denkavit Nederland og Racke III, blev principperne sammenblandet og behandlet under ét. I de to domme fra 1984 behandles principperne hver for sig, og det ser umiddelbart ud til, at det er den farbare vej i denne forbindelse. Hvis principperne sammenblandes i al for høj grad, mister de deres selvstændighed, og deres betydning udvandes derved.

I det generelle forhold mellem grundlæggende principper i fællesskabsretten er det væsentligt hele tiden at have for øje, at der er tale om enkeltstående principper, som for størstedelen af sagernes vedkommende er i stand til at stå alene. Det er udelukkende i grænsetilfældene, at brudfladerne mellem principperne bliver aktualiseret. Det vil altid først skulle vurderes, om principperne i deres rene form er overholdt i fællesskabsretten. Sammenfattende kan man sige, at proportionalitetsprincippet ikke kommer på banen med de her omtalte grundlæggende fællesskabsretlige principper, medmindre der er tale om en så lille overtrædelse af disse, at man ikke kan sige, at der er forhold mellem mål og midler.

économique/The principle of Equality in Economic Law, The Hague, 1984, s. 10 citeret i Emiliou, s. 161.

169 Emiliou, s. 161.

7.3 Proportionalitetsprincippets udvikling

Proportionalitetsprincippet blev set på et tidligt tidspunkt i fællesskabsretten. Princippet blev omtalt første gang i 1955 i *Fèdèration Charbonnière*,[170] hvor Domstolen refererede til princippet på følgende måde: *"Ifølge en almindelig anerkendt retsregel skal Den Høje Myndigheds indirekte reaktion mod en utilladelig handling fra virksomhederne være* ***afpasset*** *efter den handlings rækkevidde"*.[171] [Min fremhævelse]. Så allerede godt to år, efter EF-Domstolen afsagde sin første dom,[172] tog Domstolen tilløb til udvikling af det EU-retlige proportionalitetsprincip, således at Den Høje Myndigheds reaktioner skulle være tilpasset efter handlingens rækkevidde, eller som det siges i den engelske udgave af dommen: *"must be in* ***proportion*** *to the scale of that action"*.

Ifølge Emiliou er nedenstående en af de definitioner, som oftest bliver citeret i forbindelse med fastlæggelsen af indholdet i proportionalitetsprincippet.[173] Definitionen findes i Fromançais-dommen[174] fra 1983, hvor Domstolen udtaler følgende: *"For at afgøre, om en fællesskabsretlig bestemmelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, skal det for det første undersøges, om de midler, som iværksættes for at opfylde det tilsigtede mål, svarer til dets betydning, og for det andet, om de er nødvendige for at realisere det."*[175] Denne definition er mere snæver end den tidligere omtalte tyske definition,[176] idet den ikke indeholder kravet om egnethed eller Grundsatz der Geeignetheit.[177] Dette forhold skal nok ikke tillægges al for megen betydning, da det nok ligger eksplicit i de pågældende bestemmelser, at de pågældende midler er egnet til at opnå det opstillede formål.

Efterfølgende har Domstolen dog bevæget sig i retning af den tyske udformning af proportionalitetsprincippet med følgende udtalelse:

170 Dom af 29. november 1956 i Sag 8/55. Findes ikke i en dansk oversættelse. Den engelske udgave findes i engelsk specialudgave af Samlingen 1954-1956, s. 292ff.

171 Dom af 29. november 1956 i Sag 8/55 *Fédération Charbonnière*, Saml. 1954-1964, s. 30. Sagen findes kun i sammendrag på dansk, men den fulde afgørelse findes i engelsk specialudgave af Samlingen 1954-1956, s. 292ff.

172 Dom af 31. oktober 1953 i Sag 4/53 *Belgien mod Den Høje Myndighed*.

173 Emiliou, s. 134.

174 Dom af 23. februar 1983 i Sag 66/82 *Fromançais*. Saml. 1983, s. 395ff.

175 Sag 66/22, pr. 8. En tilsvarende definition findes i de senere sager, sag 125/83 *OBEA*, pr. 36, sag C-118/89 *Lingenfelser*, pr. 12 og sag C-155/89 *Phillip Brothers*, pr. 34.

176 Jf. afs. 6.4.2, s. 339ff. om den klassiske tyske opdeling af princippet.

177 Jf. afs. 6.4.2.1, s. 340.

> *"Efter Domstolens faste praksis hører proportionalitetsprincippet til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger. I henhold til dette princip er lovligheden af foranstaltninger, hvorved de erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, betinget af, at foranstaltninger er* ***egnede*** *til og* ***nødvendige*** *for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser; såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den* ***mindst bebyrdende*** *foranstaltning vælges, og byrderne må* ***ikke være uforholdsmæssige*** *i forhold til de tilsigtede mål".*[178] [Min fremhævelse].

Der er ikke tvivl om, at den ovenfor omtalte definition indeholder de tre grundlæggende principper, som findes i det tyske proportionalitetsprincip, men alligevel skal man være opmærksom på, at forskellige definitioner er benyttet i forskellige typer af sager.[179]

Ovenstående citat fra Domstolens praksis er den formulering, som oftest benyttes, når proportionalitetsprincippet påberåbes i sager.

Ud af denne forholdsvise korte formulering kan udledes flere forhold, men formuleringen er måske alligevel ikke så brugbar i forhold til løsningen af problemstillingen i denne afhandling – nemlig klarlægning af indholdet i det nødvendighedskriterium, som findes i den danske persondatalovs centrale behandlingsbestemmelser. Inden det fastslås, hvad ovenstående formulering ikke kan bruges til, er det på sin plads at bestemme, i hvilken sammenhæng det faktisk kan bruges. For det *første* fastslås, at proportionalitetsprincippet faktisk hører til en af fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger. For det *andet* kan man se, at det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip som udgangspunkt er tredelt – ligesom det er tilfældet med det tyske.[180] Den terminologi, som bruges i fællesskabsretten om de tre underprincipper, ser også umiddelbart ud til at være overensstemmende med den tyske. Det forhold, at Domstolen bruger alle tre underprincipper i sin almindelige formulering af proportionalitetsprincippet, kunne også tyde på, at underprincipperne så at sige *hænger sammen*, og derfor vil kravet om egnethed og proportionalitet i snæver forstand også blive behandlet i det føl-

---

178 Dom af 13. november 1990 i Sag C-331/88 *Fedesa*. Saml. 1990, s. 4023ff., præmis 13. En næsten tilsvarende udformning af princippet findes i forenede sager C-133/93, C-300/93, C-362/93 *Crispoltoni*, som dog bruger udtrykket *passende* i stedet for *egnede*. Denne ofte brugte udformning af proportionalitetsprincippet behandles yderligere i afs. 7.4, s. 387ff.

179 Emiliou, s. 134.

180 Jf. afs. 6.4.2, s. 339ff.

gende – men dog ikke så indgående som det for afhandlingen centrale nødvendighedskriterium.

7.4 Proportionalitetsprincippet som uskreven grundrettighed

I Domstolens tidligere afgørelser udfyldte proportionalitetsprincippet ofte det hul, som opstod i fraværet af præcist definerede fundamentale rettigheder i fællesskabsretten. I de senere afgørelser har proportionalitetsprincippet – selv hvor det førte til anbringelse af restriktioner på rettigheder, som ligner fundamentale rettigheder – tilvejebragt en betydelig grad af retlig beskyttelse i fællesskabsretten.[181] Denne tendens viste sig allerede i slutningen af 1962 i *San Michele*-sagen.[182]

Nærværende afsnit har til formål at kortlægge indholdet i det EU-retlige proportionalitetsprincip og især kravet om nødvendighed, for efterfølgende i kap. 10[183] at bruge dette til klarlægningen af indholdet i det nødvendighedskrav, som anvendes i persondataloven. Dette gøres via en gennemgang af relevante afgørelser fra EF-Domstolen. Denne gennemgang er opdelt således, at den først behandler de domme, hvor Domstolen har foretaget en ufuldstændig proportionalitetsvurdering, eller med andre ord en vurdering, hvor alle tre underled ikke indgår. Herefter gennemgås de domme, hvor der foretages en fuldstændig proportionalitetsvurdering af alle tre underled i princippet. Endelig undersøges, om proportionalitetsvurderingen er en anden, når det drejer sig om nationale foranstaltninger.

7.4.1 Terminologi

Det overordnede proportionalitetsprincip blev op gennem 1970'erne også benævnt: *princippet om et rimeligt forhold mellem mål og midler*, men op gennem årtiet var der dog tiltag til at bruge betegnelsen proportionalitetsprincippet i stedet. Dette ses blandt andet i *Internationale Handelsgesellschaft*,[184] hvor generaladvokat *Dutheillet de Lamothe*

181 Schwarze: European Administrative Law, s. 719.

182 Dom af 14. december 1962 i Forenede sager 5-11, 13-15/62 *San Michele*, Saml. 1962, s. 917ff.

183 Nedenfor s. 515ff.

184 Sag 11/70. For en fuldstændig henvisning se note 12, s. 352.

i sit forslag til afgørelse under behandlingen af den pågældende forordnings såkaldte *indre lovmæssighed* fastslår, at alle de omhandlede spørgsmål er knyttet til ét og samme problem, nemlig hvorvidt de pågældende foranstaltninger *"er i overensstemmelse med det såkaldte proportionalitetsprincip, hvorefter borgerne i almenvellets interesse kun kan pålægges strengt nødvendige forpligtelser"*.[185] I selve dommen omtales kun *princippet om forhold mellem mål og midler* – dog ikke direkte af Domstolen, men i dens henvisninger til de påstande, som var nedlagt af Verwaltningericht Frankfurt am Main.[186]

I forhold til problemstillingen i denne afhandling kan man sige, at det er heldigt, at Domstolen er klar og utvetydig i sin brug af begrebet *nødvendigt* i proportionalitetsvurderingen, og at denne anvendelse kan spores helt tilbage til de første afgørelser. Domstolen er desværre ikke helt så utvetydig i sin brug af begreber i forhold til de øvrige to begreber i proportionalitetsvurderingen. Så derfor har jeg set mig nødsaget til at foretage en gennemgang af de forskellige begreber, som Domstolen gennem årene har brugt til at beskrive de to begreber, som i denne fremstilling benævnes *egnethed* og *forholdsmæssighed*. Sluttelig gennemgås afgørelser, hvor der i nævnte rækkefølge er krav om *rimelighed og nødvendighed*.

7.4.1.1 Egnethed

Ved en gennemgang af en lang række domme vedrørende proportionalitetsprincippet fra EF-Domstolen viser der sig hurtigt et mønster i Domstolens brug af begreber til beskrivelse af kravet om egnethed. Det er heldigvis sådan, at Domstolen i mange tilfælde bruger betegnelsen *egnethed* om det krav som jo faktisk er ... egnethedskravet.[187] Denne tendens vil også kunne ses i gennemgangen af udvalgte domme nedenfor.[188] På trods af dette udgangspunkt holder Domstolen sig alligevel ikke tilbage med at anvende andre begreber i benævnelsen af egnethedskravet.

I Fromançais-sagen anvender Domstolen eksempelvis følgende

---

185 Sag 11/70, Saml. 1970, s. 250.

186 Sag 11/70, pr. 2.

187 Jf. dommene i følgende sager: Forenede sager 197-200, 243, 245 og 247/80, *Ludwigshafener*, pr. 37, Forenede sager 99, 100/76, *Beste Boter*, pr. 11, Sag C-331/88, *Fedesa*, pr. 13, Forenede sager C-133, C-300, C-362/93, *Crispoltoni*, pr. 41, Sag 265/87, *Schräder*, pr. 21, Sag 9/73, *Schlüter*, pr. 17, Sag 151/77, *Peiser*, pr. 11, Sag 56/86, *Société pour l'exportation des sucres*, pr. 28 og Sag 47/86, *Roquette*, pr. 19.

188 Jf. afs. 7.4.2, s. 391ff.

formulering: *"... om de midler, som iværksættes for at opfylde det tilsigtede mål,* ***svarer til*** *dets betydning, ..."*[189] [Min fremhævelse]. I Buitoni og Lingelfelser bruges begrebet *"hensigtsmæssigt"*[190] og i Phillip Brothers skal det i en undersøgelse af en EF-retlig bestemmelses overensstemmelse med proportionalitetsprincippet først undersøges, *"... om de foranstaltninger, der iværksættes til gennemførelse af bestemmelsens formål, er* ***afpasset*** *efter formålets betydning, ..."*[191] [Min fremhævelse].

I Domstolens nyere praksis (efter juni 1997) kan man sige, at hovedreglen er, at Domstolen bruger begrebet *egnethed*, men til denne hovedregel hører dog to undtagelser. I to afgørelser fra henholdsvis 2000 og 2002 – Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen og Baumbast og R – bruger Domstolen det tidligere anvendte begreb *hensigtsmæssigt*.[192] Endelig har Domstolen i dommen Merck, Sharp & Dohme fra 2002 anvendt det ikke tidligere anvendte begreb *tilstrækkeligt* i sin beskrivelse af det første underbegreb i proportionalitetsvurderingen.[193]

7.4.1.2 Forholdsmæssighed

Domstolens brug af forskellige begreber er heldigvis ikke helt så udtalt, når det gælder kravet om forholdsmæssighed. Den oftest benyttede formulering af kravet har følgende indhold: *"... såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den* ***mindst bebyrdende*** *foranstaltning vælges, og byrderne må* ***ikke være uforholdsmæssige*** *i forhold til de tilsigtede mål"*.[194]

Domstolen har i flere afgørelser – blandt andet Fromançais, Lingenfelser og Rau I – anvendt betegnelsen *"står i et rimeligt forhold til formålets betydning/til det forfulgte formål"*[195] i beskrivelsen af kravet om forholdsmæssighed.

I enkelte tilfælde er anvendt følgende begreber/formulerin-

189 Sag 66/82, pr. 8. For en fuldstændig henvisning se note 226, s. 406.

190 Sag 122/78, pr. 16 og Sag C-118/89, pr. 12. For en fuldstændig henvisning se note 252, s. 404 (Buitoni), og note 279, s. 410 (Lingenfelser).

191 Sag C-155/89, *Phillip Brothers*, pr. 34.

192 Sag C-356/97, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, pr. 35 og Sag C-413/99, *Baumbast og R*, pr. 91.

193 Sag C-443/99, *Merck, Sharp & Dohme*, pr. 18.

194 Formuleringen findes bl.a. i Sag 265/87, *Schräder*, pr. 21, Sag C-331/88, *Fedesa*, pr. 13, og Forenede sager C-133, 300, 362/93, *Crispoltoni*, pr. 41.

195 Sag 66/82 *Fromançais*, pr. 18, Sag C-118/89, *Lingenfelser*, pr. 12, Sag 261/81 *Rau I*, pr. 12 og C-192/01, *Kommissionen mod Danmark*, pr. 45.

ger: *"Proportional"*[196], *"... det middel, der skader samhandlen mindst muligt"*[197] og endelig *"urimelig"*.[198]

7.4.1.3 Rimeligt og nødvendigt

Når man gennemlæser afgørelser fra EF-Domstolen vedrørende proportionalitetsprincippet, kan man i enkelte tilfælde siges at blive forvirret på et højere terminologisk plan, nemlig når man i en række afgørelser støder på formuleringen, at det følger af proportionalitetsprincippet, at givne undtagelser ikke må gå *"videre end det er rimeligt og nødvendigt"*. I forhold til gennemgangen i de to forestående afsnit er denne formulering alt andet end klar, da Domstolen umiddelbart lægger op til, at der skal foretages en rimelighedsvurdering (eller en vurdering af forholdsmæssighed) inden der foretages en nødvendighedsvurdering. Det viser sig dog snart, at denne formulering primært bruges af Domstolen i en helt bestemt type af afgørelser, nemlig afgørelser hvor der gøres en undtagelse fra en subjektiv rettighed, som i alle disse sager er ligebehandling. Domstolen bruger i alle afgørelser følgende formulering: *"Det bemærkes endvidere, at i ethvert tilfælde, hvor der gøres en undtagelse fra en subjektiv rettighed som direktivets princip om ligebehandling af mænd og kvinder, skal den nærmere rækkevidde af undtagelsen fastlægges i forhold til proportionalitetsprincippet som en af de almindelige retsgrundsætninger, der ligger til grund for fællesskabsretten. Efter dette princip må undtagelserne ikke gå videre end* ***rimeligt og nødvendigt*** *for at nå det tilsigtede mål, hvorved ligebehandlingsprincippet i videst muligt omfang skal søges tilgodeset samtidig med hensynet til den offentlige orden, som bestemmer de vilkår, hvorunder den pågældende beskæftigelse udføres."*[199] [Min fremhævelse]. Efter denne konstatering fandtes stadig to afgørelser – Zuckerfabrik Franken og E. D. and F. Man – som anvendte formuleringen *rimelige og nødvendige*.[200] Disse to afgørelser havde ikke yderligere fællestræk, end at de begge omhandlede proportionalitetsprincippet. I begge tilfælde viste det sig, at der var tale om oversættelsesfejl i den danske tekst. Begge de engelske udgaver af de pågældede domme taler nemlig om hhv. *"necessary and*

196 Sag 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, pr. 35.
197 Sag 261/81, *Rau I*, pr. 12.
198 Sag 125/83, *OBEA*, pr. 38.
199 Sag 222/84, *Johnston*, pr. 38. Se ligeledes Sag C-161/96, *Südzucker*, pr. 31, Sag C-273/97, *Sidar*, pr. 26, Sag C-292/97, *Kreil*, pr. 23 og Sag C-476/99, *Lommers*, pr. 39.
200 Sag 181/84, *E. D. and F. Man*, pr. 20 og Sag 77/81, *Zuckerfabrik Franken*, pr. 25.

appropriate" og *"appropriate and necessary"*. Hvis disse formuleringer sættes i forhold til den engelske version af ovenfor omtalte[201] og mest anvendte formulering af proportionalitetsprincippet,[202] viser det sig tydeligt, at Domstolen rent faktisk beskæftiger sig med en egnethedsvurdering i stedet for en rimeligheds- eller forholdsmæssighedsvurdering.

7.4.2 *Ufuldstændig proportionalitetsvurdering*

Baggrunden for, at nærværende afsnit bærer overskriften: Ufuldstændig proportionalitetsvurdering, er, at Domstolen ikke er konsekvent i brugen af en treleddet proportionalitetsvurdering i sine domme. Selvom det selvfølgelig var ønskeligt, at Domstolen gennemførte en vurdering af alle tre led i hver enkelt dom, sker dette ikke i praksis. Det er dog karakteristisk, at egnetheds- og nødvendighedsvurderingen i mange tilfælde vanskeligt lader sig adskille.

I den første af de såkaldte **Skummetmælkspulver**-sager[203] var sagsøgerne fremstillere af kraftfoder. Disse havde en leveringsaftale med sagsøgte, som var ejer af en hønsefarm, om levering af kraftfoderet. Den nationale sag blev anlagt, fordi sagsøger ud over den aftalte pris krævede betaling af et beløb, som svarede til den byrde, som fulgte af forordning 563/76.[204] Sagsøgte bestred gyldigheden af den omtalte forordning. I denne forbindelse fandt sagsøgte det tvivlsomt, om forordningen var egnet til at stabilisere markederne. Det påpeges videre, at forordningen stred mod den tyske grundlov (specielt art. 12), og at indførelsen af en købsforpligtelse, som var ukendt i tysk erhvervsret og i retten til fri erhvervsudøvelse. Det ville kun være lovligt at forpligte bestemte handlende til at yde bidrag, hvis proportionalitetsprincippet blev respekteret, og der var en objektiv forbindelse mellem den begunstigede og den ramte. Pro-

201 Jf. ovenfor s. 386.

202 *"The Court has consistently held that the principle of proportionality is one of the general principles of Community law. By virtue of that principle, the lawfulness of the prohibition of an economic activity is subject to the condition that the prohibitory measures are* ***appropriate and necessary*** *in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question; when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued."*, jf. Sag C-331/88, *Fedesa*, pr. 13.

203 Sag 114/76. For en fuldstændig henvisning se note 115, s. 373.

204 Rådets forordning nr. 563/76 af 15. marts 1976 om obligatorisk opkøb af skummetmælkspulver, som interventionsorganerne ligger inde med, og som skal anvendes i foder.

portionalitetsprincippet ville i dette tilfælde kun være overholdt, hvis formålet med forordningen ikke kunne nås ved andre og mindre belastende foranstaltninger. Sagsøgte finder ikke, at det har været nødvendigt at indføre en købsforpligtelse for at nå de i forordningen fastsatte mål. I sin besvarelse af den fremsatte påstand begynder Rådet med at gøre gældende, at Domstolen ikke kan træffe afgørelse vedrørende fællesskabsretsakters overensstemmelse med national ret. Rådet (og Kommissionen) kommer således frem til, at de indsigelser, som er fremsat af sagsøgte, skal fortolkes således, at det ønskes undersøgt, hvorvidt forordningen strider mod visse fundamentale rettigheder. Rådet anser ikke proportionalitetsprincippet for at være fuldstændigt teoretisk, da det giver lovgiver en vid margen ved bedømmelsen af, om den tilsigtede lovgivningsforanstaltning – set i sin sammenhæng – er i overensstemmelse med det ønskede mål. Kommissionen giver yderligere udtryk for, at det almindelige proportionalitetsprincip – i denne sag – bør være det eneste kriterium for prøvelsen om en krænkelse af denne fundamentale rettighed forfølger et i sig selv lovligt formål, om den er egnet til gennemførelse af formålet, og om den udgør en vilkårlig og utilladelig byrde. Med hensyn til ordningens egnethed og nødvendighed tilføjer Kommissionen, at den var egnet til i vid udstrækning at medvirke til fjernelsen af overskuddene af skummetmælkspulver, idet den muliggjorde afsætning af store mængder af dette produkt til nye formål. Endelig fremfører Kommissionen et argument om, at den obligatoriske indkøbsordning var nødvendig, idet der ikke var nogen mulighed for hurtigt at nå det ønskede resultat.

De to sidste Skummetmælkspulver-sager[205] skyldes søgsmål, som importører havde anlagt mod retsakter, udstedt af nationale myndigheder, hvorved der i perioden mellem den 15. april og 11. maj 1976 blev givet afslag på anmodninger om tilladelse til import af vegetabilsk foder uden forudgående fremlæggelse af proteincertifikatet eller om udstedelse af nævnte certifikat uden forudgående sikkerhedsstillelse.

Forordning 563/76 blev udstedt på et tidspunkt, hvor interventionslagrene af skummetmælk var blevet meget store og fortsat voksede på trods af fællesskabsinstitutionernes foranstaltninger med henblik på at bremse tendensen til overproduktion af mælk og forøge afsætningen af skummetmælkspulver. Forordningen indførte en midlertidig ordning,[206] som skulle formindske lagrene ved øget

[205] Sag 116/76 og Forenede sager 119, 120/76. For en fuldstændig henvisning se note 115, s. 373.

[206] Den pågældende ordning ophørte 31. oktober 1976.

anvendelse af skummetmælkspulver til foder. Med henblik på opnåelsen af dette mål gjorde forordningen *ydelsen af støtte* til visse vegetabilske proteinstoffer og overgang til fri omsætning *betinget af*, at der blev opkøbt bestemte mængder skummetmælkspulver. For at sikre overholdelsen af denne forpligtelse var ydelsen af støtte betinget af en sikkerhedsstillelse eller af fremlæggelse af visse former for bevis for opkøb og denaturering[207] af de foreskrevne mængder af skummetmælkspulver. Prisen for det obligatoriske køb af skummetmælkspulver var fastsat på et niveau, der var næsten tre gange højere end pulverets foderværdi. Forordningen bestemte yderligere, at det for kontrakter, som blev afsluttet inden forordningens ikrafttræden, gjaldt, at de personer, der successivt købte de omhandlede varer, blev pålagt virkningen af den byrde, som fulgte af ordningen. Forordningen indeholdt i modsætning hertil ingen bestemmelser, der kunne sikre forbrugere af foder (fjerkræopdrættere og svineavlere) en mulighed for at overvælte fordyrelsen på prisen på deres produkter.

Domstolen begynder med at henvise til formålet med den fælles landbrugspolitik; at rationalisere landbrugsproduktionen, at sikre landbrugsbefolkningen som helhed en rimelig levestandard, at stabilisere markederne, at sikre forsyningerne og at sikre forbrugerne rimelige priser på leverancerne. Efterfølgende sættes dette formål i forhold til de begrænsninger, der er i TEU art. 40, stk. 3 (TEF art. 34, stk. 2) *"... selv om artikel 39 således ved fastsættelse af den fælles landbrugspolitik giver udstrakte valgmuligheder med hensyn til udviklings- og interventionsforanstaltninger, bestemmes det ikke desto mindre i artikel 40, stk. 3, andet afsnit, at den fælles markedsordning skal begrænses til at forfølge de således fastsatte mål; endvidere bestemmer artikel 40, stk. 3, andet afsnit, at den fælles markedsordning 'bør udelukke enhver form for forskelsbehandling af Fællesskabets producenter eller forbrugere'; formålsbestemmelsen i artikel 39 opstiller således sammen med reglerne i artikel 40, stk. 3, andet afsnit på én gang positive og negative kriterier, som muliggør en vurdering af lovligheden af de trufne foranstaltninger"*.[208]

Videre fastslår Domstolen, at et kendetegn ved de pågældende ordninger var, *"at ikke blot producenterne i mælkesektoren men tillige og især producenterne i andre landbrugssektorer fik pålagt en økonomisk byrde dels i form af obligatorisk opkøb af visse mængder af et foderpro-*

---

207 At denaturere betyder at berøve noget dets natur eller gøre et stof uanvendeligt til et bestemt formål.

208 Sag 114/76, pr. 6, sag 116/76, pr. 18-20 og forenede sager 119/76 og 120/76, pr. 6.

dukt, dels i form af fastsættelse af en købspris for dette produkt, som lå tre gange højere end prisen på de varer, som produktet trådte i stedet for; det obligatoriske opkøb til en så ***uforholdsmæssig***[209] *pris udgjorde en* ***diskriminerende*** *fordeling af byrderne mellem landbrugets forskellige sektorer; ydermere var en sådan forpligtelse (ikke)* ***nødvendig*** *for at nå det ønskede formål, nemlig at få afsat lagrene af skummetmælkspulver; dette kunne derfor ikke retfærdiggøres som en gennemførelse af formålene for den fælles landbrugspolitik".*[210] [Min fremhævelse]. Domstolen finder derfor den pågældende forordning om obligatorisk opkøb af skummetmælkspulver ugyldig.

I sagen **Denkavit Nederland**[211] begynder Domstolen med at fastslå, at princippet ifølge Domstolens faste praksis kræver, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke går ud over, hvad der er egnet og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, og henviser i denne forbindelse til afgørelserne i Buitoni[212] og Fromançais.[213] Domstolen henviser til den fjerde betragtning til forordning 222/77, hvorefter anvendelsen af regler om fællesskabsforsendelse, herunder anvendelse af ensartede kontroldokumenter, letter transporten inden for Fællesskabet og forenkler navnlig formaliteterne ved overskridelsen af de indre grænser.[214] Domstolen bemærker derefter, at den pågældende ordning indebærer en forudgående administrativ kontrol og dernæst returnering af kontroleksemplaret til myndighederne i producentlandet, før støtten udbetales.[215] Da formålet med ordningen er at udelukke, at der kan udbetales støtte to gange, og at varen kan vende tilbage til den normale omsætning på markedet, og således at forhindre svig, er det nødvendigt nøje at overholde formkravene til beviset for såvel eksport som leveringer i indlandet.[216] Domstolen konstaterer sluttelig, at *"proportionalitetsprincippet ikke tilsidesættes af en ordning, hvorefter der som betingelse for udbetaling af en støtte skal ske en forudgående administrativ kontrol, når der er tale om særligt høje beløb, og når der er særlig fare for svig".*[217] Ifølge Domstolen skulle det

---

209 I den engelske oversættelse af dommen bruges udtrykket *"disproportionate"*.

210 Sag 114/76, pr. 7, Sag 116/76, pr. 23-25 og Forenede sager 119/76 og 120/76, pr. 7.

211 Dom af 17. maj 1984 i Sag 15/83 *Denkavit Nederland* BV mod Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, Saml. 1984, s. 2171ff.

212 Dommen er udførligt behandlet nedenfor, s. 404ff.

213 Dommen er udførligt behandlet nedenfor, s. 406ff.

214 Sag 15/83, pr. 27.

215 Sag 66/83, pr. 27.

216 Sag 66/83, pr. 29.

217 Sag 15/83, pr. 31.

følge heraf, *"at de omtvistede bestemmelser, selv hvis de medfører en vis forsinkelse i udbetalingen af støtten til eksport i forhold til udbetalingen af støtte til leveringer i indlandet, ikke er i strid med proportionalitetsprincippet, idet der gør sig særlige forhold gældende for fællesskabsforsendelsen"*.[218]

OBEA[219] omhandler en sag mellem OBEA og selskabet Corman, som havde udnyttet mulighederne for ved licitation at købe smør til nedsat pris hos det franske interventionsorgan Interlait. For at undgå at smørret blev anvendt til andre formål end de i forordningen[220] fastsatte, skulle der ifølge forordningen erlægges en forarbejdningssikkerhed, og der skulle foretages en kontrol fra udførslen fra lageret til smørrets forarbejdning. Efter forordningen blev forarbejdningssikkerheden kun frigivet for de mængder, for hvilke køberen havde ført bevis for, at de i forordningen nævnte betingelser var overholdt, herunder specielt at forarbejdningen havde fundet sted inden for en frist på seks måneder efter overtagelsesdagen. Videre blev det i forordningen bestemt, at i andre tilfælde end de ovenfor nævnte, som ikke kunne betragtes som force majeure, og hvor forarbejdningsfristen kun var overskredet med i alt 30 dage, og denne overskridelse ikke skyldtes grov forsømmelse fra den pågældendes side, udgjorde den sikkerhed, som blev tabt, et mindre beløb pr. dag, med hvilke fristen var overskredet. Dog var det en betingelse, at der blev indsendt en ansøgning til interventionsorganet inden for en frist af 30 dage regnet fra datoen for udløbet af den omhandlede frist. I denne sag blev et parti smør, som var købt efter forarbejdningen til smørfedt i Belgien, solgt til et engelsk selskab og herefter videresolgt til en anden koncern, der solgte smørpartiet til sit datterselskab. Ved en kontrol hos OBEA krævedes forarbejdningssikkerheden alligevel udbetalt, da det blev anført, at smørret først var blevet anvendt tre uger efter udløbet af fristen på seks måneder. Det tredje stillede præjudicielle spørgsmål drejede sig om, hvorvidt en given bestemmelse i den pågældende forordning var gyldig i forhold til proportionalitetsprincippet, for så vidt anvendelsen var betinget af, at der inden for en frist af 30 dage ansøges om forlængelse af forarbejdningsfristen. I besvarelsen af dette spørgsmål fastslår Domstolen følgende: *... at [det] for at fastslå, om en fællesskabsretlig regel er forenelig med proportionalitetsprin-*

218 Sag 15/83, pr. 31.

219 Dom af 1. oktober 1985 i Sag 125/83 Office belge de l'économie et de l'agriculture (*OBEA*) mod SA Corman et fils, Saml. 1985, s. 3039ff.

220 Kommissionens forordning nr. 232/75 af 30. januar 1975 om salg til nedsat pris af smør beregnet til fremstilling af konditorvarer og konsumis.

cippet, først skal undersøges, om de midler, som iværksættes for at opfylde det tilsigtede mål, svarer til dets betydning, og derefter om de er nødvendige for at realisere det".[221] Ifølge forordningens art. 19, stk. 2, andet afsnit, som giver mulighed for at graduere følgerne af en overskridelse af fristen på seks måneder, er denne mulighed betinget af, at der inden for den omhandlede frist indgives ansøgning om dette. Formålet med dette er dels at kontrollere, i hvilket omfang fristen på seks måneder overskrides, og dels at undgå administrative problemer i forbindelse med en tilfredsstillende gennemførelse af ordningen efter forordning 232/75. Domstolen udtaler videre, at *"Når der henses til dette formål, kan den omhandlede frist ikke betragtes som urimelig kort. Det ses ikke at være urimeligt at kræve, at den erhvervsdrivende, som har overskredet fristen på seks måneder, indgiver sin ansøgning inden for en frist på højst 30 dage."*[222]

Denkavit France[223] drejer sig om en række forskrifter, som de erhvervsdrivende måtte iagttage ifølge Kommissionens forordning nr. 1380/75[224] for at kunne oppebære de monetære udligningsbeløb, der blev udbetalt i samhandlen med landbrugsvarer inden for Fællesskabet.

Den 19. januar 1977 udførte sagsøgeren i hovedsagen, Denkavit France, et foderstof (Finisher C2) fra Frankrig til Det forenede Kongerige. Da man på daværende tidspunkt i landbrugshandlen mellem de to lande havde udnyttet en mulighed[225] for at lade de monetære udligningsbeløb, som påhvilede den importerende medlemsstat, udbetale af den eksporterende medlemsstat, var tildelingen af de monetære udligningsbeløb betinget af, at der kunne føres bevis for, at toldformaliteterne i forbindelse med indførslen var opfyldt. Principielt blev dette godtgjort gennem fremlæggelse af det såkaldte *kontroleksemplar C5*.[226] I denne sag blev der ved udførslen af det omtalte foderstof

221 Sag 125/83, pr. 36.

222 Sag 125/83, pr. 38.

223 Dom af 22. januar 1986 i Sag 266/84 *Denkavit France* SARL mod Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA), Saml. 1986, s. 149ff.

224 Kommissionens forordning nr. 1380/75 af 29. maj 1975 om gennemførelsesbestemmelser vedrørende monetære udligningsbeløb.

225 Jf. art. 2 a i Rådets forordning nr. 974/71 af 12. maj 1971 om visse konjunkturpolitiske foranstaltninger, der skal træffes inden for landbrugssektoren som følge af den midlertidige udvidelse af grænserne for kursudsving i visse medlemsstaters valutaer.

226 Jf. art. 1 i Kommissionens forordning 2315/69 af 19. november 1969 om benyttelse af fællesskabsforsendelsesdokumenter ved gennemførelse af fællesskabsforanstaltninger, der medfører kontrol med varernes anvendelse og/eller bestemmelse.

udfyldt et sådant kontroleksemplar, men originalen blev aldrig returneret til afgangstoldstedet. Ved skrivelse af 25. april 1977 meddelte Denkavit sagsøgte i sagen, FORMA, at originalerne i sagen ikke var blevet returneret. Senere tilsendte Denkavit FORMA kopierne af kontroleksemplaret T5, en importbekræftelse C10 og en faktura af 17. januar 1977. Denkavit anførte i denne forbindelse, at kontroleksemplaret var gået tabt hos den engelske told og rejste samtidig spørgsmålet om, hvorvidt det var muligt at indgive ansøgningen om udbetalingen af de monetære udligningsbeløb på den angivne måde. Ved skrivelse af 7. juni 1978 meddelte FORMA Denkavit, at firmaet måtte godtgøre, at der forelå et tilfælde af force majeure, og at det havde udvist al den fornødne omhu med hensyn til enten at fremlægge kontroleksemplaret eller hermed ligestillede dokumenter, og til inden fristen på de seks måneder at fremlægge de fuldstændige dokumenter, som kræves efter fællesskabsforskrifterne. Den 29. august 1978 forelagde Denkavit FORMA en ansøgning om udbetaling af monetære udligningsbeløb under henvisning til en række ansøgningen vedføjede dokumenter, som den begærede bevismæssigt ligestillet med de bortkomne dokumenter. 1. september samme år blev det meddelt Denkavit, at FORMA efter gennemgangen af de indleverede dokumenter, havde fundet at der ikke var udfoldet alle de anstrengelser, som var nødvendige for at erhverve de dokumenter, der kunne sidestilles med det kontroleksemplar T5, som var gået tabt hos de britiske toldmyndigheder. FORMA anførte videre, at fonden efter fornyet gennemgang af sagens akter ville tage stilling til, om der kunne ses bort fra forældelsesfristen, såfremt dokumenterne viste, at der inden den foreskrevne frist på seks måneder efter varernes import var blevet udfoldet sådanne anstrengelser. Den 6. november 1978 anlagde Denkavit sag ved Tribunal administratif de Paris med påstand om, at FORMA's beslutning ophævedes, og at sagsøgte tilpligtedes til at udbetale det monetære udligningsbeløb samt morarenter.

Den nationale domstol forelagde herefter følgende to præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen. Det for denne fremstilling centrale spørgsmål har følgende ordlyd: *"Er forældelsen i henhold til artikel 15 i forordning nr. 1380/75 – som stridende mod proportionalitetsprincippet og Fællesskabets ordning for udbetaling af monetære udligningsbeløb – udtryk for en tilsidesættelse af fællesskabets almindelige retsgrundsætninger ..."*

Den nævnte art. 15 i forordningen bestemmer følgende: *"Bortset fra tilfælde af force majeure skal dokumenterne om betaling af det monetære udligningsbeløb indgives senest seks måneder efter den dag, da toldformaliteterne er blevet afsluttet, idet kravet i modsat fald er forældet."*

I denne forbindelse er der grund til at beskæftige sig med general-

advokat *Carl Otto Lenz'* forslag til afgørelse,[227] da han kommer frem til et andet resultat end det, Domstolen efterfølgende gør. Generaladvokaten er ikke uenig med Domstolen i, at det ved afgørelsen af, om en bestemmelse i fællesskabsretten er forenelig med proportionalitetsprincippet, efter Domstolens faste praksis i første række må undersøges, om midlet til opnåelsen af det tilstræbte mål kan forenes med formålets betydning, og for det andet undersøges, om midlet er nødvendigt til formålets opfyldelse.[228] Generaladvokaten tager udgangspunkt i spørgsmålet om de forskellige frister, som findes i forordning 1380/75, og kommer frem til, at det uden tvivl er nødvendigt at fastsætte visse frister for indgivelse af ansøgningen om udbetaling af monetære udligningsbeløb og at fastsætte visse sanktioner, såfremt fristerne ikke overholdes. Generaladvokaten er dog samtidig af den opfattelse, at der må stilles den betingelse, at såvel fristerne som sanktionerne står i rimeligt forhold til det tilstræbte formål, hvilket i dette tilfælde er en hensigtsmæssig administration.[229] Carl Otto Lenz finder det også tvivlsomt, hvorvidt det er en rimelig sanktion, at retten til de monetære udligningsbeløb helt bortfalder. Der henvises i denne forbindelse til Domstolens afgørelse i Buitoni,[230] hvor det anføres, at fortabelsen af sikkerheden skal udgøre et passende forhold mellem mål og midler, når den eksport eller import, som den pågældende har forpligtet sig til at foretage, ikke gennemføres. Dette fandtes ikke at være tilfældet i den pågældende sag. Overført på situationen i denne sag, hvor kravet på de monetære udligningsbeløb er forældet, såfremt ansøgningen indgives for sent, kommer generaladvokaten med det standpunkt, at de to situationer godt kan sammenlignes, da der i begge tilfælde er tale om, at en ret til udbetaling af monetære udligningsbeløb fortabes. Yderligere er der det særlige forhold i Denkavit France, at forældelsesfristen gælder generelt, altså uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt forsinkelsen af ansøgningen beror på omstændigheder, der kan eller ikke kan tilregnes den erhvervsdrivende.[231] Sammenfattende kommer generaladvokaten frem til det resultat, at art. 15 i forordning nr. 1380/75 er ugyldig, i det omfang den fastsætter en forældelsesfrist for indgivelsen af ansøgningen om udbe-

227 Sag 266/84, Saml. 1986, s. 150ff.

228 Generaladvokaten henviser i denne forbindelse til afgørelsen i Sag 66/82 Fromançais. Se nedenfor note 266, s. 406 for en fuldstændig henvisning.

229 Sag 266/84, Saml. 1986, s. 161.

230 For en fuldstændig henvisning se note 252, s. 404, og en gennemgang af sagen 404ff.

231 Sag 266/84, Saml. 1986, s. 162.

taling af monetære udligningsbeløb også i de tilfælde, der ganske vist ikke kan betragtes som force majeure, men hvor den erhvervsdrivende ikke har mulighed for at indgive de dokumenter, der ledsager hans ansøgning, før fristen er udløbet, på grund af omstændigheder, som ikke kan tilregnes ham.[232]

Selv om Domstolens resultat er det modsatte af generaladvokatens, er den dog enig i de enkelte dele i proportionalitetsvurderingen. Dette fremgår af følgende præmis: *"Det bemærkes, at ved afgørelsen af, om en EF-retlig bestemmelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, må det efter fast praksis ved Domstolen først undersøges, om de foranstaltninger, der iværksættes til gennemførelse af bestemmelsens formål, er afpasset efter formålets betydning, og for det andet, om foranstaltningerne er nødvendige for at gennemføre det."*[233]

Domstolen angiver videre, at formålet med fastsættelsen af fristen er at få afsluttet de administrative formaliteter uden urimelige forsinkelser.[234] *"Med henblik på gennemførelsen af nævnte formål, er en ufravigelig frist en* ***nødvendig*** *foranstaltning. Fastsættelsen af en sådan frist til seks måneder er endvidere ikke urimelig, dels henset til de erhvervsdrivendes interesser i at modtage de monetære udligningsbeløb hurtigst muligt, dels til, at kontroldokumentet efter almindelig administrativ praksis i medlemsstaterne – som det fremgår af sagens akter – normalt returneres ret hurtigt."*[235] Domstolen bemærker desuden, at *"den forældelsesvirkning, der indtræffer ved en forsinket indgivelse af dokumenterne, som hovedregel er den normale konsekvens, når en ufravigelig frist udløber, og ikke udgør nogen sanktion"*.[236] Domstolen henviser til, at særlige omstændigheder (force majeure) efter art. 15 kan begrunde forsinkelse.

"Under disse forhold er der ikke grundlag for at antage, at forældelsesvirkningen efter artikel 15 skulle stå i urimeligt forhold til det formål, der tilstræbes af fællesskabslovgiver."[237]

Schräder[238] handler overordnet set om medansvarsafgift for korn. Schräder anførte blandt andet, at der forelå en tilsidesættelse af TEU art. 43 tillige med art. 40, stk. 3, idet medansvarsafgiften hverken er hensigtsmæssig eller nødvendig. Schräder baserer denne anta-

232 Sag 266/84, Saml. 1986, s. 163.
233 Sag 266/84, pr. 17.
234 Sag 266/84, pr. 17.
235 Sag 266/84, pr. 20.
236 Sag 266/84, pr. 21.
237 Sag 266/84, pr. 22.
238 Dom af 11. juli 1989 i Sag 265/87 Hermann *Schräder* HS Kraftfutter GmbH & Co KG mod Hauptzollamt Gronau, Saml. 1989, s. 2237ff.

gelse på, at medansvarsafgiften kun er lovlig efter TEU art. 40, stk. 3, såfremt afgiften både er egnet til og nødvendig for at nå målene i TEU art. 39.[239] Sagsøgeren mener ikke, at disse betingelser er opfyldt, da afgiften principielt ikke kan afskaffe eller nedbringe de strukturbetingede overskud, der skyldes uligevægt mellem udbuddet og efterspørgslen. Efterspørgslen er ifølge Schräder begrænset på grund af strukturelle forhold, og derfor kan kornoverskuddene kun formindskes ved hjælp af en begrænsning af udbuddet. Efter sagsøgerens opfattelse er det eneste egnede middel hertil en nedsættelse af de garanterede priser eller en ordning med produktionskvoter.

Domstolen indleder sin besvarelse af spørgsmålet med at fastslå, at proportionalitetsprincippet hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, og at princippet består af tre led – egnethed, nødvendighed, mindst bebyrdende foranstaltning/ikke uforholdsmæssig.[240] Efterfølgende modificerer Domstolen dog dette udgangspunkt med følgende understregning: *"... at fællesskabslovgiver på landbrugspolitikkens område har en skønsfrihed, der modsvarer det politiske ansvar, som lovgiver tillægges ved Traktatens artikler 40 og 43. Det følger heraf, at kun såfremt en foranstaltning på dette område er* ***åbenbart uhensigtsmæssig*** *i forhold til det mål, som vedkommende institution forfølger, vil en sådan foranstaltning kunne kendes ulovlig."*[241] [Min fremhævelse]. Domstolen fortsætter med at sætte denne udtalelse i forhold til den konkrete sag: *"I den foreliggende sag har fællesskabslovgiver i forbindelse med indførelsen af den omtvistede afgift og ved fastsættelsen af gennemførelsesbestemmelserne blandt flere mulige ordninger valgt den, som man fandt bedst egnet til at nedbringe de strukturbestemte overskud på kornmarkedet, og som består i en påvirkning i moderat nedadgående retning af de priser, der betales kornproducenterne. En sådan foranstaltning, hvormed man tilsigter at begrænse udbuddet via en nedsættelse af producentprisen, må principielt betragtes som egnet til at nå det mål at stabilisere landbrugsmarkederne, ..., selv om foranstaltningerne som følge af en række fritagelser ikke omfatter samtlige produkter på området."*[242] Domstolen finder således ikke, at fællesskabslovgiver har overskredet grænserne for sit frie skøn, og afviser derfor anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.[243]

---

239 Schräder henviser i denne forbindelse til afgørelsen i Sag 138/78 *Stölting*.

240 Sag 265/87, pr. 21.

241 Domstolen henviser i denne forbindelse til sin egen afgørelsen i Sag 179/84, *Bozzetti*. Sag 265/87, pr. 23.

242 Sag 265/87, pr. 23.

243 Sag 265/87, pr. 24.

Generaladvokat *Tesauro* behandler også foranstaltningens begrænsede virkning i sit forslag til afgørelse.[244] Generaladvokaten bemærker for det *første*, at selvom begrænsningerne måske har formindsket ordningens effektivitet, har de ikke gjort den virkningsløs. For det *andet* er udvidelsen af de hjemlede fritagelser objektivt begrundet i økonomiske hensyn.[245] *Endelig* understreges det, at når institutionen under de omstændigheder, der findes i sagen, fastlægger et mere eller mindre materielt anvendelsesområde for afgiften, overskrider den herved ikke grænserne for sit skøn og skaber ingen tvivl om retsaktens gyldighed.

Dommen i **National Farmers Union** (NFU)[246] vedrører gyldigheden af art. 1 i Kommissionens beslutning[247] om visse hasteforanstaltninger til beskyttelse af BSE (omtales i det følgende som *beslutningen*). NFU fremførte fire anbringender for, at beslutningen står i et åbenbart misforhold til det forfulgte mål, subsidiært for så vidt angår visse produkter.

1. Eksportforbuddet var ikke *nødvendigt*, når der dels henses til de foranstaltninger, der allerede var truffet på fællesskabsplan og af Det Forenede Kongerige, dels at de nye oplysninger fra den 20. marts 1996, hvorefter SEAC[248] antog, at der muligvis var en forbindelse mellem BSE og Creutzfeldt-Jakob-Sygdommen, ikke begrundede, at forbuddet mod eksport af de i beslutningens art. 1 nævnte produkter var en *nødvendig* eller *passende* foranstaltning.
2. Der blev ikke ført bevis for, at et forbud mod eksport til tredjelande var *nødvendigt* af hensyn til den offentlige sundhed, for at berolige forbrugerne, eller for at handlen blev omlagt.
3. NFU henviste til, at konsekvenserne af beslutningen, der gælder uden tidsmæssige begrænsninger, navnlig for oksekødsindustrien i Det Forenede Kongerige *står i misforhold til det forfulgte mål*, selv om det blev antaget, at beslutningen var *nødvendig* af hensyn til beskyttelsen af den offentlige sundhed.

244 Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Teasuro fremsat den 20. april 1989 i Sag 265/87, Saml. 1989, s. 2254ff.

245 Generaladvokaten henviser i denne forbindelse til dom af 29. juni 1988 i Sag 300/86, *Van Landschoot*, Saml. 1988, s. 3443ff.

246 Dom af 5. maj 1998 i Sag C-157/96 The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food m.fl. (*National Farmers Union*).

247 Kommissionens beslutning 96/239/EF af 27. marts 1996 om visse hasteforanstaltninger til beskyttelse af bovin spongiform encephalopati.

248 SEAC: Spongiform Encephalopathy Advisory Committee. Rådgivende organ for Det Forenede Kongeriges regering.

4. Der kunne være truffet *mindre indgribende foranstaltninger*. For så vidt angår tredjelande, kunne der være fastsat et forbud mod reimport til Fællesskabet, kombineret med en hensigtsmæssig certificeringsordning. For så vidt angår de øvrige medlemsstater, kunne der være gennemført en certificeringsordning og/eller en mærkningsordning, således at det fremgik, at kødet stammede fra besætninger i Storbritannien, hvor der ikke havde været udbrud af BSE.

En af sagsøgerne anførte yderligere, at da Kommissionen vedtog beslutningen uden at vurdere virkningerne på eksporten af levende får, udøvede den sin skønsmæssige kompetence på en åbenbart forkert måde, og den tilsidesatte dermed såvel proportionalitetsprincippet som god forvaltningsskik.

Den britiske regering anførte, at forbuddet mod eksport til tredjelande, som var begrundet i ønsket om at undgå, at handlen blev omlagt, var i strid med proportionalitetsprincippet, idet der ikke er tale om et *hensigtsmæssigt middel* til at afbøde risikoen herfor, og dette forbud var ikke *nødvendigt* og stod ikke *i et rimeligt forhold* til målet. Forbuddet havde påført virksomhederne, som handlede med tredjelande, et alvorligt tab, selv om risikoen for omlægning i handlen i stort omfang kunne betegnes som teoretisk. Den britiske regering anførte også, at det ville have været en *mindre indgribende foranstaltning* med henblik på at hindre reimport til Fællesskabet af det oksekød, man ikke ønsker indført hertil, hvis man havde anvendt de direktiver, der specifikt angår import af oksekød fra tredjelande. Kommissionen henviste til, at beslutningen måtte anses for en foranstaltning med henblik på at isolere sygdommen, således at denne kunne udryddes, og der indførtes samtidig markedsstøtteforanstaltninger og andre støtteforanstaltninger. Ifølge Kommissionen måtte isoleringen af sygdommen anses for et på verdensplan anerkendt legitimt middel til bekæmpelse af et problem som det foreliggende med henblik på at undgå, at sygdommen spredes. Kommissionen anfører herudover, at beslutningen var *nødvendig* for så vidt angår eksporten til tredjelande. Da denne eksport kun udgjorde ca. 5 % af den britiske produktion af oksekød, viser dette, at prisen for at sikre, at isoleringsforanstaltningerne var fuldstændig effektive, var relativt lav. Der var endvidere risiko for reimport af dyr, kød og afledte produkter, eventuelt i en anden form og under visse omstændigheder med en anden oprindelsesangivelse. Hvis der blev taget hensyn til oplysningerne vedrørende omgåelsen af reglerne for eksportrestitutioner, var der reelt set en risiko for omgåelse. Der var

fare for, at de vedtagne foranstaltninger ikke var blevet effektive, hvis eksporten til tredjelande ikke var medtaget. Derfor fandt Kommissionen, at forbuddet mod eksport til tredjelande var en integreret og nødvendig del af beslutningen og i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Efter Kommissionens opfattelse var det ikke muligt at vælge en anden løsning. Et forbud mod visse former for særligt slagteaffald på fællesskabsniveau ville ikke have medvirket til en udryddelse af BSE og ville have haft en meget begrænset virkning på grund af det ubetydelige omfang af BSE i de øvrige medlemsstater. Endvidere ville det have krævet meget tid at gøre en sådan foranstaltning effektiv, hvilket ikke var *hensigtsmæssigt* på grund af situationens hastende karakter. Forbedring af kontrollen og certificeringen ville heller ikke have været *hensigtsmæssig* på grund af sagens hastende karakter og tvivlen vedrørende effektiviteten i de britiske kontrolsystemer. Endelig anfører Kommissionen, at beslutningen ved vurderingen af, om den står i rimeligt forhold til det forfulgte mål, må ses i sammenhæng med alle de foranstaltninger, der blev truffet, og som beløb sig til 2,5 mia. ECU.[249]

Domstolen indleder sin besvarelse af det præjudicielle spørgsmål om den pågældende beslutnings forhold til proportionalitetsprincippet med at henvise til den formulering af proportionalitetsprincippets indhold i fællesskabsretten, som bl.a. findes i *Fedesa* og *Crispoltoni*.[250] Domstolen konkluderer efterfølgende, at hverken forbuddet mod eksport af levende kvæg eller forbuddet mod eksport af oksekød kan anses som *åbenbart uhensigtsmæssige* foranstaltninger.[251] Med hensyn til forbuddet mod eksport til tredjelande finder Kommissionen, at der var tale om en *passende* foranstaltning, idet det herved blev sikret, at foranstaltningen blev effektiv, på den måde, at alle dyr og produkter, som kunne være blevet inficeret med BSE, blev isoleret på Det Forenede Kongeriges område. Domstolen behandler sluttelig den britiske regerings henvisning til mulige alternative forslag. Når der henses til farens alvor og sagens hastende karakter, kan Kommissionen ikke anses for at have handlet på en *åbenbart uhensigtsmæssig* måde ved midlertidigt at have

249 Dette drejede sig bl.a. om ændring af interventionstærsklerne, ekstraordinære støtteforanstaltninger i Det Forenede Kongerige og i andre medlemsstater, forarbejdningspræmier for kalve, støtte til dækning af oksekødsproducenternes indkomsttab, foranstaltninger til fordel for eksportørerne, støtte til privat oplagring af kalvekød, eksportrestitutioner, foranstaltninger med henblik på at fremme salget af kvalitetsoksekød, støtte til forskning.

250 Jf. ovenfor i afs. 7.3, s. 386 og nedenfor i afs. 7.4.3, s. 421.

251 Sag C-157/96, pr. 67 og 71.

indført et fuldstændigt importforbud mod eksport af kvæg, oksekød og afledte produkter i afventning af mere præcise videnskabelige oplysninger. Domstolen konkluderer således, at Kommissionen ikke har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

Buitoni[252] omhandler de fælles markedsordninger for landbrugsvarer, hvorefter der indføres og udføres produkter omfattet af en fælles prisordning i henhold til licenser med en begrænset gyldighedsperiode, der udstedes mod sikkerhedsstillelse. Denne sikkerhedsstillelse skal hovedsageligt sikre opfyldelsen af forpligtelsen til at indføre eller udføre i licensens gyldighedsperiode. Sikkerheden frigives, når der er fremlagt bevis for, at toldbehandlingen ved indførsel eller udførsel har fundet sted. Art. 3 i forordning 499/76 føjede et nyt stykke til den pågældende forordning. Efter denne bestemmelse skulle sikkerheden fortabes, såfremt beviserne for toldbehandlingen ikke føres inden for seks måneder efter den sidste dag, licensen er gyldig, medmindre forsinkelsen skyldes force majeure. Efter den tredje betragtning til forordningen skulle den pågældende bestemmelse være indført *"for at lette forvaltningen"*.

I november 1976 fik det franske firma Buitoni mod sikkerhedsstillelse udstedt importlicenser for et parti tomatkoncentrat med oprindelse i tredjelande. Firmaet indførte herefter varen inden for licensens gyldighedsperiode. På grund af en fejl i firmaets administration blev beviserne for indførslen dog først fremlagt for det franske interventionsorgan fem uger efter udløbet af fristen. Det franske interventionsorgan bestred ikke, at Buitoni havde gennemført importen, men bestemte dog, at firmaets anmodning om frigivelse af sikkerheden ikke kunne imødekommes. Sikkerheden blev derfor erklæret for forfalden.

Generaladvokat *F. Capotorti*[253] mener, at nøglen til løsning af problemet ligger i, at den sanktion, der indeholdes i art. 3 i den pågældende forordning, skal vurderes i forhold til princippet om forhold mellem mål og midler. Af dette princip følger, at enhver byrde, der pålægges personer, der er omfattet af fællesskabsreglerne, skal være begrænset til det, der er nødvendigt for at opnå det ønskede mål, og tillige kræve så få ofre som muligt i forhold til de berørte personer. Da der skal foretages en vurdering af, om der er rimeligt forhold mellem det anvendte middel (ordningen med sikkerhedsstillelse) og de ønskede mål, er det ifølge generaladvokaten

252 Dom af 20. februar 1979 i Sag 122/78 SA *Buitoni* mod Fond d'orientation et de régularisation des marchés agricoles, Saml. 1979, s. 677ff.

253 Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. Capotorti fremsat den 30. januar 1979, Saml. 1979, s. 687ff.

klart hensigtsmæssigt at begynde med at definere ordningens mål. Efter 6. betragtning til forordning 193/75[254] skal sikkerhedsstillelsen *"sikre opfyldelsen af forpligtelsen til at indføre eller udføre inden for licensens gyldighedsperiode"*. Generaladvokaten finder derfor ikke, at der er tvivl om formålet for den pågældende ordning. Videre understreger han, at formålets logiske og retlige konsekvens er, at sikkerheden fortabes, hvis den planlagte handel ikke gennemføres.[255] En manglende opfyldelse af den frivilligt påtagne forpligtelse til at indføre eller udføre inden for en vist frist er efter generaladvokatens opfattelse noget helt andet end den manglende fremlæggelse af bevisdokumenterne inden for den fastsatte frist. Hvis sanktionen for den første forseelse udvides til også at omfatte den anden, så anvender man et middel for ordningen med sikkerhedsstillelse til et andet end det oprindelige mål. Med henvisning til Domstolens egen formulering i *De Beste Booter*-dommen[256] vil dette sige, at sikkerhedens forfald har karakter af en sanktion for krænkelse af en isoleret forpligtelse.[257] Generaladvokaten konkludere følgende: *"En så streng straf for en ren formkrænkelse af klart mindre alvorlig art end tilsidesættelse af den forpligtelse, som sikkerheden skal sikre, forekommer mig for streng, og den ulempe, som det kunne være for forvaltningsmyndigheden at holde en sag åben i stedet for definitivt at afslutte den seks måneder efter udløbet af licensens gyldighedsperiode, forekommer ikke tilstrækkeligt til at berettige den."*[258] Herefter giver generaladvokaten udtryk for, at der faktisk findes en art mellemløsning på problemet, nemlig at fastsætte en ordensfrist for fremlæggelse af beviset, således som det er sket, og i øvrigt sanktionere fristoverskridelse ved en almindelig forhalingssanktion afhængig af forsinkelsens længde (og proportionalt og med en rimelig sats). På baggrund af dette konkluderer generaladvokaten slutteligt: *"Den omstændighed, at det klart er muligt at nå det ønskede mål ved langt mindre belastende foranstaltninger, mener jeg er afgørende for, at den her omhandlede foranstaltning strider mod princippet om forholdet mellem mål og midler og derfor er ugyldig."*[259]

I forbindelse med besvarelsen af spørgsmålet om forholdet mellem mål og midler skal det ifølge Domstolen undersøges, om sankti-

254 Kommissionens forordning nr. 193/75 om fælles gennemførelsesbestemmelser for import- og eksportlicenser samt forudsættelsesattester for landbrugsvarer.
255 Sag 122/78, Saml. 1979, s. 691.
256 Forenede sager 99, 100/76, Saml. 1977, s. 861ff.
257 Sag 122/78, Saml. 1979, s. 691f.
258 Sag 122/78, Saml. 1979, a. st.
259 Sag 122/78, Saml. 1979, a. st.

onen for manglende overholdelse af fristen for fremlæggelse af de i bestemmelsen foreskrevne beviser overskrider grænserne for, hvad der er *hensigtsmæssigt* og *nødvendigt* for at nå det ønskede mål.[260] I denne forbindelse bemærker Domstolen, at ordningen med sikkerhedsstillelse skal garantere opfyldelsen af en frivilligt påtaget forpligtelse til at ind- eller udføre inden for gyldighedsperioden af de til dette formål udstedte licenser.[261] Domstolen anser, at sanktionen for tilsidesættelse af denne forpligtelse i henhold til forordningens art. 18, stk. 2 og 3, i det væsentlige er afpasset efter graden af den manglende opfyldelse i et rimeligt forhold.[262] Domstolen finder i modsætning hertil, at art. 3 i den pågældende forordning, jf. betragtningen om at *lette forvaltningen*, ikke alene indeholder en frist for fremlæggelse af disse beviser, men desuden bestemmer, at sikkerheden fuldstændig fortabes, hvis fristen overskrides.[263] På baggrund af dette konkluderer Domstolen følgende: *"denne faste sanktion for en langt mindre alvorlig overtrædelse end tilsidesættelsen af selve forpligtelsen, der er sanktioneret i et* ***rimeligt*** *forhold, og hvis opfyldelse selve sikkerhedsstillelsen skal garantere, må derfor betegnes som* ***for vidtgående*** *i forhold til det nævnte formål ..."*.[264] Domstolen fortsætter: *"selv om Kommissionen for at undgå ulemperne ved en for sen fremlæggelse af beviserne var berettiget til at indføre fristen i artikel 3 ..., burde den kun have indført en sanktion for overskridelse af denne frist, der var bedre tilpasset virkningerne af en sådan krænkelse, og som var klart mildere end den fuldstændige fortabelse af sikkerheden"*.[265]

Som sådan kan der ikke indvendes noget mod Domstolens resultat. Indvendingen kan i stedet komme i forhold til den måde, hvorpå Domstolen kommer til resultatet. Det skaber ikke ensartethed vedrørende anvendelsen af proportionalitetsprincippet, når Domstolen sætter sig for at ville undersøge en problemstilling ud fra de første to led i princippet og ikke gør det, men i stedet ender med at foretage en forholdsmæssighedsvurdering.

Fromançais.[266] For at fremme afsætningen af overskudssmør indførte Kommissionen en ordning,[267] hvorefter smør til nedsatte priser

260 Sag 122/78, pr. 16.
261 Sag 122/78, pr. 17.
262 Sag 122/78, pr. 18.
263 Sag 122/78, pr. 16.
264 Sag 122/78, pr. 20.
265 Sag 122/78, pr. 21.
266 Dom af 23. februar 1983 i Sag 66/82 *Fromançais* SA mod Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA), Saml. 1983, s. 395ff.
267 Kommissionens forordning nr. 1259/72 af 16. juni 1972 om afsætning af smør til visse forarbejdningsvirksomheder inden for Fællesskabet.

blev stillet til rådighed for visse forarbejdningsvirksomheder inden for Fællesskabet. Ordningen medførte, at smørret blev solgt til interesserede virksomheder ved licitation. Licitationskøberen forpligtedes til – inden for en vis frist – at forarbejde smørret eller lade det forarbejde til bestemte produkter (finere bagværk, konditorvarer eller konsumis). Efter at licitationskøberen havde fået tilsagn på køb af smørret, skulle denne ikke blot betale den nedsatte pris, men ligeledes en forarbejdningssikkerhed, der havde til formål at dække forskellen mellem markedsprisen på smørret og mindstesalgsprisen. I den pågældende forordning bestemtes det ligeledes, at bortset fra tilfælde af force majeure blev forarbejdningssikkerheden kun frigivet for de mængder, for hvilke køberen kunne fremlægge dokumentation for, at han havde overholdt sine forpligtelser. Den 1. februar 1975 blev den pågældende forordning afløst af en ny forordning,[268] som i det væsentligste indeholdt de samme bestemmelser som den tidligere. Forordningen lempede dog princippet om tilbageholdelse af sikkerheden.

Fromançais købte i årene 1973-1980 en række smørpartier til nedsat pris og stillede i denne forbindelse den nødvendige forarbejdningssikkerhed. En del af smørret, der blev videresolgt til italienske virksomheder, blev enten slet ikke forarbejdet, forarbejdet efter forarbejdningsfristens udløb eller forarbejdet på et ikke opgivet tidspunkt. Ved skrivelse af 21. februar 1981 afviste FORMA at frigive forarbejdningssikkerheden for de smørpartier, for hvilke Fromançais ikke havde været i stand til at fremlægge dokumentation for overholdelsen af de fastsatte betingelser. Fromançais indbragte denne afgørelse for Tribunal administratif de Paris og gjorde i denne forbindelse gældende, at de fællesskabsforordninger, som dannede retsgrundlag for afgørelsen, var i strid med proportionalitetsprincippet, for så vidt angik det forhold, at frigivelsen af sikkerhedsstillelsen var gjort afhængig af overholdelsen af forarbejdningsfristen for smørret, skønt denne frist ikke var en afgørende faktor for opfyldelsen af formålet med de nævnte forordninger. Det forelagte spørgsmål havde ifølge Fromançais til formål at få afklaret, om ikke proportionalitetsprincippet udelukker, at hele den stillede sikkerhed fortabes, når denatureringen[269] og forarbejdningen rent faktisk har fundet sted, om end først efter den fastsatte frist.

268 Kommissionens forordning 232/75 af 30. januar 1975 om salg til nedsat pris af smør beregnet til fremstilling af konditorvarer og konsumis.

269 At denaturere betyder at berøve noget dets natur eller gøre et stof uanvendeligt til et bestemt formål.

Det var Fromançais' opfattelse, at det var klart urimeligt at behandle den licitationskøber, som lader smørret forarbejde, om end for sent, på samme måde som den køber, der ikke forarbejder smørret, men sælger det på markedet som almindeligt smør. Fromançais begrunder dette forhold med, at licitationskøberen pålægges en reel sanktion, blot fordi den administrative frist ikke overholdes, medens køberen, som ikke forarbejder smørret, blot betaler markedsprisen for smørret, da han mister den stillede sikkerhed, som svarer til forskellen mellem markedsprisen for smørret og den særlige licitationspris. Firmaet gør desuden gældende, at det ved afgørelsen af, om en bestemmelse er forenelig med proportionalitetsprincippet, er nødvendigt først at fastlægge målet med bestemmelsen og dernæst afgøre, om bestemmelsen kan betragtes som et rimeligt middel til at nå dette mål.

Efter Kommissionens opfattelse kan formålet med de pågældende forordninger, som består i at skabe nye afsætningsmuligheder for smør inden for levnedsmiddelindustrien, kun opfyldes, hvis forarbejdningen af smørret sker inden for en ikke al for lang frist. Fastsættelsen af en forarbejdningsfrist skulle ifølge Kommissionen have til formål at tvinge licitationskøberen til virkelig at forarbejde det erhvervede smør og ikke i spekulationsøjemed opbygge et lager af billigt smør. Kommissionen finder derfor, at tabet af den stillede sikkerhed i tilfælde af, at fristen overskrides, ikke er urimelig i forhold til bestemmelsernes formål. Kommissionen begrunder yderligere dette forhold med, at *"Forarbejdningsfristen udgør en af de kontraktretlige forpligtelser, som tilbudsgiveren accepterer som modydelse for den betydelige fordel, som prisnedsættelsen repræsenterer. Da den stillede sikkerhed svarer nøjagtig til den nedsættelse, der ydes i forhold til markedsprisen, er tilbageholdelsen af sikkerheden ikke at betragte som en sanktion, men som en simpel justering af købsprisen i overensstemmelse med markedssituationen, og går ikke ud over, hvad der er passende og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål."*[270]

I sit forslag til afgørelse i sagen[271] er generaladvokat *G. Reischl* enig med Fromançais i, at det først drejer sig om at fastlægge målet med den pågældende ordning for derefter at vurdere, om ordningen er at betragte som et rimeligt middel til at nå dette mål. Generaladvokaten finder i denne forbindelse, at selvom præamblen i forordning 1259/72 kun taler om forarbejdning af smør, og ikke

[270] Sag 66/82, Saml. 1983, s. 401.

[271] Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Reischl fremsat den 11. november 1982, Saml. 1982, s. 407ff.

forarbejdning inden for en bestemt frist, så vil det ikke blot dreje sig om at nå målet om en definitiv aflastning af smørmarkedet, men at også overholdelsen af forarbejdningsfristen udgør en ganske væsentlig faktor. Generaladvokaten giver således udtryk for, at dette forhold skulle fremgå af den samlede ordning samt af *ånden i reglerne*. Generaladvokaten henviser ligesom Fromançais til Domstolens afgørelse i den ovenfor omtalte *Buitoni*-dom,[272] hvoraf det klart fremgår, at det i forbindelse med proportionalitetsprincippet ikke blot skal undersøges, om der består et rimeligt forhold mellem det forfulgte mål og det foreskrevne middel, men at der også tillægges det spørgsmål betydning, om de sanktioner, der hjemles for at nå *et* mål, er rimelige i sammenligning med sanktioner, der skal sikre, at et andet, vigtigere mål opfyldes. I den pågældende dom fastslås det, at det ikke er foreneligt med proportionalitetsprincippet, at der hjemles en og samme sanktion for overtrædelser af vidt forskellige sværhedsgrader. Generaladvokaten finder det derfor *"kun rimeligt for manglende fremlæggelse af bevis for indførsel inden for en bestemt frist at fastsætte en sanktion, som bedre er tilpasset de praktiske følger, og som er mærkbart mildere for importøren end den sanktion, der gælder i tilfælde af tilsidesættelse af hovedforpligtelsen"*.[273] Generaladvokaten går videre ud fra, at det væsentlige mål med den pågældende ordning er *forarbejdningen af produktet*, fordi smørmarkedet på denne måde aflastes. Overholdelsen af en bestemt frist for forarbejdningen bør derimod ikke anses for at have samme betydning for det forfulgte mål. Generaladvokaten finder sluttelig, at man for så vidt angår det omhandlede sagsforhold ikke blot kan *"tale om et grelt misforhold mellem den sanktion, der pålægges, såfremt forarbejdningen ikke finder sted, og den sanktion, der finder anvendelse, hvis forarbejdningsfristen overskrides, men det må også indrømmes, at ordningens hovedformål i virkeligheden herved ofte tilsidesættes; det forhold, at sanktionerne ikke tilpasses de tilfælde, hvor der er en risiko for at fristen overskrides, må nemlig føre til, at der helt gives afkald på at forarbejde smørret, og at det sendes på markedet igen"*.[274]

Domstolen er ikke enig med generaladvokaten i dennes antagelse. I sin besvarelse af spørgsmålet indleder Domstolen med at fastslå, at i afgørelsen af, om en fællesskabsretlig bestemmelse er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, skal det først undersøges, *"om de midler, som iværksættes for at opfylde det tilsigtede*

272 Sag 122/78. For en fuldstændig henvisning se note 252, s. 404.
273 Sag 66/72, Saml. 1983, s. 413.
274 Sag 66/72, Saml. 1983, s. 414.

mål, ***svarer til*** *dets betydning, og for det andet, om de er* ***nødvendige*** *for at realisere det".*[275] [Min fremhævelse]. Domstolen fastslår efterfølgende, at de pågældende bestemmelser har til formål at hindre, at licitationskøbere af smør til nedsat pris i spekulationsøjemed kan opbygge lagre.[276] Domstolen finder videre, at det formål, der består i at modvirke spekulation, er af væsentlig betydning for den indførte ordning.[277] Domstolen slutter med at fastslå følgende: *"... den omstændighed, at hele den stillede sikkerhed fortabes ved overskridelse af den i fællesskabsforordningerne fastsatte frist, er en sanktion, der står i et* ***rimeligt*** *forhold til de mål, der forfølges i forordningerne ..."*[278] [Min fremhævelse].

Det præjudicielle spørgsmål i **Lingenfelser**[279] drejer sig kort og godt om, hvorvidt art. 9, stk. 2, tredje afsnit, i forordning 2499/82[280] er ugyldig, for så vidt det heri bestemmes, at destilleriet skal betale hele støtten tilbage, hvis det ikke inden for en frist på 90 dage har betalt producenten den i forordningen omhandlede minimumsopkøbspris. Spørgsmålet opstod under en tvist mellem firmaet Otto Lingenfelser, som er en lille tysk destillationsvirksomhed, og det efter forordningen kompetente interventionsorgan i Tyskland. Da der var forløbet mere end 90 dage, inden Lingenfelser efter levering havde betalt producenten, producentfællesskabet *Deutsche Wientor*, minimumsopkøbsprisen for tre partier vin, krævede interventionsorganet støtten for de tre varepartier tilbagebetalt.

Generaladvokat *Darmon* foretager en overordentlig grundig gennemgang af proportionalitetsprincippets forhold til hoved- og biforpligtelser. Generaladvokaten begynder sin behandling af spørgsmålet om tilbagebetalingens overensstemmelse med proportionalitetsprincippet med at minde om de principper, som Domstolen har fastslået i sin praksis. Her er det specielt værd at hæfte sig ved henvisningen til to domme, som ikke gennemgås yderligere i denne fremstilling. I sagen *E.D. and F. Man* bemærkede Domstolen: *"Når der i en fællesskabsordning sondres mellem en hovedforpligtelse, hvis opfyldelse er nødvendig for at nå det tilsigtede mål, og en sekundær forpligtelse, der i det væsentlige er af administrativ karakter, kan man ikke uden*

---

275 Sag 66/82, pr. 8.

276 Sag 66/82, pr. 9.

277 Sag 66/82, pr. 13.

278 Sag 66/82, pr. 18.

279 Dom af 27. juni 1990 i Sag C-118/89 Firma Otto *Lingenfelser* mod Forbundsrepublikken Tyskland, Saml. 1990, s. 2637ff.

280 Kommissionens forordning nr. 2499/82 om bestemmelserne vedrørende forebyggende destillation for vinproduktionsåret 1982/82.

at tilsidesætte proportionalitetsprincippet sanktionere manglende opfyldelse af den sekundære forpligtelse lige så strengt som manglende opfyldelse af hovedforpligtelsen."[281] Disse principper blev efterfølgende yderligere konkretiseret i *Maas*-dommen, hvori Domstolen anførte, at det efter fast praksis var nødvendigt for at kunne besvare det forelagte spørgsmål – som vedrørte proportionalitetsprincippet og angik et tilfælde, hvor der var sket en overskridelse af den i forordningen fastsatte frist for indskibning af korn- og rispartier til fødevarehjælp – at undersøge: *"om de [i sagen omhandlede] forpligtelser ... skal betragtes som hovedforpligtelser, hvis overholdelse er af fundamental betydning for fællesskabsordningens rette funktion, og hvis tilsidesættelse kan sanktioneres ved fortabelse af hele sikkerheden, uden at det medfører en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, eller om de skal anses for sekundære forpligtelser, hvis tilsidesættelse ikke må sanktioneres med samme strenghed som manglende overholdelse af en hovedforpligtelse"*.[282] Den nærmere konkretisering i Maas-dommen består efter generaladvokatens opfattelse i, at sondringen mellem hovedforpligtelse og sekundærforpligtelse er blevet noget systematiseret. Ifølge dommen i E.D. and F. Man udelukker proportionalitetsprincippet, at der kan fastsættes lige så strenge sanktioner for at tilsidesætte en sekundær forpligtelse som for at tilsidesætte en hovedforpligtelse. Maas-dommen er tilsyneladende baseret på et princip om, at misligholdelse af hovedforpligtelsen som udgangspunkt kan imødegås med en hård sanktion, in casu fortabelse af hele sikkerheden. Generaladvokaten giver udtryk for, at Domstolens seneste praksis på området på en vis måde synes at bygge på en formodning om, at det er rimeligt at lade hele støttebeløbet eller sikkerheden gå tabt, hvis hovedforpligtelsen ikke opfyldes. Generaladvokaten sætter herefter spørgsmålstegn ved, om denne formodning kan afkræftes. Han bemærker, at Domstolens tidligere domme tyder på en vis *relativitet*, idet den fastslog, at sanktionen for at tilsidesætte en sekundær forpligtelse ikke måtte være lige så streng som ved tilsidesættelsen af en hovedforpligtelse, uden at Domstolen dog *udtrykkeligt* udtalte, at det principielt er i overensstemmelse med en proportionalitetsgrundsætning at lade hele beløbet gå tabt – det være sig støtte eller sikkerhed – som sanktion for at tilsidesætte en hovedforpligtelsen.

"Domstolen anerkender altså tilsyneladende, at der består en mulighed for at lempe den sanktion, som iværksættes ved tilsidesættelse af en hovedforpligtelse. Dermed anerkender Domstolen i virkeligheden, at proportio-

281 Sag 181/84, Saml. 1985, s. 2889, pr. 20.
282 Sag 21/85, Saml. 1986, s. 3537, pr. 15.

nalitetsprincippet fortsat har gyldighed i tilfælde, hvor der foreligger en tilsidesættelse af en hovedforpligtelse, uanset det tidligere anførte om, at det principielt er i overensstemmelse med en proportionalitetsgrundsætning at lade hele beløbet gå tabt."[283]

I besvarelsen af spørgsmålet, om den bestemmelse, som er nævnt i det præjudicielle spørgsmål, er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, må det efter Domstolens faste praksis undersøges, om sanktionen går videre, end det er *hensigtsmæssigt* og *nødvendigt* for at opfylde det formål, der tilsigtes med den tilsidesatte retsforskrift.[284] Videre bør det efter Domstolens opfattelse særligt efterprøves, om de midler, som ifølge retsforskriften kan bringes i anvendelse for at opfylde det tilsigtede formål står *i rimeligt forhold* til formålets betydning, og er *nødvendige* for at opfylde det.[285] Domstolen bemærker i denne forbindelse, at formålet med at fastsætte en frist for destilleriets betaling af købesummen til producenten er at give producenterne sikkerhed for normalt at få udbetalt den garanterede minimumspris inden for et sådant tidsrum, at de kan opnå en tilsvarende fortjeneste som ved salg på normale markedsvilkår. Fastsættelsen af en frist skal tilskynde producenten til at tilbyde vine til destillation, som ellers risikerer at bringe det høje kvalitetsniveau i fare for de vine, der bringes på markedet.[286] Sluttelig fastslår Domstolen, at *"En overskridelse af betalingsfristen, som ikke indebærer en så væsentlig ændring af vilkårene, sammenlignet med normale markedsvilkår, at det kan afskrække producenten fra at tilbyde vinen til destillation, kan derfor ikke antages at bringe selve formålet med destillationsordningen i fare. ... En retsforskrift, som indeholder en sanktion om, at en selv ubetydelig fristoverskridelse medfører fortabelse af hele støttebeløbet står følgelig i misforhold til det formål, der søges opnået med fristkravet."*[287] Domstolen fastslår herefter, at den pågældende bestemmelse er ugyldig, for så vidt som den indeholder en sanktion om, at enhver overskridelse af den frist, destilleriet skal overholde ved betaling af minimumsopkøbsprisen til producenten, medfører fortabelse af hele støttebeløbet.[288]

---

283 Sag C-118/89, Saml. 1990, s. 2648.

284 Domstolen henviser i denne forbindelse til afgørelserne i Sag 122/78 *Buitoni* og Sag 15/83 *Denkavit Nederland*. For fuldstændige henvisninger til disse domme, se note 252, s. 404 og note 211, s. 394.

285 Domstolen henviser i denne forbindelse til afgørelserne i Sag 66/82 Fromançais og Sag 125/83 OBEA. For fuldstændige henvisninger til disse domme, se note 266, s. 406 og note 219, s. 395, jf. Sag C-118/89, pr. 12.

286 Sag C-118/89, pr. 13.

287 Sag C-118/89, pr. 14.

288 Sag C-118/89, pr. 15.

7.4.3 Fuldstændig proportionalitetsvurdering

Som tidligere nævnt var afgørelsen i **Internationale Handelsgesellschaft**[289] den første afgørelse, hvor Domstolen fastslog, at *"overholdelsen af de fundamentale rettigheder indgår ... i de almindelige retsprincipper, som Domstolen skal sikre"*, og videre at *"respekten for disse rettigheder skal, selv om den har sit grundlag i medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner, sikres inden for rammerne af Fællesskabets struktur og formål"*.[290]

I sagen påstår Verwaltungericht Frankfurt am Main, at ordningen med sikkerhedsstillelse blandt andet krænker princippet om forhold mellem mål og midler. Ifølge Verwaltungericht Frankfurt am Main er den forpligtelse til at importere eller eksportere, der affødes af licensudstedelsen, sammen med den hertil knyttede sikkerhedsstillelse et for vidtgående indgreb i de erhvervsdrivendes dispositionsret, idet forordningens mål kunne være nået ved indgreb med mindre alvorlige konsekvenser. Det første præjudicielle spørgsmål drejer sig om, hvorvidt forpligtelsen til at eksportere, den dertil knyttede sikkerhedsstillelse og fortabelsen af sikkerhedsstillelsen, såfremt eksporten ikke finder sted i eksportlicensens gyldighedsperiode, er gyldig. Ifølge den 13. betragtning til den pågældende forordning[291] skal *"de kompetente myndigheder ... sættes i stand til at følge varebevægelserne til stadighed for at kunne bedømme markedsudviklingen og i givet fald anvende de **nødvendige** foranstaltninger"*. [Min fremhævelse].

I sit forslag til afgørelse sammenfatter generaladvokat *Dutheillet de Lamothe* de spørgsmål, som er stillet af den tyske forvaltningsdomstol, til følgende: *"Har fællesskabsmyndighederne ved at indføre den omtvistede ordning med sikkerhedsstillelse krænket traktatens artikel 40, hvorefter der kun kan træffes sådanne foranstaltninger, som er nødvendige for at nå de i artikel 39 fastsatte mål?"*[292] Generaladvokaten indleder med at fastslå, at det anfægtede system som princip ikke blot er strengt nødvendigt, for at fællesskabsmarkedet for korn og kornprodukter kan fungere normalt, men tillige er den mindst indgribende foranstaltning, man kan tænke sig til sikring af markedets rigtige funktion. Generaladvokaten fastslår videre, at det utvivlsomt er nødvendigt med en indgriben ved Fællesskabets grænser, men

289 Sag 11/70. For en fuldstændig henvisning se note 12, s. 352.
290 Sag 11/70, pr. 4.
291 Forordning 120/70 af 13. juni 1967 om den fælles markedsordning for korn.
292 Sag 11/70, Saml. 1970, s. 251.

at valget af interventionsmidler har været et vanskeligt problem for dem, som skulle træffe afgørelse herom. Generaladvokaten fremkommer med to mulige løsninger,[293] men giver samtidig udtryk for, at disse ikke er blevet gennemført, fordi de ansvarlige myndigheder måske fandt, at de lagde for store hindringer i vejen for de handlendes frihed – hindringer som i manges øjne ikke syntes absolut nødvendige for opnåelsen af de tilsigtede mål.[294] I forbindelse med besvarelsen af denne del af problemstillingen kommer generaladvokaten frem til, *"at det ved de anfægtede forordninger indførte system, ..., principielt er strengt* ***nødvendigt*** *for det fælles kornmarkeds funktion, således som det er organiseret, og at fællesskabsmyndighederne ved at indføre det ikke har krænket traktatens artikel 40"*.[295] [Min fremhævelse]. I sin samlede konklusion vedrørende de anfægtede bestemmelsers indre lovmæssighed,[296] fastslår generaladvokaten endvidere, at det system med sikkerhedsstillelse, *"bestemmelserne indfører, både i sit princip og i sin anvendelse i de enkelte tilfælde er nødvendigt og endog uundværligt"* for det fælles kornmarkeds ordentlige funktion.[297]

Domstolen kommer frem til, at kravet om import- og eksportlicenser er *"et på én gang* ***nødvendigt*** *og* ***velegnet*** *middel for de kompetente myndigheder til på den mest effektive måde at gribe ind på kornmarkedet"*.[298] [Min fremhævelse]. Ordningen med sikkerhedsstillelse kan således ikke anfægtes principielt. Domstolen fastslår videre, at ordningen med sikkerhedsstillelse er i overensstemmelse med traktatens art. 40, stk. 3 [TEF art. 34, stk. 2] og er et *egnet middel* til gennemførelse af den fælles markedsordning for landbrugsvarer.[299]

Dommen i Internationale Handelsgesellschaft er blevet udsat for kritik fra flere sider. I artiklen *Le principe de proportionalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole*[300] frem-

---

293 Første (og ifølge generaladvokaten også enkleste) mulige løsning: Give et fællesskabsorgan eller nogle organer, som handler for Fællesskabets regning, monopol på den eksterne handel. Anden mulige løsning: Fastsætte import- og eksportkvoter periodisk og under hensyntagen til den interne markedssituation, menens den eksterne handelsfrihed principielt blev bibeholdt.

294 Sag 11/70, Saml. 1970, s. 252.

295 Sag 11/70, Saml. 1970, s. 254.

296 Generaladvokaten giver i sin indledning udtryk for, at sagerne kan opdeles i tre grupper, hvor den anden vedrører det, han kalder *indre lovmæssighed*, idet det i det væsentlige hævdes, at bestemmelserne strider mod en såkaldt *forholdsmæssighedsgrundsætning*, som er bindende for fællesskabsmyndighederne, jf. Sag 11/70, Saml. 1970, s. 244.

297 Sag 11/70, Saml. 1970, s. 255.

298 Sag 11/70, pr. 12.

299 Sag 11/70, pr. 20.

300 (1981) i Revue trimestrielle de droit européen, s. 652ff.

sætter *Neri* følgende udsagn vedr. dommen: *"The Court has undoubtedly shown itself to be aware that the Community rules on which it had to pronounce itself could be at the level of almost legislative act, but at the same time it did not intent to desist from the more substantial control of the validity of these rules in respect of the principle of proportionality. Hence a certain ambiguity: on the one hand the Court thought it could conduct a detailed examination of all the aspects of these rules; on the other hand, it did not think it could substitute its judgement for the discretionaty of the author of the act."*[301]

Efter at EF-Domstolen i Internationale Handelsgesellschaft havde fastslået, at ordningen med sikkerhedsstillelse på én gang var et nødvendigt og velegnet middel for de kompetente myndigheder til på den mest effektive måde at gribe ind på kornmarkedet, og at ordningen således ikke kunne anfægtes principielt, undersøges det, om disse detaljer i ordningen med sikkerhedsstillelse kunne anfægtes ud fra de af den tyske forvaltningsdomstol anførte principper. Hertil havde sagsøgeren hævdet, at sikkerhedsstillelsen var overdrevet byrdefuld for handlen i en sådan grad, at den krænkede de fundamentale rettigheder.[302] Domstolen mener ikke, at man ved bedømmelsen af den reelle byrde, som sikkerhedsstillelsen påfører handlen, i så høj grad skal tage størrelsen af den stillede sikkerhed i betragtning, men derimod udgifterne og byrderne ved dens tilvejebringelse. Domstolen fastslår også i denne forbindelse, at man ikke ved bedømmelsen af denne byrde kan tage hensyn til tabet af selve sikkerhedsstillelsen, da de handlende på passende måde er beskyttet af forordningens bestemmelser vedrørende de bestemmelser, der anerkendes som force majeure.[303] Domstolen kommer derfor frem til, at udgifterne til sikkerhedsstillelse ikke er uforholdsmæssigt store sammenholdt med varernes fulde værdi og andre handelsudgifter. Domstolen underbygger dette med følgende udsagn: *"det ses altså, at byrderne ved ordningen ... ikke er overdrevent store men er den normale følge af en markedsordning, som er udformet under hensyn til de krav, der skyldes almenvellet, som det defineres i traktatens artikel 39, hvis formål er at sikre landbrugsbefolkningen en rimelig levestandard, samtidig med, at der sikres rimelige priser ved levering til forbrugerne"*.[304]

I den efterfølgende **Schröder**-dom[305] beskæftiger Domstolen sig

---

301 Neri, s. 670, citeret og oversat til engelsk i Emiliou, s. 209.

302 Sag 11/70, pr. 14.

303 Sag 11/70, pr. 15.

304 Sag 11/70, pr. 16.

305 Dom af 7. februar 1973, Sag 40/72, I *Schröder* KG mod Forbundsrepublikken Tyskland ("Tomatkoncentrater"), Saml. 1973, s. 125.

med både en vurdering af nødvendighed, en vurdering af hensigtsmæssighed og en vurdering vedrørende overtrædelse af proportionalitetsprincippet, så det kunne umiddelbart se ud, som om Domstolen fortsætter i det spor, som den fulgte i Internationale Handelsgesellschaft, men dette er ikke helt tilfældet. Man kan nok sige, at Domstolen var ved at *bevæge sig i den rigtige retning* i forhold til den opdeling af proportionalitetsprincippet, som kendes i dag, men der er tale om en mere isoleret bedømmelse af de tre led i proportionalitetsvurderingen. Dette gør dog ikke vurderingen indholdsløs, da den kan bruges til at fastsætte indholdet i proportionalitetsprincippets enkelte underled.

Den fælles markedsordning for forarbejdede produkter af frugt og grønsager blev oprettet i 1968.[306] I mangel af koordinering og harmonisering af de importregler, der blev anvendt af hver medlemsstat over for tredjelande, så Rådet sig foranlediget til at udstede forordning 1427/71.[307] Forordningens formål er, *"at Fællesskabet kan modvirke alvorlige forstyrrelser, som markedet for de pågældende produkter måtte blive udsat for på grund af indførelser, der foretages under sådanne betingelser, særligt i henseende til priser, at virkeliggørelsen af de i Traktatens artikel 39 opstillede mål bringes i fare"*. Betingelserne for at anvende forordning 1427/71 blev fastsat i forordning 1428/71,[308] som i art. 2, stk. 1, opregner de beskyttelsesforanstaltninger, som Kommissionen kan træffe. Den *første* af disse foranstaltninger er en fuldstændig eller delvis suspension af ind- eller udførsel. Den *anden* er en mindsteprisordning, hvorefter indførslerne kan gøres betinget af, at de finder sted til en pris, der er højere end den for det pågældende produkt fastsatte mindstepris. På grundlag af forordning 1427/71 og under hensyntagen til de principper, der er fastsat i forordning 1428/71, iværksatte Kommissionen to beskyttelsesforanstaltninger, som betingede indførslen af tomatkoncentrater af udstedelsen af importlicenser. Den første, der er udstedt ved forordning 1558/71,[309] finder anvendelse på tredjelande med undtagelse af Grækenland. Den anden, som omhandles i forordning 1643/71,[310] finder udelukkende anvendelse på Grækenland, og den foreskriver en mindsteprisordning. Ifølge art. 2 i forordning 1643/71 er udstedelsen af importlicens betinget af, at importøren skriftligt bl.a. forplig-

306 Rådets forordning nr. 865/68EØF af 28. juni 1968.

307 Rådets forordning nr. 1427/71 af 2. juli 1971.

308 Rådets forordning nr. 1428/71 af 2. juli 1971 om fastlæggelse af betingelserne for anvendelse af beskyttelsesforanstaltninger på markedet for forarbejdede produkter af frugter og grønsager.

309 Forordning nr. 1558/71.

310 Kommissionens forordning nr. 1643/71 af 28. juli 1971 om indførelse af en mindsteprisordning for import af tomatkoncentrater fra Grækenland.

ter sig til, at indførsel sker i henhold til kontrakt, der fastsætter, at købet og leveringen fra Fællesskabets grænse eller til et uden for Fællesskabet beliggende sted sker til en pris, der er højere end den pris for den pågældende kvalitet, der er fastsat i bilagene til forordning 1643/71, og videre at denne pris faktisk betales.

Sagsøgeren i hovedsagen, firmaet Schröder, anmodede den 10. september 1971 sagsøgte i hovedsagen, Forbundskontoret for Næringsmidler og Skovbrug, om importlicens for tomatkoncentrat i dåser fra Grækenland. Anmodningen blev afslået ved beslutning af 15. september 1971, fordi firmaet nægtede at påtage sig de forpligtelser, som i henhold til art. 2 i forordning 1643/71 var nødvendige for udstedelsen af denne licens. Da sagsøgerens klage over afgørelsen var blevet afslået, indbragte firmaet sagen for Verwaltungsgericht i Frankfurt am Main og påstod annullation af den afgørelse, hvorved klagen var blevet afvist.

Forvaltningsdomstolen i Frankfurt am Main var i tvivl om gyldigheden af forordning 1643/71 og stillede bl.a. de to følgende præjudicielle spørgsmål. Det første spørgsmål drejede sig om, hvorvidt art. 2 i forordning 1643/71 stred mod hhv. TEF art. 34, stk. 2 (TEU art. 40, stk. 3), sammenholdt med TEF art. 33, stk. 1, litra c (TEU art. 39, stk. 1, litra c), og mod sit hjemmelsgrundlag, især art. 1, stk. 1, 1. pkt., i forordning 1427/71. Det andet spørgsmål drejede sig om, hvorvidt art. 2 i den pågældende forordning stred mod retsstatslige principper, især mod proportionalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

På det juridiske plan baserer sagsøgeren sin argumentation på princippet om proportionalitet: *"borgerens frihed bør kun underkastes begrænsning i det omfang og med de midler, som er nødvendige til i almenvellets interesse at nå et særligt mål. Indgrebet i sig selv skal være nødvendigt, og blandt de midler, som mulige til virkeliggørelsen af dette mål, bør man anvende det, som på den ene side er egnet til at gøre det muligt i almenhedens interesse at nå det fastsatte mål, og som på den anden side gør det mindst mulige indgreb i borgerens rettigheder."*[311] Sagsøgeren giver udtryk for, at proportionalitetsprincippet udgør en del af fællesskabsretten, og at det udtrykkes dels i traktatens art. 40, stk. 3, dels i forordning 1427/71 art. 1, stk. 1, som gør beskyttelsesforanstaltningerne betinget af tilstedeværelsen af eller truslen om alvorlige forstyrrelser som følge af import eller eksport. Sagsø-

[311] Sag 40/72, Saml. 1973, s. 130.

geren fremfører seks betingelser, som efter sagsøgerens opfattelse er nødvendige for, at beskyttelsesforanstaltninger skal være lovlige og gyldige. Af disse er to relevante i denne afhandlings sammenhæng, nemlig at *"beskyttelsesforanstaltningerne skal være nødvendige"* (nr. 2), og at *"man skal undersøge, hvilken foranstaltning – total eller partielt importforbud eller et mindsteprissystem – der udgør det mindst alvorlige indgreb i importørens frihed"* (nr. 6). Med hensyn til den *første* af de refererede betingelser hævdede sagsøgeren, at foranstaltningerne ikke var nødvendige. Selvom det blev forudsat, at der i det mindste i Italien og Frankrig havde været alvorlige forstyrrelser, som skyldtes import fra tredjelande, ville det have været tilstrækkeligt at begrænse beskyttelsesforanstaltningerne til importen fra Italien og Frankrig. Med hensyn til den *anden* af de refererede betingelser indledte sagsøgeren med at fastslå, at af de to foranstaltninger, der er hjemlet i art. 2, stk. 1, i forordning 1428/71, begrænser det totale eller partielle importforbud importørens frihed i et mindre omfang end mindsteprissystemet, som helt afskærer importen, og i det foreliggende tilfælde uden tidsbegrænsning. Sagsøgeren mener ikke, at det forhold, at græske priser svarede til 60-70 % af kostprisen inden for Fællesskaberne, mens tilbudspriserne i de andre tredjelande ikke lå mere end 30-40 % under denne kostpris, retfærdiggør Kommissionens valg af den mest restriktive foranstaltning for så vidt angår Grækenland.

I forbindelse med spørgsmålet vedrørende gyldigheden af art. 2 i forordning 1643/71 begynder Domstolen med at behandle spørgsmålet om nødvendigheden af den omstridte foranstaltning og eksistensen af truslen om en alvorlig forstyrrelse som følge af indførsel. Her slår Domstolen fast, at mellem de elementer, som den nationale Domstol fandt kunne påvirke den omtvistede bestemmelses gyldighed, var der først og fremmest grund til at undersøge, om foranstaltningen var *nødvendig* som følge af tilstedeværelsen af en forstyrrelse, eller trussel om en alvorlig forstyrrelse, af markedet for tomatkoncentrater inden for Fællesskabet som følge af importen.[312] Domstolen fastslår, at begrebet *alvorlig forstyrrelse* eller *trussel om alvorlig forstyrrelse* skal bedømmes med henblik på de i Traktatens art. 39 nævnte mål for den fælles landbrugspolitik, og videre at *"det var følgelig rimeligt, at Kommissionen ikke blot tog formålet med stabiliseringen af markedet i betragtning, men tillige sikringen af en rimelig levestandard for landbefolkningen og følgelig, at den tog hensyn til tilstedeværelsen af en trussel om forstyrrelse, som kunne følge af importens*

[312] Sag 40/72, pr. 4.

virkninger såvel på mulighederne for afsætning af den indenlandske produktion som på forarbejdningsindustrien".[313]

Efterfølgende behandler Domstolen spørgsmålet om de omstridte foranstaltningers hensigtsmæssighed. I denne forbindelse har den tyske Verwaltungsgericht spurgt, om bestemmelsen er ugyldig, fordi foranstaltningerne, i betragtning af de foreliggende muligheder for omgåelse, synes at være uegnet som middel til at fjerne den trussel om forstyrrelser, som de skal råde bod på.[314] Til dette svarer Domstolen følgende: *"Hvad angår eventuelle muligheder for at omgå systemet er der grund til at bemærke, at lovligheden af en fællesskabsretsakt ikke kan afhænge af efterfølgende betragtninger vedrørende dens effektivitet"* og videre *"da det i det foreliggende tilfælde drejer sig om komplicerede erhvervsmæssige foranstaltninger, som nødvendigvis kræver et vist spillerum, når deres* ***hensigtsmæssighed*** *skal bedømmes, og som i øvrigt meget hyppigt frembyder en usikkerhedsfaktor med hensyn til deres virkninger, er det tilstrækkeligt at fastslå, at disse foranstaltninger ved deres udstedelse ikke fremtræder som* ***åbenbart uegnede*** *til virkeliggørelsen af det tilstræbte mål"*.[315] [Min fremhævelse].

Det andet stillede spørgsmål drejer sig om krænkelse af de almindelige retsgrundsætninger – navnlig om retssikkerhed og proportionalitet – fordi den til ingen nytte lægger hindringer i vejen for importhandlen, ikke indeholder nogen tidsbegrænsning og udstrækker sig til hele det fælles marked. Domstolen behandler de tre spørgsmål hver for sig. Med hensyn til det *første underspørgsmål* fastslår Domstolen, at man ikke kan beskylde Kommissionen for at have handlet uretmæssigt, fordi den har fulgt sin forpligtelse i henhold til associeringsaftalen om at indføre en restriktionsordning for indførsel fra Grækenland, som under alle omstændigheder indbefattede mindstepriser. Videre har det været umuligt for Kommissionen at etablere et restriktivt importsystem over for tredjelande og gøre undtagelser for ét af disse lande. Hvis man afvejer ulemperne ved mindsteprissystemet for importører over for betydningen af de samlede over for tredjelande trufne foranstaltninger, har Kommissionen – ifølge Domstolen – følgelig ikke overskredet grænserne for sit skøn ved at vælge det anvendte system. Med hensyn til det *andet* stillede underspørgsmål vedrørende den tidsmæssige begrænsning, som ifølge sagsøgeren burde have været forudsætningen for den omstridte bestemmelses gyldighed, slår Domstolen fast, at selv om

313 Sag 40/72, pr. 9.
314 Sag 40/72, pr. 12.
315 Sag 40/72, pr. 14.

beskyttelsesforanstaltninger, som der gives bemyndigelse til i forordning 1427/71 og 1428/71, i henhold til art. 2, stk. 2 i den sidstnævnte forordning *"kun kan træffes i det omfang og med den varighed, som er strengt nødvendigt, indebærer denne regel ikke nødvendigvis en forpligtelse til i forvejen at bestemme, hvor længe foranstaltningerne skal forblive i kraft. Det kan stemme med det tilsigtede mål at indføre dem for en ubestemt varighed."*[316] Endelig besvarer Domstolen spørgsmålet, om beskyttelsesforanstaltningerne skulle have været begrænset til import til Italien og Frankrig, eftersom de konstaterede forstyrrelser fortrinsvis indtraf på disse to markeder. Domstolen giver udtryk for, at en sådan begrænsning ville have skadet foranstaltningens effektivitet, når den frie varebevægelse, som er indført med Traktaten, tages i betragtning.[317]

Med hensyn til det tredje præjudicielle spørgsmål – som ikke tidligere er behandlet i denne sammenhæng, og som omhandler de kritiserede foranstaltningers prohibitive virkning – er det værd at bemærke følgende udsagn fra Domstolen: *"når man tager hensyn til den komplicerede karakter af den økonomiske prognose, som iværksættelsen af den omstridte foranstaltning forudsætter, ses det ikke, at Kommissionen ved vurderingen af de priser, der skulle tages i betragtning, er gået ud over, hvad der kunne betragtes som* ***nødvendigt*** *for at nå målene; stabilisering af markederne og sikring af en rimelig levestandard for landbrugsproducenterne"*.[318]

Dommen i **Fedesa**[319] omhandler gyldigheden af Rådets direktiv 88/146/EØF om forbud mod anvendelse af visse stoffer med hormonal virkning inden for husdyravl.[320] Det andet stillede præjudicielle spørgsmål drejede sig om, at direktivet skulle være ugyldigt som værende i strid med proportionalitetsprincippet. Sagsøgerne finder, at proportionalitetsprincippet tilsidesættes ud fra alle de tre tidligere omtalte led i proportionalitetsvurderingen.[321]

Sagsøgerne finder ikke, at det i sagen omhandlede totalforbud er brugbart til at fjerne forbrugernes formodede bekymringer med hensyn til hormonbehandlet kød. For det *første* fordi forbuddet har skabt et meget betydeligt sort marked for illegale stoffer, der er potenti-

316 Sag 40/72, pr. 20.
317 Sag 40/72, pr. 21 og 22.
318 Sag 40/72, pr. 28.
319 Dom af 13. november 1990 i Sag C-331/88 The Queen mod The Minister of Agriculture, Fisheries and Food og the Secretary of State for Health, ex parte: *Fedesa* m.fl. Saml. 1990, s. 4023.
320 EFT L 70, s. 16.
321 Se nedenfor i afs. 7.4.3, s. 423 vedr. forholdsmæssighedsvurderingen.

elt farlige, når de anvendes af ukyndige i ukendte doser, og for det *andet* at det er praktisk umuligt at opdage brugen af de pågældende fem hormonstoffer ved undersøgelse af dyrene, som har naturlige hormonstoffer i organismen. Den britiske regering antager tillige, at direktivet strider mod proportionalitetsprincippet, fordi der findes naturlige hormoner i alle dyr, endda i visse tilfælde i større omfang end efter hormonbehandling. Forbrugere med normale kostvaner indtager således uundgåeligt store kvanta naturlige hormoner. Som en følge heraf er en foranstaltning, der forbyder anvendelsen af hormoner for at berolige forbrugerne, ikke egnet til at opnå den pågældende målsætning.

Sagsøgerne finder, at forbuddet går ud over, hvad der er *nødvendigt* for at fjerne forbrugernes frygt. Denne frygt kan fjernes gennem oplysningskampagner og rådgivning. I denne forbindelse nævnes offentliggørelse af talrige videnskabelige undersøgelser vedrørende spørgsmålet om de fem stoffers uskadelighed samt offentliggørelse af beviser for, at indtagelse af mere magert oksekød, der er fremkommet ved anvendelse af de fem hormonstoffer, bidrager til at forbedre den menneskelige sundhed. Hertil kommer – ifølge sagsøgerne – at Rådet kunne have indført pligt til en passende mærkning af behandlet kød i overensstemmelse med de almindelige retningslinjer, der findes i retsreglerne om de frie varebevægelser.

Generaladvokat *Jean Mischo* behandler også proportionalitetsspørgsmålet i sit forslag til afgørelse.[322] Generaladvokaten mener ikke, at den trufne foranstaltning er klart uhensigtsmæssig[323] for at opnå det tilsigtede formål. Dette begrunder han med, at alene et totalforbud mod samtlige stoffer med hormonal virkning ville kunne imødegå de bekymringer, som forbrugerne nærer – dette hvad enten bekymringerne er berettigede eller ej.[324]

I sin behandling af anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet fastslår Domstolen, at princippet efter Domstolens faste praksis hører til en af fællesskabsrettens almindelige grundsætninger. *"I henhold til dette princip er lovligheden af foranstaltninger, hvorved erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, betinget af, at foranstaltningerne er* ***egnede*** *til og* ***nødvendige*** *for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser, såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger,*

322 Fremsat 8. marts 1990, Saml. 1990, s. 4042ff. (spec. s. 4049-4051).

323 Generaladvokaten henviser i denne forbindelse til dom af 21. februar 1979 i Sag 138/78 *Stöting*, Saml. 1979, s. 713 og dom af 6. december 1984 i Sag 59/83 *Biovilac*, Saml. 1984, s. 4057.

324 Pr. 33 i generaladvokatens forslag til afgørelse, s. 4049.

skal den ***mindst bebyrdende*** *foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være* ***uforholdsmæssige*** *i forhold til de tilsigtede mål."*[325] [Min fremhævelse]. Domstolen præciserer i denne forbindelse, at fællesskabslovgiver på landbrugspolitikkens område har en skønsfrihed, der modsvarer det politiske ansvar, som lovgiver tillægges ved TEF art. 34 og 37 (TEU art. 40 og 43). Det følger af disse bestemmelser, at kun såfremt en foranstaltning på landbrugsområdet er *åbenbart uhensigtsmæssig* i forhold til det mål, som vedkommende institution forfølger, vil en sådan foranstaltning kunne kendes ulovlig.[326]

Vedrørende forbuddets egnethed fastslår Domstolen for det *første*, at selvom tilstedeværelsen af naturlige hormoner i alle former for kød gør det umuligt at efterspore de forbudte hormoner ved analyser af dyrene eller kødet, findes der andre kontrolmetoder, som i øvrigt allerede er blevet pålagt medlemsstaterne.[327] Domstolen fremhæver for det *andet*, at det ikke ses at være åbenbart, at en tilladelse til udelukkende at anvende de såkaldt naturlige hormoner kan forhindre, at der opstår et sort marked for farlige, men billige stoffer. Domstolen henviser *endelig* til det af Rådet anførte om, at enhver ordning, hvorefter visse stoffer er tilladt, kræver bekostelige kontrolforanstaltninger, hvis effektiviteten ikke kan garanteres. Domstolen fastslår således, at det omtvistede forbud ikke kan anses for en *åbenbart uhensigtsmæssig foranstaltning*.[328] I forhold til argumenterne om, at forbuddet ikke er nødvendigt, bemærker Domstolen, at disse i realiteten forudsætter, at den anfægtede foranstaltning er uegnet til at opnå andre formål end det, som består i at fjerne forbrugernes bekymringer, der er uden grundlag. Videre bemærker Domstolen, at det forhold, at Rådet ikke har gjort sig skyldig i denne henseende, kunne føre til, at man med føje kunne antage, at handelshindringerne og konkurrencefordrejningerne, under hensyntagen til kravene om beskyttelse af sundheden, ikke kunne ske ved mindre indgribende foranstaltninger (forbrugerinformation og mærkning af kødet).[329]

Ifølge *de Búrca*[330] er det tydeligt at se de modstridende interesser

---

325 Sag C-331/88, pr. 33.

326 Domstolen henviser i denne forbindelse til Sag 265/87 *Schräder*. Sagen er gennemgået ovenfor i afs. 7.4.2 s. 399, jf. Sag C-331/88, pr. 34.

327 Dette er sket ved suppleringsdirektivet (85/358/EØF) til direktivet om forbud mod visse stoffer med hormonal virkning og stoffer med thyreostatisk virkning (81/602/EØF).

328 Sag C-331/88, pr. 35.

329 Sag C-331/88, pr. 36.

330 de Búrca, Grainne: *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law* i Yearbook of European Law, 1993, s. 105-150.

i sagen; på den ene side Rådets interesse i at beskytte den menneskelige sundhed og i reaktion på de forskellige grader af bekymring hos forbrugerne over sikkerheden med specielt hormonale stoffer; på den anden side sagsøgernes kommercielle interesser i at påvise fraværet af videnskabelige beviser, som kan bevise det farlige i de pågældende stoffer, og i fortsat at kunne distribuere og sælge disse produkter.

Hvad angår *proportionalitetssynspunktet i snæver betydning*, må der ifølge sagsøgerne skabes ligevægt mellem den skade, der indtræffer for individuelle rettighedshavere, og de for Fællesskabet skabte fordele. I modsætning hertil anser den italienske og spanske regering samt Rådet og Kommissionen direktivet for at være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Det bestrides i denne forbindelse, at direktivets målsætninger kunne have været opnået ved et direktiv med mindre strenge regler. Det fremhæves videre, at de negative økonomiske virkninger ikke kan betragtes som en uforholdsmæssig skade i forhold til ønsket om at beskytte den menneskelige sundhed. Ifølge Kommissionen kan det bestemt ikke antages, at de i direktivet fastsatte foranstaltninger ikke er i overensstemmelse med dets målsætninger. Et forbud var det eneste rigtige middel til at sikre en passende beskyttelse af forbrugerne, som selv havde rejst krav om dets indførelse. I øvrigt bemærker Kommissionen, at forbuddet var rigtigt og nødvendigt for at realisere direktivets øvrige målsætninger. Der forelå ikke nogen anden, mindre indgribende foranstaltning, der havde kunnet imødegå handelshindringerne.

Med hensyn til begrebet proportionalitet i snæver betydning, dvs. afvejningen af skadelige indgreb i individuelle rettigheder over for de for almenheden skabte fordele, fastslår generaladvokaten, at bevarelsen af den offentlige sundhed må være afgørende i enhver relation. Når Rådet havde den opfattelse, som hvilede på dets skøn, om ikke at ignorere tvivlen i de fleste medlemsstater, som var repræsenteret i Rådet og i en stor del af den offentlige mening, hvad angår uskadeligheden af stofferne, havde Rådet ret til at pålægge de berørte erhvervskredse økonomiske ofre.[331]

I **National Dried Fruit**[332] stillede den engelske High Court to præjudicielle spørgsmål vedrørende gyldigheden af en række forord-

331 Pr. 42 i generaladvokatens forslag til afgørelse, s. 4051.

332 Dom af 11. februar 1988 i Sag 77/86, The Queen mod H.M. Commissioners of Customs and Excise, ex parte: The *National Dried Fruit* Trade Association, Saml. 1988, s. 757ff.

ninger om handel med tørrede druer, navnlig vedrørende beskyttelsesforanstaltninger og priser. Baggrunden for den præjudicielle forelæggelse var en sag indledt mod The National Dried Fruit Trade Association på vegne af dens medlemmer. Disse medlemmer, som importerede og forhandlede tørrede frugter en gros i Det Forenede Kongerige, havde formentlig lidt tab eller var blevet påført udgifter som følge af, at der ved de nævnte forordninger var fastsat minimumspriser og udligningsafgifter ved indførelse af tørrede druer. The National Dried Fruit Trade Association gjorde ved den nationale domstol gældende, at forordningerne var ugyldige, og at der savnedes hjemmel til at opkræve importafgift ved indførsel af tørrede druer. Det første præjudicielle spørgsmål vedrørte gyldigheden af forordning 2742/82,[333] hvorved der indførtes en udligningsafgift udgørende et fast beløb svarende til forskellen mellem den af Kommissionen fastsatte minimumspris og den laveste pris på verdensmarkedet. Domstolen fastslog, at det ikke i sig selv er ulovligt at fastsætte minimumsprisen på et niveau, der ligger over de faktiske priser inden for Fællesskabet, medmindre prisen sættes højere end nødvendigt for at sikre, at beskyttelsesforanstaltningerne får virkning. Domstolen fandt, at den af Kommissionen fastsatte minimumspris ikke havde overskredet dette niveau i et sådant omfang, at det anfægtede dens lovlighed. Domstolen afviste endvidere det anbringende, at en udligningsafgift er ulovlig, ene og alene fordi den er sat til et fast beløb.

Ud over det ovenfor omtalte spørgsmål vedrørende ulovligt fastsatte minimumspriser gjorde sagsøgeren i National Dried Fruit[334] yderligere gældende, at udligningsafgiften konkret var i strid med proportionalitetsprincippet, eftersom en afgift svarende til forskellen mellem minimumsprisen og importprisen ville være tilstrækkelig til at sikre overholdelsen af minimumsprisen.

Hertil udtalte Domstolen, at formålet med udligningsafgiften er at sikre overholdelsen af minimumsprisen og dermed af princippet om fællesskabspræference i forbindelse med handlen med tørrede druer. Formålet er ikke at ramme den erhvervsdrivende, der har importeret til en pris under minimumsprisen med en økonomisk sanktion. Indførelsen af en udligningsafgift med én fast sats, der opkræves selv i tilfælde af en ganske lille forskel mellem importprisen og minimumsprisen, vil virke som en økonomisk sanktion.

---

333 Kommissionens forordning nr. 2742/82 af 13. oktober 1982 om beskyttelsesforanstaltninger over for indførelse af tørrede druer.

334 Sag 77/86 *National Dried Fruit*. For en fuldstændig henvisning se note 332, s. 423.

Kommissionen havde ikke godtgjort, at en sådan ordning var nødvendig for at nå formålet med forordning 52/77, som er at undgå alvorlige forstyrrelser på markedet for blandt andet tørrede frugter. På baggrund af det anførte, fastslog Domstolen, at Kommissionens forordning 2742/82 var ugyldig, for så vidt som den herved indførte udligningsafgift udgør et fast beløb svarende til forskellen mellem minimumsprisen og den laveste pris på verdensmarkedet.

7.5 Proportionalitetsprincippet i forhold til nationale foranstaltninger

Når man ser på de domme fra EF-Domstolen, som er gennemgået umiddelbart ovenfor, er det karakteristisk, at de alle, med undtagelse af én (Fedesa), vedrører en vurdering af proportionalitetsprincippet i forhold til bestemmelser i Traktaten eller i forhold til forordninger. Når man som i denne fremstilling tager udgangspunkt i et direktiv, der er implementeret i national ret, er det væsentligt at undersøge, om proportionalitetsvurderingen er en anden, når den drejer sig om nationale foranstaltninger.

EF-Domstolen anvender også en art proportionalitetsvurdering i forbindelse med vurderingen af overtrædelser af de grundlæggende principper i Traktaten; etableringsfriheden, fri udveksling af varer og tjenesteydelser mv. Kimen til denne vurdering findes helt tilbage i slutningen af 1970'erne og starten af 1980'erne, hvor Domstolen behandlede spørgsmålet i forbindelse med to sager vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser.[335] Det er dog først i 1986 i *Kommissionen mod Tyskland*,[336] at den egentlige proportionalitetsbedømmelse kommer ind i vurderingen. Efter at have konstateret, at Domstolen i tidligere sager har anerkendt, at det under hensyn til visse tjenesteydelsers specielle karakter ikke kan anses uforeneligt med traktaten, at der stilles særlige krav, der er begrundet i anvendelsen af regler vedrørende disse former for ydelser, udtaler Domstolen følgende om problemstillingen: *"Den frie udveksling af tjenesteydelser, der er et grundlæggende princip i traktaten, kan dog kun begrænses ved*

335 Dom af 18. januar 1979 i Forenede sager 110 og 111/78 Anklagemyndigheden og "Chambre Syndicale des Agents Artistiques et Impresarii de Belgique", Asbl mod Willy Van Wesemael m.fl., Saml. 1979, s. 35 og Dom af 17. december 1981 i Sag 279/80 Straffesag mod Alfred John Webb, Saml. 1981, s. 3305.

336 Dom af 4. december 1986 i Sag 205/84 Kommissionen mod Tyskland (Den tyske co-assurancesag), Saml. 1986, s. 3755.

regler, der er begrundet i almene hensyn, og som påhviler enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område, og kun i det omfang disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, som tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstats, hvor han er etableret. Det er desuden en betingelse, at kravene er ***objektivt nødvendige*** *for at sikre overholdelsen af de regler, der gælder for det pågældende erhverv, og for at beskytte de hensyn, som varetages med reglerne."*[337] [Min fremhævelse].

Efterfølgende er denne konstruktion anvendt i flere sager på området, blandt andet kan nævnes *Kommissionen mod Italien*[338] (tjenesteydelser), *Ramrath*[339] (fri bevægelighed for personer/etableringsfrihed).

I *Kraus*-dommen[340] får det sidste led om, at *"kravene skal være objektivt nødvendige"* en anden udformning, som medfører, at vurderingen går mere i retning af den *klassiske* proportionalitetsvurdering. Ud over kravene om et legitimt formål og begrundelsen i tvingende almene hensyn kræver Domstolen følgende: *"Desuden skal anvendelsen af de omhandlene nationale regler i et sådant tilfælde kunne sikre, at det med reglerne forfulgte mål nås, og den må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå det pågældende mål."*[341]

Domstolen har efterfølgende brugt en tilsvarende formulering i følgende sager, som alle omhandler problemstillingen om den frie bevægelighed for personer og etableringsfriheden: *Gebhard*,[342] *Centros*[343] og *Lankhorst-Hohorst*.[344] Problemstillingen er berørt af *Nikolaj Vinther og Erik Werlauff*.[345] Artiklen vedrører EF-Domstolens dom i Lankhorst-Hohorst. Forfatterne slår for det *første* til lyd for, at det sidste led i vurderingen af indgreb i EU-frihedsrettigheder er et krav

---

337 Sag 205/84, pr. 27.

338 Dom af 26. februar 1991 i Sag C-180/89 Kommissionen for de europæiske Fællesskaber mod den Italienske Republik, Saml. 1991, s. 709, pr. 17.

339 Dom af 20. maj 1992 i Sag C-106/91 Claus *Ramrath* mod Ministre de la Justice, Saml. 1992, s. 3351, pr. 29 og 30.

340 Dom af 31. marts 1993 i Sag C-19/92 Dieter *Kraus* mod Baden-Württemberg, Saml. 1993, s. 1663, pr. 32.

341 Sag C-19/92, pr. 32.

342 Dom af 30. november 1995 i Sag C-55/94 Reinhard *Gebhard* mod Consiglio dell-'ordine degli avvocati e procuratori de Milano, Saml. 1995, s. 4165, pr. 37.

343 Dom af 9. marts 1999 i Sag C-212/97 *Centros* Ltd. mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Saml. 1999, s. 1459, pr. 34.

344 Dom af 12. december 2002 i Sag C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* Gmbh mod Finanzamt Steinfurt, Saml. 2002, s. 11779, pr. 33.

345 Nikolaj Vinther og Erik Werlauff: *Nødvendig nytænkning af skatteregler om tynd kapitalisering* i Skat Udland 2003, s. 3ff.

om proportionalitet mellem mål og midler,[346] og for det *andet* at de to sidste led i vurderingen ofte slås sammen under én betegnelse, nemlig som et krav om *Erforderlichkeit* eller *nødvendighed*.[347]

Francis G. Jacobs giver udtryk for, at der findes tre centrale emner, som kan være genstand for en diskussion[348] i forbindelse med den succesfulde påberåbelse af proportionalitetsprincippet, som er sket i de senere år, i forbindelse med anfægtelsen af de nationale foranstaltninger:

- *Hvad er det passende niveau for undersøgelsen?* Herunder specielt, hvordan hænger beskaffenheden og intensiteten i Domstolens undersøgelse sammen med dens undersøgelse af fællesskabets foranstaltninger?
- *Hvor langt rækker Domstolens undersøgelse af nationale foranstaltninger – både i de tilfælde, hvor disse foranstaltninger er vedtaget i implementeringen af fællesskabsretten, og hvor de er omfattet af fællesskabsretten?* Eller sagt anderledes, hvilken sammenhæng kræves der mellem de nationale foranstaltninger og fællesskabsretten, for at proportionalitetsprincippet kan anvendes? Dette punkt, hvor der ikke findes noget modstykke i undersøgelsen af fællesskabets foranstaltninger, drejer sig om omfanget af princippets anvendelse.
- *I hvor høj grad skal princippet anvendes af Domstolen i forbindelse med præjudicielle forelæggelser?* I hvor høj grad skal Domstolen selv afgøre, om en foranstaltning er proportional, og i hvor høj grad skal Domstolen blot give vejledning med hensyn til de rette kriterier, så anvendelsen i den konkrete sag bliver overladt til de nationale domstole? Dette emne, som heller ikke har noget modstykke i anfægtelsen af fællesskabets foranstaltninger, rejser nogle centrale spørgsmål vedrørende Domstolens funktion og dens relation til de nationale domstole.[349]

346 Vinter og Werlauff, a. st., s. 6, note 10.

347 Vinter og Werlauff, a. st., s. 6.

348 Jacobs giver også udtryk for, at han i højere grad forsøger at påpege problemstillingerne end at løse dem.

349 Jacobs, Francis G.: Recent Developments in the Principle of Proportionality in EC Law i Ellis, Evelyn (ed.): The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s. 1 ff., her s. 8f.

Jacobs giver udtryk for, at disse tre emner kan illustreres i den seneste retspraksis (i forhold til 1998). Blandt disse afgørelser, hvor nationale foranstaltninger har været problemet, kan der udskilles *fem* typer af sager.

Til illustration af den *første type* af sager fremhæver han den såkaldte *Pastoors*-dom,[350] som i sagens kontekst illustrerer, at *"a difference of treatment between residents and non-residents, which may thus constitute indirect discrimination between nationals of Member States contrary to Article 6 of the Treaty, will be prohibited under that article if it infringes the principle of proportionality"*.[351]

Konkret udtrykker Domstolen dette på følgende måde: *"Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at når der ikke findes en særlig bestemmelse i en fællesskabsforordning, der fastsætter sanktion for en overtrædelse, men der med hensyn hertil henvises til nationale bestemmelser, har medlemsstaterne et skøn med hensyn til valget af sanktioner, som under alle omstændigheder ikke alene skal være effektive og have en afskrækkende virkning, men stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen (...). Disse sanktioner skal således være hensigtsmæssige og nødvendige for at nå det ønskede mål, men må ikke overskride grænserne for, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre det (...)."*[352]

Jakobs bemærker sluttelig, at sagen nok ville have fået et andet udfald, hvis der havde været tale om en straffesag, som ikke havde nogen direkte forbindelse til fællesskabsretten.[353]

I den *anden type* af sager er proportionalitetsprincippet påberåbt i forbindelse med en undersøgelse af en national foranstaltnings forenelighed med en af de fundamentale friheder i Traktaten, f.eks. etableringsretten. Til illustration henvises til Domstolens afgørelse i den såkaldte *Skanavi*-sag,[354] hvor Domstolen kommer frem til følgende: *"Da det pågældende område ikke er reguleret i fællesskabsretten, har medlemsstaterne fortsat kompetence til at pålægge sanktioner, såfremt forpligtelsen ikke overholdes. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis vedrørende manglende iagttagelse af bestemmelserne om de formaliteter, som en af fællesskabsretten beskyttet arbejdstager skal opfylde, at medlemsstaterne ikke kan anvende en straf, der* ***står i et sådant misforhold til lovovertrædelsens grovhed****, at den kommer til at udgøre*

350 Dom af 23. januar 1997 i Sag C-29/95 Eckehard *Pastoors* og Trans-Cap GmbH mod Belgische Staat, Saml. 1997, s. 285.

351 F.G. Jacobs, a. st., s. 9.

352 Sag C-29/95, pr. 24.

353 F.G. Jacobs, a. st., s. 10.

354 Dom af 29. februar 1996 i Sag C-193/94 Straffesager mod Sofia *Skanavi* og Konstantin Chryssanthakopoulos, Saml. 1996, s. 929.

en hindring for arbejdskraftens frie bevægelighed, samt at dette bl.a. vil være tilfældet, hvis straffen omfatter fængsel. ..."[355] [Min fremhævelse]. Domstolen bemærker endvidere, at *"sidestilling af en person, som har undladt at ombytte sit kørekort, med en person, som kører uden at have føreret, idet der pålægges samme strafferetlige sanktioner herfor, selv i form af bøde, som fastsat i den omtvistede nationale lovgivning, ligeledes må anses for at* ***stå i misforhold til*** *overtrædelsens grovhed, når henses til konsekvenserne"*.[356] [Min fremhævelse].

Jacobs fremhæver i denne sammenhæng, at man skal være opmærksom på, at proportionalitetsvurderingen ikke nødvendigvis vil blive anvendt i dens mest absolutte form i de sager, hvor en national foranstaltning indskrænker anvendelsen af en traktatsikret frihedsrettighed. I denne forbindelse henvises til afgørelsen i *Alpine Investments*,[357] hvor Domstolen slog fast, at det faktum, at en medlemsstat har udstedt mindre strenge regler end en anden, ikke indebærer, at reglerne i denne medlemsstat står i urimeligt forhold til det tilstræbte mål og derfor er uforenelige med fællesskabsretten.[358]

Den *tredje type* af sager illustrerer anvendelse af proportionalitetsprincippet i de tilfælde, hvor den interesse, som er på spil, er relateret til national eller international sikkerhed. *Werber* og *Liefer*-sagerne[359] illustrerer denne problematik. Sagerne omhandler eksport til tredjelande af varer med dobbelte anvendelsesmuligheder,[360] som kunne anvendes til militære formål. Leifer-sagen angår den fælles udførselsordning,[361] som principielt fastlægger et princip om fri udførsel,[362] men som samtidig ikke er til hinder for, at medlemsstaterne indfører eller anvender kvantitative restriktioner med hensyn til udførsel, bl.a. når disse er begrundet i hensynet til den offentlige sikkerhed.[363] Domstolen kommer frem til, at en medlems-

355 Sag C-193/94, pr. 36.
356 Sag C-193/94, pr. 37.
357 Dom af 10. maj 1995 i Sag C-384/93 i *Alpine Investments* BV mod Minister van Financien, Saml. 1995, s. 1141.
358 C-384/93, pr. 51.
359 Begge domme af 17. oktober 1995 i hhv. Sag C-70/94 Fritz *Werber* Industrie-Ausruestungen GmbH mod Forbundsrepublikken Tyskland, Saml. 1995, s. 3189 og Sag C-83/94 Straffesag mod Peter *Leifer*, Reinhold Otto Krauskopf og Otto Holzer, Saml. 1995, s. 3231.
360 Varer med dobbelte anvendelsesmuligheder er varer, som både kan anvendes til militære og til civile formål.
361 Rådets forordning nr. 2603/69 af 20. december 1969 om fastlæggelse af en fælles udførselsforordning.
362 Forordningens art. 1.
363 Forordningens art. 11.

stat derfor undtagelsesvis, og forudsat at proportionalitetsprincippet overholdes, kan vedtage nationale foranstaltninger, der indebærer restriktioner for udførslen til tredjelande af varer med dobbelt anvendelse, når dette anses for nødvendigt for at undgå en alvorlig forstyrrelse af forbindelserne til udlandet eller af nationernes fredelige sameksistens, hvorved en medlemsstats offentlige sikkerhed ville kunne påvirkes i den pågældende bestemmelses forstand. Domstolen udtaler følgende om de foreskrevne strafferetlige sanktioner: *"Det tilkommer den nationale ret at vurdere, om de foreskrevne strafferetlige sanktioner er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, således at der i den enkelte sag tages hensyn til alle omstændigheder, herunder beskaffenheden af den vare, som kan bringe den offentlige sikkerhed i fare, de omstændigheder, hvorunder overtrædelsen er begået, og om den erhvervsdrivende, der ulovligt har forestået udførslen, var i god eller ond tro."*[364]

Medens alle de ovenfor gennemgåede domme illustrerer beskaffenheden og intensiteten i Domstolens undersøgelse, vedrører den *fjerde type* af sager omfanget af princippet og viser, at forholdet mellem proportionalitetsprincippet og nationale foranstaltninger kan være komplekst. Dette er tilfældet i *Molenheide*-dommen.[365]

Konkret set handler Molenheide-dommen om opnåelsen af en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af art. 18, stk. 4, i Rådets sjette direktiv[366] om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter. De forelæggende retter spurgte bl.a. EF-Domstolen, om art. 18, stk. 4, var til hinder for nationale regler, hvorefter der som tvangssikring blev foretaget tilbageholdelse af overskydende moms, der kunne tilbagebetales, når der enten bestod en stærk formodning om afgiftssvig eller et momskrav til fordel for afgiftsmyndighederne, som blev bestridt af den afgiftspligtige.

Med hensyn til proportionalitetsprincippets mulige betydning i sagens kontekst fremhæver Domstolen, at skønt medlemsstaterne i princippet kan træffe de ovenfor omtalte foranstaltninger vedrørende tvangssikring, kan disse dog have betydning for de nationale myndigheders forpligtelse til at foretage en øjeblikkelig tilbagebetaling i henhold til den omtalte art. 18, stk. 4.[367] I overensstem-

364 Sag C-83/94, pr. 40.

365 Dom af 18. december 1997 i forenede sager C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96 Garage *Molenheide* BVBV, Peter Schpens, Bureau Rik Decan-Business Research & Development NV (BRD) og Sanders BVBA mod Belgische Staat.

366 77/388/EØF af 17. maj 1977.

367 Forenede sager C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96, pr. 45.

melse med proportionalitetsprincippet *"skal medlemsstaterne således anvende midler, som – idet de gør det muligt effektivt at nå det mål, der forfølges med national ret – gør det mindste indgreb i de af den pågældende fællesskabslovgivning opstillede formål og principper"*.[368] I de to følgende præmisser, hvor Domstolen sætter dette udgangspunkt i forhold til sagens konkrete indhold, udtales følgende: *"Mens det således er lovligt, at de foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer, går ud på så effektivt som muligt at beskytte statskassens rettigheder, må de ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt af hensyn til dette formål. De kan følgelig ikke anvendes på en sådan måde, at de systematisk anfægter retten til fradrag af moms, som er et grundlæggende princip i det fælles merværdisystem, der er indført ved fællesskabslovgivningen på området."* Og videre: *"Der skal derfor i denne henseende gives det svar, at proportionalitetsprincippet finder anvendelse på nationale foranstaltninger, der som de i hovedsagerne omhandlede træffes af en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence på momsområdet, for så vidt som disse foranstaltninger, såfremt de gik ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå deres formål, ville gøre indgreb i det fælles merværdiafgiftssystems principper, navnlig i fradragsordningen, som er et væsentligt led i dette."*[369] Domstolen bemærker videre, at da tvangssikringsproceduren fremstår som en procedure, der fraviger de almindelige regler om tvangssikring, derved at der er en uigendrivelig formodning for, at den er nødvendig og uopsættelig, kan der legitimt rejses tvivl om, hvorvidt den er nødvendig for at sikre inddrivelsen af det skyldig beløb. På baggrund af dette fastslås det, *"at en uigendrivelig formodning, i modsætning til en gendrivelig formodning, går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre en effektiv inddrivelse og strider mod proportionalitetsprincippet, da den ikke giver den afgiftspligtige mulighed for at føre modbevis under rettens kontrol under sagen om foreløbige retsmidler"*.[370]

Den *femte type* af sager drejer sig om, hvorvidt proportionalitetsprincippet skal anvendes af Domstolen i præjudicielle sager, eller om dette skal overlades til de nationale myndigheder. *Torfaen*-dommen[371] illustrerer dette type af sager.

Fenger har ligeledes beskæftiget sig med proportionalitetsprincippet i forhold til nationale foranstaltninger i disputatsen *Forvaltning og fællesskab*. I forbindelse med påstanden om, at Domstolen

368 Forenede sager C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96, pr. 46.
369 Forenede sager C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96, pr. 47 og 48.
370 Forenede sager C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96, pr. 51 og 52.
371 Dom af 23. november 1989 i Sag 145/88 *Torfaen* Borough Counsil mod B & Q plc., Saml. 1989, s. 3851.

anlægger en hårdere proportionalitetsvurdering i forhold til de nationale myndigheder end til EU-institutionerne, bemærker han, at der næsten udelukkende fremdrages domme vedrørende foranstaltninger, der begrænser den frie bevægelighed, til besvarelse af dette spørgsmål. De pågældende domme viser, at der specielt anlægges en hårdere nødvendighedsvurdering i disse sager. Fenger henleder i denne forbindelse opmærksomheden på, at den proportionalitetstest, som anvendes i forhold til de fire friheder, ikke udelukkende er udtryk for det generelle uskrevne proportionalitetsprincip, som både EU-institutioner og nationale myndigheder er underlagt i enhver fællesskabsrelevant situation. Ifølge forfatteren er der *"snarere tale om specielle forholdsmæssighedsregler, som udledes direkte af de enkelte traktatbestemmelser, og som er opbygget under hensyntagen til netop de pågældende bestemmelsers særlige sigte"*.[372] Disse specielle forholdsmæssighedsregler afspejler derfor ikke i alle henseender det almene proportionalitetsprincip. Baggrunden for den indsnævrede skønsmargen i sager vedrørende den frie bevægelighed er således ikke i første række reglernes adressat, men derimod deres indhold. En del af forklaringen kan også søges i det forhold, at fællesskabslovgiveren vanskeligt på samme måde som medlemsstaterne kan mistænkes for at varetage protektionistiske hensyn.[373] De domme, som peger på en mindre tilbageholdende kontrol med medlemsstaterne, bør efter Fengers opfattelse ikke tages til indtægt for, at medlemsstaterne generelt er underlagt et strengere proportionalitetsprincip, men snarere ses som et udtryk for, at mistillid også efter fællesskabsretten er et almindeligt prøvelsesintensiverende kriterium. Man bør endelig ikke overse, at sager vedrørende forholdsmæssigheden af nationale foranstaltninger hyppigere angår tilfælde, hvor den omtvistede foranstaltning er egnet til at undergrave vedkommende fællesskabsregels effektive anvendelse. Hvor dette er tilfældet, må spørgsmålet om lovligheden af foranstaltningen bedømmes ud fra en kombination af effektivitets- og proportionalitetsbetragtninger. Dette forhold begrunder i sig selv – uafhængigt af, hvem der har truffet foranstaltningen – en indsnævring af den pågældende myndigheds skønsmargen.[374]

---

372 Fenger: Forvaltning og fællesskab, s. 629.
373 Fenger, a. st., s. 629f.
374 Fenger, a. st., s. 631.

Kapitel 8

Nordisk offentlig ret

8.1 Indledning

I de foregående kapitler er det konstateret, at der i tysk ret og i EU-retten findes et veludviklet proportionalitetsprincip – i tysk ret på forfatningsniveau og i EU-retten som et grundlæggende og traktatfæstet princip. Proportionalitetsprincippet kan i dansk ret spores tilbage til 1920'erne og 1930'erne. I denne afhandlings sammenhæng er det interessant at se på, om det proportionalitetsprincip, som findes i dansk ret, er forskelligt fra det princip, som er udviklet i tysk ret og i EU-retten. Hvis dette spørgsmål kan besvares benægtende, vil det betyde, at det grundlæggende set ikke vil være så vanskeligt at udfylde det nødvendighedskrav, som findes i de grundlæggende behandlingsbestemmelser i persondataloven.

I sin forvaltningsretlige fremstilling fra 1965 behandler *Poul Andersen* udelukkende proportionalitetsafvejningen i forbindelse med politiets magtanvendelse. I dansk ret er grundstenen til proportionalitetsprincippet blevet lagt i forbindelse med politiets anvendelse af magt. Det er Poul Andersens opfattelse, at den nærmere afgrænsning af politiets magtbeføjelser overalt er forbundet med store vanskeligheder. I almindelighed kan det ifølge forfatteren siges, *at* fysisk magt kun bør bringes i anvendelse, når det er fornødent, navnlig når andre administrative tvangsmidler ikke vil kunne føre til målet, *at* den mildere slags magt, når den er tilstrækkelig, må anvendes frem for den strengere, og *at* magtanvendelsen overhovedet ikke må være uforholdsmæssig, henset til den offentlige interesse, som påkalder beskyttelse.[1] Dette danske udgangspunkt stemmer overens med det udgangspunkt, som ses i tysk ret.

Når man i en fremstilling som den foreliggende foretager *valg* i forbindelse med medtagning af bestemte retsområder, betyder det, at man også foretager *fravalg*. Valget er faldet på statsforfatningsretten og forvaltningsretten, fordi det er de retsområder, som ligger tæt-

[1] Andersen, Poul: Dansk forvaltningsret, 5. udg., s. 548.

test på persondataretten. Hvis man kan sige, at der gælder et almindeligt statsforfatningsretligt proportionalitetsprincip, vil dette også være gældende inden for persondataretten. Forvaltningsretten er valgt, fordi retsområdet ligger meget tæt op ad det persondataretlige. Store dele af den tidligere gældende registerlovgivning havde fællesnævnere med forvaltningsretten, blandt andet afgrænsningen af de rent private oplysninger. I denne sammenhæng kan man også spørge sig selv, hvorfor svensk og norsk ret er valgt medtaget. De to landes anvendelse af proportionalitetsprincippet er medtaget, fordi retssystemerne ligger meget tæt op af det danske, og som det tidligere er set i denne fremstilling,[2] kan det være særdeles nyttigt at se på, hvordan givne retlige problemstillinger er løst i disse lande. Yderligere er de to lande interessante, fordi det norske system minder meget om det danske, medens det svenske er anderledes, da det er anderledes opbygget end det norske og det danske. I Sverige findes en forvaltningsdomstol,[3] og derfor har der ikke være tilsvarende problemer som i Danmark og Norge med prøvelsen af forvaltningens skøn. Sverige bliver alligevel interessant derved, at den svenske Regeringsrätten i 1999 afsagde dom i den såkaldte Barsebäck-sag. I denne dom forsøger den svenske forvaltningsdomstol at foretage en fuldstændig proportionalitetsvurdering, som kendes fra tysk ret og EU-retten.

Det følgende kapitel indeholder først en gennemgang af de områder inden for den danske statsforfatningsret, som indeholder et proportionalitetskrav. Afsnit 8.3 søger at fastlægge indholdet i det proportionalitetsprincip, som siden begyndelsen af 1970'erne har været gældende i dansk forvaltningret. I denne forbindelse undersøges det også om princippet kan siges at være så udviklet i dansk ret, at man kan tale om en egentlig underopdeling af princippet eller om dette vil være for vidtgående. I afsnittet om proportionalitetsprincippet i dansk forvaltningsret medtages også to områder, hvor proportionalitetsprincippet er blevet lovfæstet, nemlig i den såkaldte retssikkerhedslov og i lov om politiets myndighed. For at sætte indholdet i perspektiv behandles endelig indholdet i proportionalitetsprincippet i norsk og svensk forvaltningsret, som indeholder tilgange til problemstillingen, der er noget anderledes end den, der kendes i dansk ret. Sluttelig sættes gennemgangens resultater i forhold til det centrale for denne afhandling, nemlig kravet om nødvendighed.

---

2 Ovenfor i afs. 3.7.6, s. 279ff. blev de to landes problemer med implementeringen af de følsomme oplysninger behandlet.

3 Se yderligere om denne nedenfor afs. 8.4.2, s. 479f.

8.2 Statsforfatningsret

Der er knyttet proportionalitetsbetragtninger til en række af grundlovens bestemmelser. Proportionalitetsbetragtninger har således betydning for lovgivningsmagtens adgang til at gribe ind i udøvelsen af de grundlovssikrede frihedsrettigheder af hensyn til modstående interesser.[4]

I denne forbindelse kan man spørge sig selv, på hvilket niveau proportionalitetsprincippet er gældende i den danske statsforfatningsret. Princippet kan gælde på tre mulige niveauer. For det *første* i de af grundlovens paragraffer, hvori der direkte foretages en proportionalitetsvurdering, eksempelvis grundlovens § 79 om forsamlingsfrihed. For det *andet* kunne man forestille sig at princippet gjaldt som generelt vurderingskriterium i grundrettighedskataloget i grundloven. *Endelig* kunne man forestille sig, at proportionalitetsprincippet var gældende som et almindeligt forfatningsretligt princip lige som det er tilfældet i tysk ret.

Ifølge *Zahle* er det ikke let præcist at beskrive indholdet af den generelle foreningsbeskyttelse i grundlovens § 78. At foreningen ifølge loven har et ulovligt øjemed, og at forbud mod foreningen er nødvendigt for at imødegå denne ulovlighed, beskytter mod administrative og judicielle overgreb. Ifølge forfatteren må der dog kunne stilles det krav til lovgivningsmagten, at stipuleringen af foreningens øjemed som ulovligt skal kunne anses som et nødvendigt skridt til opretholdelse af et demokratisk samfund. I denne sammenhæng henvises til EMRK art. 11 om foreningsfrihed og denne bestemmelses stk. 2, om at indskrænkninger i denne frihed skal være foreskrevet ved lov og være nødvendige i et demokratisk samfund.[5]

Den følgende fremstilling indeholder først en gennemgang af censurforbuddet i grundlovens § 77. Dernæst inddrages den proportionalitetsvurdering, som ligger i grundlovens § 79 om forsamlingsfrihed. Den bestemmelse i grundloven, som har været genstand for den mest omfattende behandling er reglerne om ekspropriation i § 73. Afsnittet afsluttes med en diskussion af, om der kan siges at gælde et forfatningsretligt proportionalitetsprincip i dansk ret.

---

4 Jensen, Michael H.: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning i UfR 1994B.335ff (336).

5 Zahle, Henrik: Dansk forfatningsret 3, 3. udg., s. 147.

8.2.1 Politiske frihedsrettigheder

Grundlovens §§ 77 og 79 er klassiske politiske frihedsrettigheder,[6] som ikke alene tilgodeser individets interesser, men hvis udnyttelse er forudsætningen for den demokratiske retsstats legitimitet.[7] At proportionalitetsbetragtninger normerer adgangen til at regulere udøvelsen af de grundlovssikrede frihedsrettigheder, er i den statsretlige teori i øvrigt kommet til udtryk i forbindelse med omtale af enkelte, navnlig politiske, frihedsrettigheder.

8.2.1.1 Censurforbuddet i § 77

Både *Mogens Munch* og *Henrik Zahle* har fremhævet, at proportionalitetshensyn har betydning for nedlæggelse af fogedforbud mod offentliggørelse af ytringer, der må karakteriseres som en indskrænkning af censurforbuddet i grundlovens § 77.

Munch fremhæver, at nedlæggelse af forbud mod trykte skrifter beror på en afvejning af den ved udsagnet truende interesse over for den almene interesse i fri meningsudveksling, og at der må tages stilling til, om den truende interesse i tilstrækkelig grad kan varetages på anden måde end ved forhåndsindgreb. Særlig om periodiske skrifter anfører Munch, at søges et forbud nedlagt på et så sent tidspunkt, at de ytringer, der ønskes forbudt, ikke kan udelades af oplaget, vil det møde særlige betænkeligheder, hvis hele oplaget, hvor de retsstridige udsagn kun er en ringe del, og som kunne indeholde andre ikke retsstridige, men måske af myndighederne ildesete angreb, skulle standses, og et proportionalitetshensyn kommer hermed i betragtning.[8] Zahle anfører i denne forbindelse, at den af ytringen truede interesse må gøre det nødvendigt, at forbud nedlægges.[9] Zahle anser, at *"Ytringsfriheden som værdi er sat som et relevant og styrende princip for en hvilken som helst regulering af og afgørelse 'om retten til at offentliggøre tanker', og hvilke afvigelser fra dette mål der skal anerkendes som nødvendige må bero på en bedømmelse af de interesser, som anfægtes af den pågældende ytring, interessen i at ytringen offentliggøres, og at dette sker sanktionsfrit, ligesom sanktionens tyngde må stå i et rimeligt forhold til den eventuelle krænkelse"*.[10] Eller sagt

6 Den sidste er foreningsfriheden i grundlovens § 78.
7 Koch, Henning i Grundloven med kommentarer, s. 469.
8 Munch, Mogens: Trykkefrihed og forbud i UfR 1982B.61 (s. 70f.).
9 Zahle, Henrik, a. st., s. 71.
10 Zahle, Henrik, a. st., s. 80.

med Michael H. Jensens ord *"... ytringsfriheden bør anerkendes som en værdi, der skal være styrende for såvel lovgivning som retsanvendelse, uden at dette afskærer fra andre hensyn"*.[11]

8.2.1.2 Forsamlingsforbuddet i § 79

I grundlovens § 79, 1. pkt., siges det, at borgerne har ret til uden forudgående tilladelse at samle sig ubevæbnede. Det er almindeligt antaget, at denne bestemmelse ikke forhindrer, at det ved lov, eller i henhold til lov, foreskrives, at forsamlinger forudgående skal anmeldes til politiet, men tilsidesættelse af en forskrift om anmeldelse kan ikke danne grundlag for, at forsamlingen forbydes.[12] I denne forbindelse nævner *Germer* – uden yderligere begrundelse – at der kan fastsættes straf for tilsidesættelse af en forudgående anmeldelse af forsamlinger, men straffen må ikke være uforholdsmæssigt streng.[13]

Grundlovens § 79, 3. pkt., har følgende ordlyd: *"Forsamlinger under åben himmel kan forbydes, når der af dem kan befrygtes fare for den offentlige fred."* Ifølge Poul Andersen må det antages, at en forsamling kun kan forbydes, når forbud er et egnet og nødvendigt middel til afværgelse af fare for den offentlige fred.[14] Poul Andersen anfører videre, at selv om grundlovens § 79, 3. pkt., umiddelbart kun omhandler politiets beføjelser til at forbyde forsamlinger på grund af forsamlingsemanationer,[15] har bestemmelsen også betydning for lovgivningsmagten.[16]

Grundlovens § 79, 3. pkt., har ikke udtømmende fastlagt, hvilke indgreb der er tilladt over for forsamlinger. Det er almindeligt antaget, at bestemmelsen ikke er til hinder for anvendelsen af forsamlingsforbud, der sker til beskyttelse af væsentlige offentlige og private interesser uden at tilsigte noget indgreb i forsamlinger som sådan. I Justitsministeriets notat af 7. januar 1976 om rækkevidden af bestemmelserne i grundlovens § 77 og § 79 i forbindelse med demonstrationer i arbejdskonflikter udtales følgende vedrørende anvendelsen af sådanne forsamlingsforbud: *"Det må formentlig ...*

---

11 Jensen, Michael H., a. st., s. 336.

12 Andersen, Poul: Dansk statsforfatningsret, s. 699-700 og Ross: Dansk statsforfatningsret II, s. 776.

13 Germer, Statsforfatningsret, 3. udg., s. 306, note 13.

14 Andersen, Poul, a. st., s. 709.

15 Meningstilkendegivelse i forsamlingen eller forsamlingsdeltagernes optræden i øvrigt, for så vidt den har forsamlingspræg.

16 Andersen, Poul, a. st., s. 712.

antages, at forbud kun kan anvendes, når det er nødvendigt, navnlig når andre, mindre indgribende tvangsmidler ikke kan anses for tilstrækkelige, ligesom forbud ikke vil kunne anvendes, hvis dette indgreb i den konkrete situation må betegnes som uforholdsmæssigt henset til den underliggende materielle interesse, til hvis beskyttelse indgrebet er hjemlet."[17]

Højesteret har i den såkaldte *Rocker-dom*[18] fra 1999 anvendt proportionalitetsprincippet. Det er dog væsentligt at være opmærksom på, at vurderingen ikke foretages i forhold til selve grundlovsbestemmelsen, men i forhold til loven om forbud mod ophold i bestemte ejendomme.[19] *"Lovens forbudsordning er begrundet i hensynet til beskyttelse af omkringboende og forbipasserende. Den er ikke rettet mod gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse. En afskæring af vedkommende gruppe fra ophold på den pågældende ejendom medfører, at den bliver uegnet som angrebsmål. Lovens forbudsordning må derfor anses for egnet til at opnå det formål, den forfølger. Ordningens betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt udsættes for fare. Ved gruppernes fortsatte tilstedeværelse på deres kendte tilholdssteder ville denne fare for udenforstående kun kunne afværges effektivt ved en så omfattende politiindsats, at følgerne heraf ville være langt mere indgribende."*[20]

Ifølge *Jens Elo Rytter* fastslår den citerede passus, at loven ikke rammer forsamlingsfrihedens *væsensindhold* (1. og 2. punktum). Ud fra forholdsmæssighedsgrundsætningen (proportionalitetsprincippet) antages det herefter, at lovindgrebet er et egnet middel til at opnå formålet (3. og 4. punktum), og at indgrebet var nødvendigt, da et tilsvarende resultat ikke kunne være opnået med mindre indgribende midler (6. punktum), samt at der er proportionalitet mellem mål og midler, da indgrebet er beskedent i forhold til den fare, andre i modsat fald ville blive udsat for, også under hensyn til, at rockerne selv har skabt den fare, indgrebet retter sig imod, mens nærboende og forbipasserende uden indgrebet kunne blive uskyldige ofre i *rocker-krigen* (5. punktum).[21] Elo Rytter antager ligeledes, at Højesteret anvender proportionalitetsvurderingen i overensstemmelse med praksis fra EMD.

---

17 Notatet er gengivet i Betænkning 759/1976 om Visse strafferetlige og civilretlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter.

18 UfR 1999.1798H.

19 Lov nr. 907 af 15. oktober 1996.

20 UfR 1999.1798H (1808).

21 Rytter, Jens Elo: Grundrettigheder, s. 287.

8.2.2 Ekspropriation

I grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt., siges det, at *"Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det"*. I forbindelse med fastsættelsen af indholdet i bestemmelsen vil det i første omgang være væsentligt at få klarlagt, hvad begrebet *almenvellet* dækker over. Det er den almindelige opfattelse, at udtrykket skal forstås som almene samfundshensyn. En udtømmende beskrivelse af de hensyn, der kan henføres under udtrykket, er næppe mulig. Om et hensyn kan henføres under almenvellet, afgøres af lovgivningsmagten, hvis skøn herover kun kan forventes tilsidesat af domstolene, hvor det er klart, at en ekspropriation ikke er begrundet i almene samfundshensyn, men eksempelvis i rent private, partipolitiske eller – mere usikkert – i finansielle hensyn.[22] I sin kommentar til Højesterets dom i UfR 1967.22 H (Sagen om de islandske håndskrifter) anfører højesteretsdommer *Jørgen Trolle*, at domstolene ikke vil prøve lovgivningsmagtens skøn over hensynet til almenvellet, men alene om lovgivningsmagten har skønnet ud fra hensynet til almenvellet. Situationen minder om domstolenes stilling til det administrative skøn. Domstolene vil alene indlade sig på at prøve, om der er taget uvedkommende hensyn, og vil kun tilsidesætte en ekspropriationslov, når der skønnes at foreligge klar magtfordrejning.[23] Trolle bemærker videre, at når ekspropriationen skal være dikteret af almenvellet, må der nok stilles visse krav til størrelsesordenen af den interesse, der tilsigtes tilgodeset. Hvis man i denne forbindelse tænker sig, at staten ønskede at erhverve enkelte genstande til sine museer fra private samlinger, kunne et sådant ønske, ifølge Trolle, næppe komme op til undergrænsen af almenvellet.[24]

Selve det krav, som indbefattes i bestemmelsen, kan siges at indeholde to principielt forskellige elementer. Det *ene* vedrører spørgsmålet om, hvilke abstrakte krav lovgivningsmagten kan tilgodese ved indrømmelse af hjemmel til ekspropriation. Det *andet* element, som er mere interessant i denne fremstillings sammenhæng, er et krav om, at det konkrete ekspropriationsindgreb ikke må gå videre end påkrævet til opnåelse af ekspropriationsformålet.[25] Den første

22 Jensen, Michael H.: Ekspropriation og proportionalitet i UfR 2000B.435ff. (s. 435).

23 Trolle, Jørgen: Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966 i UfR 1967B.77ff. (s. 83).

24 Trolle, Jørgen, a. st., s. 84.

25 Jensen, Orla Friis i Dansk miljøret 4, s. 47, samme i Miljøretten I, Almindelige emner, 2. udg., s. 58 og samme i Grundloven med kommentarer, 2. udg., s. 383.

gang, hvor det ovenfor omtalte andet element behandles i litteraturen, er i *Ejendomsretten I* fra 1929, hvor *Vinding Kruse* giver udtryk for, at ekspropriationen ikke bør *"udstrækkes videre end dens ved Ekspropriationsloven angivne Formaal; hvis det hertil kun er nødvendigt f Eks at ekspropriere en Del af en fast Ejendom, maa der ikke fremtvinges en Afståelse af en store Del eller af hele Ejendommen, selvom dette vilde være økonomisk fordelagtigt for Eksproprianten."*[26]

Retspraksis var inde på den omtalte problemstilling i UfR 1935.1040, som dog vedrører selve ekspropriationsloven og ikke den proportionalitetsvurdering, som ligger i grundlovens § 73. Sagen omhandlede en udvidelse af Østerbrogade i København til en bredde af 30 m. I denne forbindelse eksproprierede Københavns Kommune hele hjørneejendommen ved Dosseringen med et areal på 988 m^2, skønt den nævnte gadeudvidelse i forbindelse med en udvidelse af Dosseringen kun ville kræve et areal på 216 m^2 fra ejendommen. Sagsøgerne anfører blandt andet følgende til støtte for de nedlagte påstande: *"... at den nævnte Lovbestemmelse [den dagældende bygningslovs § 14, stk. 1, 1. pkt.] kun giver Hjemmel til at kræve Afstaaelse af den Del af Ejendommen, som er* ***nødvendig*** *til Gennemførelse af den vedtagne Gadeudvidelse, idet det er en almindelig anerkendt Retsgrundsætning, at en Ekspropriation ikke maa udstrækkes videre end fornødent til Opnaaelse af det tilsigtede Formaal, selv om der herved for Eksproprianten kunde opnaas en økonomisk Fordel".*[27] [Min fremhævelse].

I dommen udtaler Østre Landsret[28] følgende: *"Paa Grundlag af de saaledes foreliggende Oplysninger ... findes der nu at maatte gives Sagsøgerne Medhold i, at Bestemmelsen i Bygningslovens § 14 1 Stk 1 Pkt efter dens Ordlyd og det om Paragraffens Tilblivelse oplyste og i Henhold til den af Sagsøgerne paaberaabte Grundsætning ikke kan antages at indeholde Hjemmel for Sagsøgte til at kræve Afstaaelse af nogen store Del af den omhandlede Ejendom end det til Gennemførelse af den vedtagne Gadeudvidelse* ***fornødne****."*[29] [Min fremhævelse].

---

26 Vinding Kruse: Ejendomsretten I, s. 226 og Berlin: Den danske statsforfatningsret, anden del, s. 402. *Matzen* er således ikke inde på dette i sin statsretlige fremstilling fra 1899, hvor han i bind III på side 380f. giver udtryk for, at den materielle betingelse, *hvor almenvellet kræver det* ikke har videre interesse på grund af det efterfølgende krav om, at afståelsen kun kan ske ved lov. Matzen giver videre udtryk for en opfattelse af, at afgørelsen af, om almenvellets krav er opfyldt, i sit væsen er et politisk og ikke juridisk spørgsmål.

27 UfR 1935.1044.

28 Højesteret stadfæster landsrettens afgørelse.

29 UfR 1935.1046.

Egon Larsen diskuterer indholdet af det forhold, at et ekspropriationsindgreb skal være *krævet af almenvellet*, i sin fremstilling *Tvungen Ejendomsafstaaelse* fra 1940. Egon Larsen mener, at udtrykket betyder, at det efter en samfundsmæssig afvejning må være både politisk og teknisk nødvendigt at ofre visse interesser for at tjene almenvellet ved den pågældende foranstaltning. Dette udgangspunkt kan der som sådant ikke indvendes noget imod, men spørgsmålet bliver derefter, hvad der i de to omtalte relationer skal forstås ved *nødvendig*. Ifølge forfatteren foreligger den *politiske nødvendighed*, så snart *statsøvrighedens* lovgivende organer (under forfatningsmæssigt ansvar for folket) har skønnet, at foranstaltningen skal fremmes ved ekspropriationen, medmindre det af den dertil kompetente instans (rigsret eller domstol) er statueret, at den påtænkte foranstaltning overhovedet ikke kan være krævet af almenvellet. I udtrykket teknisk nødvendig kan der – ifølge forfatteren – ikke ligge, at gennemførelsen af den foranstaltning, der kræver ekspropriationen, ikke er mulig på nogen anden måde end den tilsigtede. Forfatteren mener ikke, at man på den anden side kan hævde, at nødvendigheden foreligger, når blot den tilsigtede fremgangsmåde er den økonomisk fordelagtigste for eksproprianten. Af dette skulle det ifølge forfatteren fremgå, at en ekspropriationsforanstaltning er teknisk nødvendig, når den herved tilsigtede løsning – teknisk eller sagligt – er den absolut heldigste og naturligste.[30]

Magnussen går ned i en dybere analyse af nødvendighedsproblematikken i forhold til grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt.,[31] i sin disputats *Naboretlige studier* fra 1950. Magnussen giver – ligesom Vinding Kruse og Berlin – udtryk for, at grundlovsbestemmelsen indeholder to spørgsmål, nemlig for det *første* om det formål, for hvis skyld ekspropriationen sker, er udtryk for en almen interesse eller blot en privat interesse, og for det *andet*, hvis det første er tilfældet, om det er nødvendigt at ekspropriere netop den bestemte ejendom, der er tale om, og netop i det omfang hvori det sker.[32] Forfatteren behandler spørgsmålet ud fra de erfaringer, som primært det amerikanske retssystem har på området. Her kommer Magnussen frem til, at det pågældende retssystem ikke har haft de store betænkeligheder ved at anerkende det første spørgsmål, men at der har været store betænkeligheder ved at anerkende domstolenes ret til at prøve, om

30 Larsen, Egon: Tvungen Ejendomsafstaaelse, s. 92.

31 Blot til orientering skal nævnes, at den pågældende paragraf på daværende tidspunkt hed § 80.

32 Magnussen: Naboretlige studier, s. 162.

ekspropriationen i det enkelte tilfælde også var *nødvendig*. Forfatteren bemærker i denne forbindelse følgende:

> *"Hvorvidt det formål, for hvis skyld en lov hjemler ekspropriation, er udtryk for almenvellets krav, er jo et spørgsmål, som, når domstolene først har taget stilling dertil, en gang for alle er afgjort. Det vil her kun dreje sig om en enkelt proces. Hvis derimod hver enkelt ekspropriation, der skal foretages med hjemmel i loven, skal kunne bringes for domstolene for at få afgjort, om den har været nødvendig, vil der kunne blive tale om en mangfoldighed af sager. Afgørelsen vil desuden her i endnu højere grad bero på et skøn, og domstolene vil derfor naturligt være endnu mere betænkelige ved at sætte deres skøn over de særligt indsatte myndigheders. Selvom der derfor hurtigt ville udvikle sig en fast praksis, der viste, at kun hvor krænkelsen var utvivlsom, ville domstolene gribe ind, kan adgangen til at bringe hver enkelt ekspropriation for domstolene dog medføre en forhaling og en usikkerhed i ejendomsforholdene, der i og for sig er uheldig."*[33]

På trods af ovenfor citerede betænkeligheder giver Magnussen udtryk for, at det vistnok må antages, at domstolene både kan prøve, om ekspropriationens formål er udtryk for almenvellets krav, og om den enkelte ekspropriation har været nødvendig til formålets gennemførelse. Forfatteren giver videre udtryk for, at selvom domstolene kun vil gribe ind, når der foreligger en utvivlsom krænkelse, ligger der alligevel et værn for borgerne i det forhold, at de har en sådan adgang. Dette værn bør ikke tages fra borgerne. Magnussen giver sluttelig udtryk for, at disse forhold også stemmer bedst med ordene i den danske grundlovsbestemmelse.[34]

Ross anfører i denne forbindelse, at accenten må lægges på ordet *kræver*. Ifølge Ross betones det herved, at ekspropriation i sig selv er et beklageligt indgreb i borgernes rettigheder og derfor kun bør finde sted, når indgrebet er virkeligt påkrævet, ikke blot til en vis grad ønskeligt. Det er altså ikke nok, at indgrebet tjener et almennyttigt formål, det må tillige kræves, at dette formål ikke, eller i hvert fald ikke lige så godt, kan virkeliggøres uden dette indgreb.[35]

UfR 1988.33H omhandler lovligheden af en ekspropriation til udvidelse af en kirkegård. En gårdejer påstod Kirkeministeriet tilpligtet til at anerkende, at en beslutning om ekspropriation af ca. 6.580 m^2 opdyrket landbrugsjord beliggende vest for Gudum kirke og kirkegård til udvidelse af kirkegården var ugyldig, da Kirke-

---

33 Magnussen, a. st., s. 164.
34 Magnussen, a. st.
35 Ross: Dansk statsforfatningsret 2, 3. udg., s. 683.

ministeriet ved aftale kunne erhverve og ved betinget aftale delvis havde erhvervet et ham tilhørende mindst lige så velegnet areal, beliggende nord for kirken. Med hensyn til sagens realitet, som er et valg mellem det nordlige og det vestlige areal, finder Landsretten, at to hensyn er væsentlige: at arealet skal være velegnet til anvendelse som kirkegård, og at sagsøgerens interesser ikke skades mere end højst nødvendigt.

Landsretten bemærker videre, at sagsøgtes ekspropriationsbeslutning indholdsmæssigt beror på et skøn, som kan efterprøves af retten i et videre omfang end hjemlet i grundlovens § 63, jf. lovens § 73, stk. 3. Under begrebet *ekspropriationens lovlighed* indgår i denne sag også en efterprøvelse af, om skønsresultatet er foreneligt med § 4, 1. pkt., i forordningen af 23. april 1845 om *Jords Afstaaelse til Kirkegaardes Udvidelse*.[36] I denne forbindelse bemærker landsretten, at ved afståelse af det vestlige areal mod fuldstændig erstatning findes der efter arealets karakter af almindelig landbrugsjord ikke at blive påført sagsøgeren noget tab, som skal erstattes med beløb, der rækker ud over jordens almindelige værdi i handel og vandel. Uanset at jorden er velbeliggende og bekvem at dyrke, finder landsretten ikke, at der således bliver påført sagsøgeren *et særdeles tab*. På trods af dette må det antages at følge af almindelige ekspropriationsretlige grundsætninger, at der ikke er nogen ekspropriationsmæssig nødvendighed for at forlange det for ejeren bedst egnede areal afstået, hvis to arealer tilhørende samme ejer i det væsentlige er lige egnede for ekspropriationsformålet, men i væsentlig grad ulige egnede for ejerens formål. Landsretten anser det derfor i denne sag at være af betydning, om det nordlige og det vestlige areal i det væsentlige er lige egnede til anvendelse som kirkegård. Landsretten har ikke mulighed for at efterprøve skønnet, men efter bevisførelsen besvares spørgsmålet benægtende. Landsretten konkluderer følgende: *"Da de to arealer således ikke i det væsentlige er lige egnede til anvendelse som kirkegård, og da sagsøgeren som anført ikke kan antages ved ekspropriation af det vestlige areal at lide noget 'særdeles' tab, findes sagsøgte at have været berettiget til at ekspropriere det vestlige areal frem for det nordlige ..."*. Højesteret stadfæster efterfølgende landsrettens afgørelse.

I nyere juridisk litteratur er spørgsmålet om ekspropriationsfo-

[36] § 4, 1. pkt., har følgende ordlyd: *"4) Naar den Jordlod, som fortrinlig attraaes til Kirkegaardens Udvidelse, maatte være anvendt til Bygning eller Hauge eller paa anden saadan Maade, at dens Udstaaelse vilde tilføie Eieren eller Besidderen et særdeles Tab, bør den ikke tages, saafremt anden, om end noget mindre beqvem Jord er at saae"*.

retagendets nødvendighed i relation til almenvellets krav i grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt., primært behandlet af *Orla Friis Jensen*. Første gang Friis Jensen kommer ind på problematikken, er i 1978 i *Dansk miljøret 4*. Her slås det fast, at spørgsmålet, om nødvendighedsbetingelsen er opfyldt, er af skønsmæssig karakter.[37] Prøvelsen af, om nødvendighedskravet er opfyldt, synes da også i praksis at rette sig mod, om ekspropriationen rationelt kan begrundes. Dette forudsætter ifølge forfatteren som en helt almindelig regel, at ekspropriationsforetagendet er led i en plan og dermed er afstemt og afvejet i forhold til ikke blot private interesser, men også bredere samfundshensyn.[38] Den enkelte ekspropriationsakt er kun lovlig, når det eksproprierede er nødvendig for gennemførelse af ekspropriationsforetagendet. I denne forbindelse er der overladt et vist skøn over, hvad der er omtrentlig nødvendigt, til ekspropriationsmyndigheden. I mere praktisk sammenhæng vil spørgsmålet ofte præsentere sig, hvis der er sket en ekspropriation af en ejendomsret, men problemet er, om ekspropriation af en begrænset ret havde været tilstrækkelig.[39] Dette udgangspunkt modificeres dog i nogen grad af reglerne om ekstension. Dansk ekspropriationslovgivning giver ikke blot ekspropriaten, men også – blot under mere kvalificerede betingelser – ekspropriantenadgang til at forlange ekspropriationen udvidet ud over, hvad der er nødvendigt for gennemførelsen af ekspropriationsforetagendet.[40] I senere arbejder giver Friis Jensen udtryk for, at det *konkrete* ekspropriationsindgreb ikke må gå videre end påkrævet til opnåelse af ekspropriationsformålet. Denne begrænsning kan siges at indeholde to elementer. Nemlig for det *første* at ekspropriationen ikke kan omfatte et større areal end nødvendigt for formålet. I denne forbindelse henvises til den ovenfor omtalte UfR 1935.1040H. Yderligere henvises til to kendelser vedrørende ekspropriation til anlæg af golfbaner. KFE 1993.215 omhandlede ekspropriation til en såkaldt par-3-bane (øvebane), der var placeret i sammenhæng med en golfbane af international standard. I afgørelsen udtaler Naturklagenævnet, at man imidlertid ikke anser det *"for at være nødvendigt hverken for anlægget af en golfbane af international standard på det i øvrigt ca. 75 ha store lokalplanområde eller for etableringen af et turisterhvervsområde, at det omhandlede areal eksproprieres"*.[41] I KFE 1996.132 krævede anlæggelsen af en golfbane, at

37 Jensen, Friis, Orla i Dansk Miljøret 4, s. 47.
38 Jensen, Friis, a.st. s. 49.
39 Jensen, Friis, a.st. s. 50.
40 Jensen, Friis, a.st. s. 51.
41 KFE 1993.216.

to af banens 18 huller skulle anlægges på den eksproprierede ejendom. Denne ekspropriation fandtes *"nødvendig og planlægningsmæssigt velbegrundet."* Man kan så spørge sig selv, hvad forskellen er på de to sager. I sagen fra 1993 anser Naturklagenævnet det ikke for nødvendigt at ekspropriere for at etablere en øvebane i forbindelse med anlæggelsen af selve golfbanen. I sagen fra 1996 drejer det sig om en ekspropriation, der er nødvendig for anlæggelsen af to af banens huller. Man kan sige det således, at i 1993-sagen kræves noget mere end selve golfbanen, og i 1996-sagen kræves kun så meget, at selve golfbanens 18 huller kan anlægges.[42]

For det *andet* kan det i *tidsmæssig* henseende blive et spørgsmål om ekspropriationens nødvendighed. Ældre retspraksis, der i flere tilfælde har accepteret anticiperede ekspropriationer, dvs. ekspropriationer, hvor realiseringen ikke var aktuel, må antagelig vurderes med en vis forsigtighed, da man i dag kan sikre eventuelle udvidelser af et anlæg ved pålæg af en plan. Den tidsmæssige nødvendighed kan i visse tilfælde ligefrem følge af lovens formulering. Dette ses i planlovens § 47, stk. 1, *"af væsentlig betydning ... for virkeliggørelsen af en lokalplan eller byplanvedtægt"*.[43]

Problemstillingen var fremme i UfR 1978.751Ø, der vedrørte en partiel byplanvedtægt ifølge hvilken et strandområde skulle forbeholdes offentlige formål, såsom park og stejlepladser. Gundsø Kommune besluttede i denne forbindelse at ekspropriere en sommerhusejendom på området, men tog ikke skridt til anden ekspropriation og var indstillet på foreløbig at lade området henligge nogenlunde som hidtil. Landsretten fandt ikke, at kommunens plan var konkretiseret på en sådan måde, at beslutningen om afståelse kunne anses hjemlet ved § 12, stk. 1, i den dagældende byplanlov. Ekspropriationen blev derfor tilsidesat.

UfR 1986.886H vedrører i første omgang en ekspropriation til en

---

42 Som et kuriosum skal blot nævnes en kronik fra Jyllands Posten fra fredag den 16. april 2004 med titlen *Ekspropriation til golfbaner – skrider grundloven?* skrevet af advokat Niels Lyhne. Lyhne konstaterer, at offentlige myndigheder gennem de seneste årtier har udvidet området for, hvad der eksproprieres til – set i forhold til et klassisk ekspropriationsbegreb. Forfatteren mener, at det kan overvejes, om man ikke i visse situationer har bevæget sig for langt fra grundlovens oprindelige intention, der tager det udgangspunkt, at ekspropriationen er et ekstraordinært indgreb, som sker i strid med ejendommens ukrænkeligheder, som er én af et liberalt samfunds frihedsrettigheder. Lyhne finder, at det især er kravet om nødvendigheden for almenvellet, der ikke overvejes nok i forbindelse med anlæg af golfbaner.

43 Friis Jensen i Miljøretten I, 2. udg., s. 59.

vej. Her kom 13,4 ha af en gårdejers ejendom til at ligge nord for vejen. I 1976 vedtog Give Kommune et forslag til en partiel byplan, hvorved det pågældende areal blev udlagt til offentlige formål (skole, sportsplads mv.). Samtidig vedtog kommunen at ekspropriere hele arealet. På en del af arealet blev der opført en børneinstitution og en skole med tilhørende sportsplads. Den resterende del af arealerne (ca. 4 ha) henlå stadig som landbrugsjord og var forpagtet af gårdejeren. I 1979 anlagde gårdejeren sag mod Give Kommune med påstand om, at ekspropriationen var ugyldig for så vidt angik landbrugsarealet, som blev påstået tilbageskødet. Efter bevisførelsen lagde landsretten[44] til grund, at der på ekspropriationstidspunktet alene havde foreligget konkrete planer for opførelse af en skole og en sportsplads mv. Efter vidneforklaringer blev det endvidere lagt til grund, at det på daværende tidspunkt indgik i kommunens overvejelser på længere sigt at opføre andre kommunale institutioner, såsom børnehave, plejehjem og beskyttede boliger, på området. Der var videre udarbejdet skitse hertil. Endelig lagde landsretten vægt på, at udskydelsen af opførelsen alene var begrundet i den økonomiske afmatning i samfundet som helhed. Under hensyn til disse omstændigheder fandt landsretten ikke, at Give Kommune havde savnet tilstrækkeligt konkret grundlag for ekspropriationsbeslutningen, eller at ekspropriationens arealmæssige omfang var gået ud over, hvad der var nødvendigt af hensyn til ekspropriationsformålet.

Når det drejer sig om ekspropriation til byudvikling stiller den tidsmæssige nødvendighed sig anderledes, idet formålet efter loven er at sikre kommunen råderet på et tidligt tidspunkt, inden den detaljerede planlægning er gennemført.[45] Til illustration af denne særlige situation kan nævnes UfR 1952.781H, der vedrørte en af Aalborg Kommune gennemført byplanvedtægt, som i alt væsentligt omfattede nogle centralt beliggende grunde på i alt 52.000 m^2, som tilhørte sagsøgeren. Byplanvedtægten forbeholdt de pågældende grunde til bygninger og andre anlæg, der tjente offentlige formål. Landsretten kommer frem til, at den centrale beliggenhed gør arealerne særligt egnede til bebyggelse med offentlige bygninger eller bygninger, der tjener offentlige formål, såsom politigård og rutebilstation. Hertil kommer, at arealerne er de eneste ubebyggede arealer i byområdet, der har en central beliggenhed. Der foreligger ifølge landsretten derfor meget stærke grunde for anvendelsen af de

44 Højesteret stadfæster.
45 Friis Jensen, a. st., s. 59.

pågældende arealer til den nævnte bebyggelse. Landsretten *bestrider* videre rigtigheden af, at det – som af sagsøgerne anført – drejer sig om en aktion mod en enkelt ejendom. Det drejede sig om et afsluttet område, hvor stærke byplanmæssige hensyn gør sig gældende, og dette måtte ifølge landsretten være afgørende for spørgsmålet om byplanens område.

Et forfatningsretligt proportionalitetsprincip[46] peger mod en vurdering af, om ekspropriationen står i et rimeligt forhold til de interesser, der forfølges. Altså en afvejning af de ulemper, der påføres ejeren, over for de interesser, der motiverer det ekspropriative indgreb.[47]

I sin artikel *Ekspropriation og proportionalitet* fastslår *Michael H. Jensen*, at *"Det bør erkendes, at (også) grundlovens § 73 er funderet i nogle grundlæggende retlige værdier i form af navnlig lighedsbetragtninger og rimelighedsbetragtninger. Bestemmelsen må forstås således, at den beskytter borgerne mod at skulle bære særlige og urimelige byrder i forbindelse med flertallets gennemførelse af foranstaltninger begrundet i helhedens interesse. Bestemmelsen bør – naturligvis – ikke hindre, at lovgivningsmagten foretager sociale og økonomiske tilpasninger. Særligt vedrørende et nødvendighedskrav bemærkes, at et sådant krav ikke begrænser lovgivningsmagtens vurderinger af, hvilke saglige formål der skal forfølges, men alene vedrører, hvorledes disse hensyn kan tilgodeses – om mindre indgribende midler end ekspropriation eller ekspropriation i mindre omfang er tilstrækkelig til at tilgodese de forfulgte hensyn."*[48]

Ifølge Michael H. Jensen øger en orientering mod proportionalitetsbetragtninger ved ekspropriation og andre (byrdefulde) indgreb i ejendomsretten opmærksomheden om hensynet til beskyttelse af borgerne mod urimelige indgreb. Proportionalitetsbetragtningerne kan bidrage til at fastsætte en rimelig balance – mellem hensynet til ejeren og lovgivningsmagtens behov – for at kunne realisere forfulgte almene samfundshensyn. Disse betragtninger muliggør i det hele taget, at der kan foretages en helhedsbedømmelse af et ejendomsindgreb, der rejser spørgsmål i forhold til grundlovens § 73.[49]

UfR 2000.577H[50] drejer sig om Sønderborg Kommunes beslutning

---

46 Se nedenfor afs. 8.2.3.

47 Jensen, Michael H., a. st., s. 438.

48 Jensen, Michael H., a.st., s. 439.

49 Jensen, Michael H., a.st., s. 442f.

50 Sagen er kun gengivet i resumé i Ugeskrift for Retsvæsen. Sagen har J. nr. 1093-233 og er for Landsretsdommens vedkommende afsagt den 4. november 1998 af Vestre Landsrets 3. afdeling i 1. instanssag B-0096-97. Højesteretsdom-

om at ekspropriere 660 m² fra en ejendom (frugtplantage) beliggende ud til Als Sund til brug for anlæg af en tre meter bred sti for offentligheden langs ejendommens vestlige del umiddelbart oven for kystlinjen. Beslutningen var truffet i henhold til lov om offentlige veje § 43.[51] Formålet med etableringen af stien var at give offentligheden mulighed for at foretage rundtur til fods for at kunne danne sig et indtryk af de kampe, der fandt sted langs den pågældende kyst under krigen i 1864. Inden ekspropriationen var der mulighed for at komme ned til kysten, men der var ikke mulighed for at gå langs kysten. Vestre Landsret fandt, at ekspropriationen var nødvendig for at realisere det forfulgte kulturhistoriske formål, idet det efter bevisførelsen måtte anses for godtgjort, at der ikke var mulighed for at lægge stien neden for klinten langs vandet, og at ekspropriationen ikke var udstrakt, ud over hvad ekspropriationsformålet krævede. Endvidere fremhævede landsretten, at det ikke under sagen var godtgjort, at det, der blev opnået ved ekspropriationen, ud fra proportionalitetsbetragtninger ikke stod i et rimeligt forhold til de gener, ekspropriationen medførte for ejeren.

Michael H. Jensen har givet udtryk for, at sagen giver anledning til at overveje, om ikke indgrebet – ekspropriation af 660 m² fra en frugtplantage beliggende ud til Als Sund til brug for anlæg af en tre meter bred sti for offentligheden langs kystlinjen – var i nærheden af at stå i et sådant misforhold til de forfulgte interesser – at give offentligheden mulighed for at foretage en rundtur til fods for at kunne danne sig et indtryk af de kampe, der fandt sted langs den pågældende kyst under krigen i 1864 – at der var tale om krænkelse af et forholdsmæssighedskrav. Hvis ekspropriationen havde omfattet eventuelle driftsbygninger eller ejerens beboelsesejendom, kan en krænkelse synes nærliggende.[52]

Forfatteren fremhæver også forholdsmæssighedsvurderingen i forhold til lovgivningsmagtens – navnlig påtænkte – ekspropriationsbestemmelse. Her findes det åbenbart, at en tilsidesættelse ved domstolene af lovgivningsmagtens afvejning forudsætter et klart misforhold mellem ekspropriationsbyrden for ejeren og de interesser, der søges tilgodeset, idet der ellers vil være tale om en prøvelse af lovgivningsmagtens interesseafvejning og dermed i realiteten lovgivningsmagtens skøn over almenvellet.

---

men, som stadfæster landsrettens afgørelse, er afsagt den 15. december 1999 i sag I 527/1998.

51 Lov om offentlige vejes § 43 har følgende ordlyd: *"Når almenvellet kræver det, kan vedkommende vejbestyrelse iværksætte ekspropriation til offentlige vej- og stianlæg."*

52 Jensen, Michael H., a.st., s. 442f.

Det er Michael H. Jensens opfattelse, at et nødvendighedskrav og et forholdsmæssighedskrav i relation til grundlovens § 73 navnlig vil kunne have betydning i den lovforberedende fase. Det forhold, at kravene eksisterer, og den principielle mulighed for underkendelse vil skærpe opmærksomheden om, at påtænkte ekspropriationer kun bør finde sted, hvor de forfulgte almennyttige interesser ikke – lige så godt – kunne tilgodeses ved mindre indgribende indgreb eller ekspropriation i mindre omfang, og hvor ekspropriationen i det hele taget står i et rimeligt forhold til de forfulgte interesser. Opstår der under lovforberedelsen tvivl om, hvorvidt en påtænkt ekspropriation er for vidtgående, vil interessen blive rettet mod andre muligheder.

Sammenfattende kan man sige, at den praksis, som findes om proportionalitetsprincippet, kan anvendes et stykke ad vejen, når det drejer sig om udfyldningen af nødvendighedskriteriet i de centrale behandlingsbestemmelser i persondataloven. Praksis vedrørende ekspropriation er interessant, fordi den indeholder en vurdering af alle tre led i proportionalitetsvurderingen. Det problematiske er dog, at denne treleddede vurdering ikke foretages i forhold til selve bestemmelsen i grundloven, men i forhold til den konkrete ekspropriationslov. På trods af disse indvendinger er der ingen tvivl om, at det afvejningskriterium, som findes i grundlovens § 73, kan bruges til at vise, at man faktisk har gjort sig mål/middel-overvejelser i dansk ret siden 1920'erne. Kravet i grundlovens § 73 indgår i vurderingen af, om ekspropriationen rationelt kan begrundes, og om ekspropriationen er et led i en plan, som er afvejet og afstemt i forhold til både private interesser og bredere samfundshensyn. Konkret kan man sige, at vurderingen centrerer sig om, hvorvidt det konkrete ekspropriationsindgreb går videre end påkrævet til opnåelse af ekspropriationsformålet.

8.2.3 Gælder der et forfatningsretligt proportionalitetsprincip?

Michael H. Jensen behandler spørgsmålet, om der gælder et *almindeligt* eller et *særligt* forfatningsretligt proportionalitetsprincip i sin artikel *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning*.[53]

I forbindelse med gennemgangen af, om der findes et *særligt*

[53] Michael H. Jensen: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning i UfR 1994B.335ff.

forfatningsretligt proportionalitetsprincip konstaterer forfatteren, at *"de til de enkelte grundlovsbestemmelser knyttede proportionalitetsbetragtninger er konkrete udslag af et forfatningsmæssigt proportionalitetsprincip, hvorefter lovgivningsmagtens regulering af de grundlovshjemlede frihedsrettigheder – ... – ikke må gå videre end nødvendigt og rimeligt for at tilgodese anerkendelsesværdige interesser"*.[54] Michael H. Jensen giver videre udtryk for, at *"Dette proportionalitetsprincip kan nærmest karakteriseres som en syntese af de anførte proportionalitetsbetragtninger."*[55] Det er Michael H. Jensens opfattelse, at princippet skærper opmærksomheden omkring nogle tankegange, som vel alle er enige om – nemlig at begrænsninger i de tidligere omtalte grundlovssikrede rettigheder ikke bør udstrækkes videre end nødvendigt og rimeligt af hensyn til modstående anerkendelsesværdige interesser. Forfatteren skriver videre: *"Man kan sige, at princippet leder tanken i den rigtige retning. At princippet ikke har noget eksakt indhold, ligger i sagens natur. Princippet fungerer som grundbetragtning, som prøvelsesstandard ved indgreb i nævnte grundlovssikrede rettigheder."*[56] Michael H. Jensen fremfører yderligere, at et særligt proportionalitetsprincip navnlig vil være aktuelt ved indgreb i de politiske frihedsrettigheder. Her er det først og fremmest konflikten mellem borgernes grundlovssikrede rettigheder og hensynet til modstående samfundsmæssige interesser, der optræder.[57] Som et tænkt eksempel kunne nævnes en situation, hvor en række miljøorganisationer som følge af fældning af træer på store junglearealer i Burma besluttede at etablere en stor demonstration på Rådhuspladsen i København. Demonstrationen skulle starte kl. 16 med taler og musik og efterfølgende bevæge sig til Kristianiagade på Østerbro, hvor man ville forsøge at aflevere en skriftlig henvendelse på den burmesiske ambassade. I denne situation opstår konflikten mellem borgernes forsamlings- og demonstrationsfrihed og hensynet til de samfundsmæssige interesser, som består i, at der ikke skal opstå flere trafikale problemer, end det normalt er tilfældet i Københavns indre by i myldretiden. På den ene side vil man sagtens kunne se det fornuftige i, at politiet – i denne forbindelse – ønskede at flytte demonstrationen til kl. 18, men dette vil på den anden side medføre, at gennemslagskraften for demonstrationens budskab vil svækkes. Yderligere har myndighederne en positiv forpligtelse til at bistå arrangørerne af

54 Jensen, Michael H., a. st., s. 339.
55 Jensen, Michael H., a. st., s. 341.
56 Jensen, Michael H., a. st.
57 Jensen, Michael H., a. st.

demonstrationer således, at disse kan gennemføres. Hvis politiets argumentation for at få demonstrationstidspunktet flyttet derimod begrundes med et udenlandsk statsbesøg, og at politiet simpelthen ikke har styrker nok til på forsvarlig måde at følge demonstrationen gennem København, ser situationen helt anderledes ud.

I sin artikel stiller Michael H. Jensen også spørgsmålet, om der – udover et særligt forfatningsretligt proportionalitetsprincip og et EU-retligt proportionalitetsprincip – gælder et *almindeligt* forfatningsretligt proportionalitetsprincip. Hvis dette er tilfældet, vil det betyde, at lovgiver ved indgriben i borgernes retsforhold må tage hensyn til proportionalitetsbetragtninger uden for de områder, der er dækket af enten grundloven eller EU-retten.[58] Forfatteren starter med at fastslå, at et almindeligt forfatningsretligt proportionalitetsprincip ikke har noget klart grundlag i den skrevne grundlov. Grundloven sætter meget vide rammer for, hvilke formål lovgiver kan forfølge, og hvilke foranstaltninger der kan anvendes for at realisere de tilstræbte mål.[59] Michael H. Jensen mener, at det også uden for de grundlovssikrede rettigheders område forekommer naturligt i en demokratisk retsstat, at borgerne ikke bebyrdes med foranstaltninger, der er klart unødvendige og uforholdsmæssige i forhold til de mål, som forfølges. Proportionalitetsprincippet er udtryk for nogle fundamentale retssikkerheds- og retfærdighedstanker – tanker, som alle vel principielt set kan tilslutte sig. I denne forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at der faktisk allerede eksisterer et almindeligt proportionalitetsprincip, der i vidt omfang må respekteres af lovgivningsmagten og håndhæves af domstolene – nemlig det EU-retlige proportionalitetsprincip.[60] Det er Michael H. Jensens opfattelse, at det ikke kan udelukkes, at navnlig dette forhold vil påvirke synet på et almindeligt forfatningsretligt proportionalitetsprincip.[61] På trods af dette udgangspunkt siger forfatteren videre, *"at et almindeligt proportionalitetsprincip ikke har noget helt præcist indhold, om end det i forhold til en almindelig lighedsgrundsætning eller en magtfordrejningsgrundsætning har et mere operativt indhold, ligger i sagens natur. Og at domstolene vil (og må) være særdeles tilbageholdende med at tilsidesætte en lov som stridende mod et uskrevet forfatningsretligt (proportionalitets)princip er åbenbart"*.[62]

---

58 Jensen, Michael H., a. st., s. 340f.

59 Jensen, Michael H., a. st., s. 341.

60 Jensen, Michael H. er af den opfattelse, at princippet således er blevet lukket ind i retssystemet *"ad fordøren"*.

61 Jensen, Michael H., a. st., s. 343.

62 Jensen, Michael H., a. st.

Michael H. Jensen slutter sin artikel med at se på det forfatningsretlige proportionalitetsprincips praktiske betydning. Med hensyn til *domstolene* gives der udtryk for, at uanset om et særligt forfatningsretligt proportionalitetsprincip anerkendes eller ej, kan der næppe herske tvivl om, at domstolene ved efterprøvelsen af grundlovsmæssigheden af reguleringer af de grundlovssikrede frihedsrettigheder, alt afhængig af den konkrete situation, også vil anlægge proportionalitetsbetragtninger. Et *særligt* forfatningsretligt proportionalitetsprincip vil skærpe domstolenes opmærksomhed om, hvorvidt begrænsninger af de grundlovssikrede rettigheder er nødvendige og rimelige af hensyn til modstående samfundsmæssige interesser. Hvis et *almindeligt* forfatningsretligt proportionalitetsprincip skulle blive accepteret, kan der næppe herske tvivl om, at domstolene vil omgås dette med stor varsomhed. Tilsidesættelse af lovbestemmelser som stridende mod princippet vil formentlig kræve en meget klar krænkelse, og at en tilsidesættelse ikke er politisk kontroversiel. Michael H. Jensen finder det interessant i denne sammenhæng, at en tilsvarende tilbageholdenhed ikke gør sig gældende for anvendelse af det EU-retlige proportionalitetsprincip.[63] Med hensyn til *lovgivningsmagten* er det klart, at denne må respektere et forfatningsretligt proportionalitetsprincip i det omfang et sådant princip accepteres af domstolene. Princippets betydning for lovgivningsmagten er dog ikke begrænset hertil. Et *særligt* proportionalitetsprincip, som er placeret i spændingsfeltet mellem grundlovens frihedsrettigheder og modstående samfundsmæssige interesser, vil navnlig være aktuelt i den lovforberedende fase. Princippet vil i denne forbindelse skærpe opmærksomheden om, at begrænsninger af de grundlovssikrede rettigheder ikke bør gå videre end nødvendigt og rimeligt. Et *almindeligt* forfatningsretligt proportionalitetsprincip vil også først og fremmest få betydning i den lovforberedende fase. Selve princippets eksistens – den principielle mulighed for underkendelse – vil sikre, at lovgivningsmagten må overveje påtænkte indgreb i borgernes retsforhold under hensyntagen til mål/middeltankegange – også uden for de grundlovssikredes og EU-rettens område.[64]

Det er min opfattelse, at Michael H. Jensen har ret i antagelsen om, at de proportionalitetsbetragtninger, som er knyttet til grundlovsbestemmelser, er konkrete udslag af et forfatningsretligt proportionalitetsprincip, hvorefter lovgivningsmagtens regulering af de grund-

63 Jensen, Michael H., a. st.
64 Jensen, Michael H., a. st., s. 344.

lovshjemlede frihedsrettigheder ikke må gå videre end nødvendigt og rimeligt for at tilgodese anerkendelsesværdige interesser. Det er også min opfattelse, at der kan antages at gælde et almindeligt proportionalitetsprincip for grundrettighedskataloget i grundloven. Denne antagelse støtter jeg primært på, at disse bestemmelser har en meget tæt sammenhæng og i nogle tilfælde overlapper bestemmelserne i EMRK. Af denne grund vil proportionalitetsprincippet i EMRK også komme til at gælde her. I overensstemmelse med Michael H. Jensen, er det min opfattelse, at det endnu er for vidtgående at antage, at der gælder et almindeligt forfatningsretligt proportionalitetsprincip i dansk ret. Der er ingen tvivl om, at påvirkningen fra EU-retten og EMRK øger fokus på den almindelige anerkendelse af princippet, og de nationale myndigheder og domstole vil også komme til at anvende princippet yderligere i de næste åringer. Dette kan blandt andet ses i ÖRF-dommen, som er omtalt tidligere, hvor EF-Domstolen tilpligter de forelæggende retter at foretage den afvejning, som ligger i EMRK art. 8, stk. 2.

8.3 Forvaltningsret

8.3.1 Kravet om proportionalitet

Ved valget mellem flere mulige udformninger af afgørelsens indhold er forvaltningen forpligtet til ikke at gå videre med hensyn til at påføre borgerne byrder, end formålet tilsiger. Dette proportionalitetsprincip bygger på samme tankesæt, som ligger bag de skærpede hjemmelskrav i forhold til særligt bebyrdende afgørelser.[65] Den er, ligesom den almindelige lighedsgrundsætning, enkel i sin udformning, men mindre håndterbar i den konkrete retsanvendelse.[66]

I en vis udstrækning fungerer princippet som en generel prioriteringsregel i forhold til skønsafvejningen. Formelt fremtræder retsgrundsætningens indhold som et krav til forvaltningen om ikke at udforme retsfølgen på en mere byrdefuld måde, end de lovligt inddragne kriterier giver holdepunkt for. Især i forhold til afgørelser,

[65] Jo dybere en afgørelse griber ind i borgernes interessesfære, des sikrere må den retskildemæssige hjemmel være: typisk må det kræves, at en sådan afgørelse skal have utvetydig hjemmel i en lovbestemmelse, jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 302.

[66] Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udg., s. 372.

der indeholder et element af sanktion over for en borger, har princippet praktisk betydning.[67]

Den første litterære behandling af proportionalitetsprincippet i dansk forvaltningsret findes i *Ole Krarups* disputats fra 1969 om *Øvrighedsmyndighedens grænser*. Krarups tilgang til problemstillingen er dog ikke tysk, men fransk ret, hvor teorien anser den maksimale eller udtømmende prøvelse af en afgørelses hensigtsmæssighed for karakteristisk derved, at dommeren tager stilling til spørgsmålet om, hvorvidt afvejningsresultatet burde være blevet et andet som følge af, at forvaltningen, ved mindre indgribende midler end de anvendte, kunne have tilgodeset de påberåbte offentlige interesser.[68] Krarup henviser i denne forbindelse til afgørelsen i UfR 1936.1030H, der drejer sig om et forbud udstedt på grundlag af følgende regel i sundhedsvedtægten *"Oplag af ildelugtende Varer ... er undergivet Sundhedskommissionens Tilsyn og de Forskrifter, som samme anser for nødvendige for at have de dermed ... forbundne Ulemper."*[69] Landsretten opretholder det foreliggende forbud mod fermentering af svinehår med den begrundelse, at *"Domstolene savner Hjemmel til at bedømme Forbuddets betimelighed"*[70]. Højesteret ændrer denne begrundelse med en udtalelse om, at det udstedte forbud *"har haft fornøden Hjemmel i Sundhedsvedtægten, hvorved bemærkes, at det ikke er oplyst, at Forbudet gaar ud over, hvad Formaalet, kræver"*.[71] I en note til dommen præciseres betydningen af denne ændrede begrundelse. Her siges det, at Højesteret formentlig antyder, at *"selv om Domstolene normalt ikke vil kunne bedømme et sådant Forbuds Betimelighed, kunne der vel forekomme Tilfælde, hvor et Forbud så klart gik ud over, hvad Formaalet krævede, at Domstolene vilde anse sig for berettigede til at tilsidesætte det."*[72]

Dommen fra 1936 er også omtalt hos *Haagen Jensen* i *Dansk miljøret III* fra 1977 i forbindelse med en gennemgang af § 44 i miljøbeskyttelsesloven[73] fra 1973. Den omtalte bestemmelse anviser to former for indgreb *"påbud og foretagelse af afhjælpende foranstaltninger"* (stk. 1) og *"forbud mod fortsat drift"* (stk. 2). Til forbuddet vil der eventuelt kunne knyttes et påbud om fjernelse af virksomheden, anlægget eller indretningen. Haagen Jensen giver udtryk for, at *"Udgangs-*

67 Gammeltoft-Hansen m.fl., a. st., s. 373.
68 Krarup: Øvrighedsmyndighedens grænser, s. 327.
69 UfR 1936.1030H, s. 1032.
70 UfR 1936.1030H, s. 1033.
71 UfR 1936.1030H, a.st.
72 UfR 1936.1030H, s. 1030.
73 Lov nr. 372 af 13. juni 1973.

punktet efter bestemmelsen er, at påbud skal anvendes. Kun, hvis påbud overtrædes eller det på forhånd er klart, at påbud vil være utilstrækkeligt, kan forbud nedlægges. Dette udtrykker, hvad man kunne kalde det mindste middels princip."[74] Forfatteren påpeger videre, at en overtrædelse af såvel et påbud udstedt i henhold til miljøbeskyttelsesloven som et påbud udstedt efter sundhedsvedtægterne formentlig vil kunne begrunde udstedelse af et forbud, da sundhedsvedtægterne også hjemlede et forbud i sådanne situationer. Det angives yderligere i § 44, stk. 3, at et forbud umiddelbart kan udstedes, hvis der er alvorlig fare for sundheden. Hvis en sundhedsfare som den nævnte kan afværges gennem et påbud, er der intet i vejen for, at indgrebet begrænses hertil, og det er muligt, at bestemmelsen ud fra *det mindste middels princip* skal fortolkes indskrænkende, således at der alene kan meddeles påbud, hvis det er klart, at dette vil være tilstrækkeligt til omgående at fjerne sundhedsfaren.[75]

Bent Christensen fremsætter følgende generelle betragtninger i sin forvaltningsretlige fremstilling:

> *"Der er ingen tvivl om, at skønsudøvelsen i dansk forvaltningsret er underkastet en almindelig grundsætning om forholdsmæssighed eller proportionalitet,. Problemet er – som ved andre lignende almindelige retsgrundsætninger – at give princippet et nogenlunde håndgribeligt indhold. Princippet regulerer valget af og udformningen af retsfølgen ved at forlange, at retsfølgen skal sammenlignes med noget andet. Så længe man holder sig til princippet generelt, er det imidlertid ikke let at karakterisere dette 'noget andet'. Det lader sig næppe gøre håndfast, førend man koncentrerer sig om begrænsede dele af retssystemet, hvor regler og fakta kan overskues. Men selv hvor proportionalitetsprincippet ikke kan udformes håndfast, gør det nytte. Det leder tanken i en retning, som i den konkrete afgørelsessituation kan være frugtbar".*[76]

Bent Christensen bemærker ligeledes, at de retsgrundsætninger, der opstilles om skønsudøvelse, ikke har meget faste konturer, og at de har tilbøjelighed til at glide over i hinanden. Forfatteren peger i denne forbindelse på den *glidende* overgang mellem de tankegange, der finder udtryk i opstillingen af *prioriteringsregler* under afvejningen og dem der bærer *proportionalitetsprincippet. "Hvis en retsfølge anses for særlig indgribende, kan man efter proportionalitetsprincippets*

---

74 Haagen Jensen: Dansk miljøret III, s. 83.
75 Haagen Jensen, a. st.
76 Christensen, Bent: Forvaltningsret, 2. udg., s. 202.

tankegang kræve, at nødvendigheden skal være særlig klar, eller man kan med sprogbrugen fra afvejningen tale om, at det eller de lovlige kriterier, der fører til resultatet, skal have særlig vægt."[77] Bent Christensen illustrerer yderligere *osmosen* mellem afvejningens prioriteringsregler og proportionalitetsprincippet med en henvisning til den ændring af miljøbeskyttelsesloven, som skete i 1986.[78] Oprindeligt indeholdt miljøbeskyttelseslovens § 1, stk. 3, en udtrykkelig afvejningsregel, hvor miljøhensyn skulle afvejes mod samfundsnyttehensyn og omkostningerne ved forureningsbekæmpelse. Ændringen skete for at imødegå kritik gående ud på, at andre hensyn end miljøhensynene havde for stor vægt i praksis. I motiverne i lovforslaget findes følgende bemærkninger til lovændringen: *"Ændringsforslaget tilsigter ikke nogen ændring i den almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsgrundsætning, men det fastslås med ændringen, at lovens generelle formål ikke må tilsidesættes ved at der inddrages hensyn, der ligger uden for denne grundsætnings rammer. Forholdsmæssigheden mellem mål og midler skal forstås således, at der ikke skal afholdes betydelige omkostninger til yderligere forureningsbegrænsende foranstaltninger, hvis den miljømæssige nyttevirkning vil være beskeden og ikke er miljømæssigt påkrævet."*[79]

Den norske forfatter *Hans Petter Graver* har også behandlet spørgsmålet, om der findes et proportionalitetsprincip i dansk forvaltningsret.[80] Det er forfatterens opfattelse, at man i mange norske fremstillinger henviser til, at det pågældende princip er gældende i dansk forvaltningsret. Graver rejser spørgsmålet, om forholdene i dansk ret i virkeligheden er så forskellige fra det norske krav, hvor proportionalitetsprincippet er blevet set som en ydergrænse for for-

---

77 Christensen, Bent, a. st. Til illustration af tilfælde, hvor der er tale om en *prioriteringsregel*, henviser Bent Christensen til to udtalelser fra Folketingets Ombudsmand fra 1974. I den ene er ombudsmanden inde på, at nægtelse af genopbygning af nedbrændte huse i landzone er et kraftigere indgreb end nægtelse af sædvanligt nybyggeri (FOB 1974.277). I den anden fastslås, at krav om aflivning af hunde indført på Grønland uden tilladelse er mere byrdefuldt end nægtet indførselstilladelse (FOB 1974.170). Til illustration af *proportionalitetsreglen* henvises til en ombudsmandsudtalelse fra 1961, hvor det blev henstillet, at toldvæsenet gav toldfritagelse, selv om der forelå en for sen ansøgning, med den begrundelse, at den økonomiske følge af nægtet toldfritagelse ville stå i misforhold til den toldpligtiges forseelse.

78 Lov nr. 329 af 4. juni 1986.

79 Folketings Tidende 1985/86, Tillæg B, sp. 1783. Den pågældende bestemmelse er også omtalt af Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard i Administration og borger, 3. udg., s. 200f.

80 Den pågældende artikel om *Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser* behandles nedenfor i afs. 8.4.1, s. 478ff.

valtningens skøn. Det konstateres videre, at princippet i hvert tilfælde ikke har nogen lang tradition i dansk forvaltningsret.[81]

Bent Christensen omtaler kort kravet om forholdsmæssighed i sin fremstilling, men bemærker i denne forbindelse, at der naturligvis ikke er nogen skarp sondring mellem nødvendighedsspørgsmål og forholdsmæssighedsspørgsmål. Ifølge forfatteren findes en mellemting i den ofte påberåbte leveregel, at man skal *prøve med det gode først*, eller med det mindre indgribende middel, førend det skrappere tages i brug.[82]

I UfR 1957.311H foretager Højesteret en art proportionalitetsvurdering. Konkret behandler sagen spørgsmålet, om apotekerne havde eneret til salg af en række vitaminpræparater, der i vid udstrækning var bestemt til og anvendtes som kosttilskud. Højesteret finder ikke, at dette er tilfældet: *"På grundlag heraf findes det at måtte fastslås, at bekendtgørelsens §§ 2-4, der medfører, at salg og udlevering af en væsentlig del af de vitaminpræparater, der alene eller i overvejende grad er bestemt til og anvendes som kosttilskud, bliver forbeholdt apotekerne, går ud over, hvad der må anses hjemlet ved apotekerlovens § 34."*[83]

Bent Christensen kommer med to eksempler på situationer, som illustrerer proportionalitetsprincippets virksomhed: I den *første* situation er den retsfølge eller den del af en retsfølge, som forvaltningsorganet overvejer at anvende, ikke nødvendig, fordi det mål, man vil nå, kan opnås ved brug af en anden, mindre drakonisk retsfølge.[84] I den *anden* situation er den retsfølge, som er under overvejelse, ikke – i alt fald ikke under de foreliggende omstændigheder – påkrævet, uden at nogen anden retsfølge træder i stedet.[85]

Proportionalitetsprincippet er indgået som vurderingskriterium i flere afskedigelsessager. De to første sager er fra 1960'erne, medens de to næste er fra 2003. Sluttelig berøres en udtalelse fra Folketingets Ombudsmand fra 2001.

UfR 1964.714H vedrører afskedigelse af en førsteplejer på en åndssvageanstalt. Den pågældende var blevet afskediget uden pension på baggrund af to episoder med drenge på anstalten. Den første af episoderne tillægges ikke afgørende betydning af landsretten. I forhold til den anden episode udtales følgende: *"Selv om sagsøgeren*

---

81 Graver, Hans Petter: Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser i Lov og Rett 1995, s. 287.

82 Christensen, Bent, a. st. s. 204.

83 UfR 1957, s. 317.

84 Christensen, Bent, a. st., s. 202.

85 Christensen, Bent, a. st., s. 203.

ved sin indgriben over for drengen er gået ud over, hvad der vel havde været strengt nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål, findes der dog at have foreligget sådanne undskyldende omstændigheder, at disse på afgørende måde bør komme sagsøgeren til gode ved bedømmelsen af hans forhold."[86] I en efterfølgende sag i UfR 1969.693H om degradering af en afdelingssygeplejerske til sygeplejeassistent er proportionalitetsvurderingen ikke helt så tydelig. Det blev anset, at hun gennem længere tid hyppigt havde forladt afdelingen indtil ca. tre kvarter forud for den normerede arbejdstids ophør, skønt det måtte være klart for hende, at ledelsen på sygehuset såvel ved en sket indførelse af arbejdssedler som ved et opslag vedrørende spisepauser havde tilsigtet at tilkendegive, at man lagde vægt på, at arbejdstiden blev overholdt. Det fandtes ikke at kunne tillægges nogen betydning, at der ikke direkte over for sygeplejersken var sket påtale af hendes fortsatte overtrædelse af de gældende forskrifter. Hendes forhold blev således med føje anset som en tjenesteforseelse.[87]

Proportionalitetsprincippet indgår også som vurderingskriterium i UfR 2003.1660H. Sagen omhandler Århus Kommunes efterfølgende afskedigelse af en pædagogmedhjæper, som var blevet fritaget for tjeneste efter indgivelse af politianmeldelse for seksuelle overgreb på et barn i den institution, hvor den pågældende var ansat. Efterforskningen, som kom til at omfatte yderligere fire anmeldelser, blev afsluttet uden tiltale, og det var hensigten, at den pågældende pædagogmedhjælper, der blev bakket op af institutionens personale, skulle vende tilbage til institutionen.

Ved vurderingen af, om kommunen havde handlet i strid med det almindelige proportionalitetsprincip, lægger landsretten til grund, at spørgsmålet om ansættelse uden for Børne og Ungeafdelingens område ikke blev undersøgt før beslutningen om afskedigelse. I den forbindelse var der enighed om, at dette havde været resultatet i andre lignende sager i kommunen. Landsretten udtaler videre: *"Navnlig fordi afskedigelsen fandt sted på et tidspunkt, hvor resultatet af politiets efterforskning ikke var kendt, burde sagsøgte, inden der blev truffet beslutning om at afskedige sagsøgeren, have søgt afklaret, om sagsøgeren var interesseret i ufaglært arbejde uden for børne og unge-området. Da der var tale om en sag af indgribende betydning for sagsøgeren, var det ikke tilstrækkeligt at lade afklaringen af, om sagsøgeren var interesseret i andet arbejde, bero på A's eget initiativ. Ved at træffe beslutning om afskedigelse uden først at have undersøgt, om sagsøgeren var*

86 UfR 1964, s. 719.
87 UfR 1969, s. 701.

interesseret i ufaglært arbejde uden for børn og unge-området, har sagsøgte handlet i strid med den forvaltningsretlige grundsætning om, at anvende den mindst indgribende foranstaltning." Højesteret tiltræder landsrettens argumentation, men tilføjer yderligere vedrørende proportionalitetsprincippet: *"I en sag som den foreliggende indebærer proportionalitetsprincippet, at forvaltningen i videst muligt omfang bør søge den ansatte omplaceret til en anden stilling, således at der ikke træffes en afgørelse, der kan opfattes som en stillingtagen til skyldsspørgsmålet. På denne baggrund tiltræder Højesteret, at Århus Kommune ikke burde have truffet beslutning om at afskedige A uden først at have undersøgt, om det var muligt at tilbyde ham en anden stilling i kommunen, eventuelt uden for Børne og Unge afdelingen, og om han var interesseret heri.*

Da Århus Kommune ved at undlade dette har tilsidesat proportionalitetsprincippet, tiltræder Højesteret, at der tilkommer A en godtgørelse."

Før der blev afsagt dom af landsretten i ovenstående sag, var der blev afsagt dom i en tilsvarende sag, nemlig UfR 2002.1118Ø. En pædagogmedhjælper var ansat i en institution i Gladsaxe Kommune. Kommunen indgav den 28. september 1998 politianmeldelse mod pædagogmedhjælperen for seksuelle overgreb mod et barn i institutionen på baggrund af en henvendelse herom fra barnets forældre. Pædagogmedhjælperen blev sigtet den 5. oktober 1998, og efterfølgende blev der afholdt et møde mellem en repræsentant for kommunen og en repræsentant for pædagogens fagforening om en mulig afskedigelse. Pædagogmedhjælperen blev afskediget umiddelbart herefter med tre måneders varsel. I august 2000 blev pædagogmedhjælperen endeligt frifundet for tiltale for ni forhold af seksuelle overgreb mod børn. Landsretten finder, at *begrundelsen* for at afskedige pædagogmedhjælperen må anses for *saglig*, selv om afskedigelsen fandt sted, inden udfaldet af straffesagen mod den pågældende var kendt. Dette skyldes, at der var tale om en diskretionær afskedigelse, der ikke var begrundet i de forhold, sigtelsen vedrørte, men i det tillidsbrud i forhold til forældrekredsen i kommunens børneinstitutioner, der efter kommunens opfattelse var en følgevirkning heraf. Ifølge landsrettens bemærkninger vil spørgsmålet om, hvorvidt *afskedigelsen* af pædagogmedhjælperen er *berettiget*, herefter bero på, om de forvaltningsretlige betingelser herfor i øvrigt er opfyldt, herunder om afskedigelsen var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Landsretten udtaler videre: *"Af den almindelige forvaltningsretlige grundsætning om proportionalitet følger, at forvaltningen i forbindelse med personaleafgørelser skal anvende den mindst indgribende foranstaltning, der må anses for tilstrækkelig.*

I en sag af den foreliggende karakter, hvor forvaltningen alene lægger vægt på, at arbejdet som pædagogmedhjælper er umuliggjort som følge af det opstående tillidsbrud, må der ved vurderingen af proportionalitetsprincippets rækkevidde tages hensyn til, at forvaltningen skal bestræbe sig på, at dens afgørelse ikke fremstår, som om der tages afstand fra den pågældende medarbejder allerede på det tidspunkt, hvor der kun foreligger en sigtelse.

Dette indebærer, at A, der er ufaglært, i det omfang det var muligt, inden afskedigelsen skulle have været tilbudt andet ufaglært arbejde i Gladsaxe Kommune på i øvrigt sædvanlige ansættelsesvilkår. Ved undersøgelsen af om dette var muligt, kunne arbejdsområdet ikke begrænses til overenskomsten for pædagogmedhjælpere."

Ombudsmanden har også beskæftiget sig med proportionalitetsprincippet i forhold til afskedigelsessager i en udtalelse fra 2001.[88] Konkret handlede sagen om, at en tjenestemandsansat i en amtskommune blev afskediget diskretionært på grund af manglende egnethed i tjenesten. Afskedigelsen blev begrundet med, at den pågældende ikke levede op til amtskommunens krav og forventninger. Ombudsmanden kritiserede ikke selve afgørelsen, da der ikke var grundlagt for at antage, at afskedigelsen ikke var begrundet i saglige hensyn. Ombudsmanden fremkommer dog alligevel med en bemærkning om, at det er antaget i såvel den forvaltningsretlige litteratur som i praksis, at afgørelser om afskedigelse i henhold til blandt andet tjenestemandslovens § 26[89] er undergivet de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger for udøvelse af administrativt skøn, herunder kravet om forholdsmæssighed (proportionalitet). Ombudsmanden udtaler videre, at proportionalitetsprincippet ikke medfører en ubetinget ret for medarbejderen til omplacering frem for afskedigelse, men princippet kræver, at en myndighed forud for en afskedigelse overvejer en mindre indgribende foranstaltning, herunder omplacering. I forhold til den konkrete sag siges

88 J.nr. 2001-3682-813.

89 Bestemmelsen har følgende ordlyd: *"Stk. 1. De af kongen udnævnte tjenestemænd afskediges af kongen. Stk. 2. Andre tjenestemænd afskediges af den minister, under hvem de hører, eller af den, han bemyndiger dertil. Dog kan uansøgt afsked kun foretages af ministeren."*

det: *"I Deres sag skulle (V) Amt derfor forud for afskedigelsen af Dem undersøge om det var muligt at placere Dem i en anden stilling i amtet og i givet fald tilbyde Dem en anden stilling."* Det siges videre, at *"da de forhold der blev henvist til i amtets begrundelse for afskedigelsen, ikke i sig selv kan bevirke en fravigelse af de pligter der er indeholdt i proportionalitetsprincippet, anser jeg det for kritisabelt at amtet reelt ikke overvejede eller undersøgte om det var muligt at omplacere Dem inden der blev truffet afgørelse om at afskedige Dem."* Ombudsmanden mener dog ikke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at henstille til amtet om at genoptage behandlingen af afskedigelsessagen.

Det ovenfor gennemgåede viser, at der eksisterer et proportionalitetsprincip i dansk forvaltningsret. Princippet er dog ikke opdelt, ligesom det ses i tysk ret og EU-retten. Den karakteristik, som er givet af Bent Christensen, er meget rammende. Princippet er der, men det er vanskeligt at give det et konkret indhold. På trods af dette hjælper princippet med til at lede tanken i den rigtige retning. Den konkrete anvendelse af princippet har vist sig i fire gennemgåede afgørelser, som alle omhandler afskedigelse. Man kan sige, at princippet har fået en art renæssance i forbindelse med afskedigelsessager mod pædagogmedhjælpere med baggrund i anklager om seksuelle overgreb

8.3.2 Retssikkerhedsloven

Som det er nævnt indledningsvis i denne fremstilling, blev proportionalitetsprincippet for første gang direkte nævnt i lovteksten i den såkaldte retssikkerhedslov. Retssikkerhedskommissionen fandt det *rimeligt udtrykkeligt* at fastsætte en egentlig proportionalitetsgrundsætning. Denne indebærer en generel adgang i begrænsningen til at anvende et i øvrigt hjemlet tvangsindgreb, såfremt formålet kan opnås på en anden måde, eller såfremt indgrebet i øvrigt må anses for at være vidtgående set i forhold til det eller de formål, der ønskes opnået.[90]

Bestemmelsen er en lovfæstning af det almindelige proportionalitetsprincip i forvaltningsretten og supplerer de regler om adgangen til at foretage tvangsindgreb uden for strafferetsplejen, som findes i lovgivningen inden for de enkelte forvaltningsområder, og som ofte ikke angiver nærmere betingelser for, at et tvangsindgreb kan gennemføres. Da der udelukkende er tale om en lovfæstning

[90] Betænkning nr. 1428/2003 Retssikkerhedskommissionens betænkning, s. 112.

af det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip, kan bestemmelsen ikke antages at ændre den retstilstand, der var gældende før loven.[91]

Bestemmelsen i lovens[92] § 2 indebærer, at en myndighed, inden den træffer beslutning om iværksættelse af et tvangsindgreb, skal overveje, om indgrebet eventuelt kunne erstattes af andre og mindre indgribende kontrolmåder. Myndigheden bør derfor overveje, om de oplysninger, som vil kunne tilvejebringes ved gennemførelse af et tvangsindgreb, i stedet vil kunne indhentes via en mere formløs henvendelse til parten og i den forbindelse anmode denne om at indsende relevante dokumenter til myndigheden.[93] I disse overvejelser vil det også kunne indgå, om et mindre indgribende middel i samme grad som et tvangsindgreb ville være egnet til at tilgodese hensynet til *effektiv kontrolindsats*. Selv om muligheden for i første omgang at anmode parten om selv at indsende de ønskede oplysninger består, vil myndigheden derfor kunne være berettiget til at gennemføre et tvangsindgreb, såfremt hensynet til en effektiv kontrolindsats taler for det.[94]

Når det skal vurderes, om der i medfør af lovgivningen bør gennemføres et tvangsindgreb, eller om der i stedet – i første omgang – bør anvendes andre, mindre indgribende sagsskridt, vil der i sagens natur være overladt et betydeligt skøn til myndigheden. Hertil kommer, at tvangsindgreb uden for strafferetsplejen i meget vidt omfang består i stikprøvevis kontrolbesøg og lignende, hvor sagerne har en sådan karakter, at der oftest ikke vil foreligge omstændigheder i den enkelte sag, der kan give myndigheden anledning til at gå ind i nærmere konkrete overvejelser i forhold til proportionalitetsbestemmelsen. Det må derfor antages, at der i praksis kun helt undtagelsesvis vil opstå tilfælde, hvor gennemførelsen af et tvangsindgreb rejser spørgsmål i forhold til § 2.[95]

Tvangsindgreb er ikke lige indgribende i alle tilfælde. Et tvangsindgreb, der omfatter private beboelseslokaler, må i almindelighed anses for mere indgribende end et tvangsindgreb, der omfat-

---

91 Hasselgaard, Ole m.fl.: Retssikkerhedsloven med kommentarer, s. 49f. og 50f.

92 Lov nr. 442 af 9. juni 2004 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt.

93 Betænkning nr. 1428/2003, s. 176 og ligeledes Justitsministeriets vejledning nr. 9686 af 9. juni 2004, pkt. 15 og Bülow, Jens-Christian og Pedersen, René Dejbjerg: Nye love. Retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter i Juristen 2005, s. 217.

94 Hasselgaard, Ole m.fl., a. st., s. 51.

95 Hasselgaard, Ole m.fl., a. st.

ter undersøgelse af forretningslokaler. På trods af at hjemlen til at anvende tvangsindgreb inden for et givet område også måtte omfatte adgang til at foretage undersøgelse af private beboelseslokaler, må myndigheden være opmærksom på, om det i det enkelte tilfælde vil være tilstrækkeligt i første omgang at foretage et tvangsindgreb, der er begrænset til at omfatte forretningslokaler og lignende.[96]

Retssikkerhedslovens § 2 vedrører som tidligere anført myndighedens beslutning om at gennemføre et tvangsindgreb. Det almindelige proportionalitetsprincip gælder imidlertid også under selve udførelsen af et tvangsindgreb, således at et tvangsindgreb bl.a. bør gennemføres på en måde, hvor myndigheden så vidt muligt undgår at forårsage unødig gene for vedkommende borger eller virksomhed, jf. i denne forbindelse lovens § 7, som berøres umiddelbart nedenfor.[97]

Den omtalte bestemmelse i retssikkerhedslovens § 7 har følgende ordlyd: *"Tvangsindgrebet skal foretages så skånsomt, som omstændighederne tillader, herunder så vidt muligt uden at forårsage ødelæggelse eller beskadigelse, og uden at indgrebet på grund af tidspunktet for foretagelsen eller den måde, hvorunder det foretages, giver anledning til unødig opsigt."*

Ud fra ordlyden er det utvivlsomt, at der er tale om en art afvejningsnorm, som minder meget om et proportionalitetsprincip. Retssikkerhedskommissionen giver udtryk for, at der er tale om en lovfæstning af et *princip om skånsomhed* i relation til udførelsen af tvangsindgreb uden for strafferetsplejen.[98]

Denne bestemmelse medfører, at myndigheden skal drage omsorg for, at et kontrolbesøg ikke giver anledning til unødig opsigt hos kunder eller naboer eller lignende, og at et kontrolbesøg hos en virksomhed gennemføres på en sådan måde, at der ikke gribes forstyrrende ind i en virksomheds arbejde.[99] Der gælder tilsvarende regler om skånsomhed inden for eksempelvis strafferetsplejen og inden for politiretten, jf. umiddelbart nedenfor.

---

96 Hasselgaard, Ole m.fl., a. st.

97 Hasselgaard, Ole m.fl., a. st., s. 52.

98 Betænkning nr. 1428/2003, s. 136.

99 Betænkning nr. 1428/2003, s. 188 og ligeledes Justitsministeriets vejledning nr. 9686 af 9. juni 2004, pkt. 71 og Bülow, Jens-Christian og Pedersen, René Dejbjerg, a. st., s. 219.

8.3.3 Politiretten

Overordnet set er politiret læren om politiet som forvaltningsmyndighed.[100]

Indtil vedtagelsen af lov om politiets myndighed[101] var proportionalitetsprincippet et uskrevet vurderingskriterium inden for politiretten. Dette på trods af, at politiretten ikke længere bliver betragtet som en del af forvaltningsretten. Princippet er således et udtryk for, at indgrebet ikke må stå i misforhold til det mål, der forfølges. Det vil sige, at selv om indgrebet både har været nødvendigt, og der er brugt det mindst indgribende, tilstrækkelige middel, så er det muligt, at politiet må afstå fra indgrebet, fordi det alligevel står i misforhold til det, der søges opnået. Forfatteren kommer med følgende eksempel på det teoretiske udgangspunkt: Hvis en politipatrulje ser to unge mennesker brugsstjæle en BMW personbil og køre af sted, så kan det være det mindst indgribende, tilstrækkelige og nødvendige middel at eftersætte dem for at få dem stoppet, men såfremt farten er 140 km/t i den indre by, er der ikke proportionalitet mellem målet og den fare, man udsætter sagesløse trafikanter (og de unge ubetænksomme mennesker) for.[102]

I dag er proportionalitetsprincippet lovfæstet i politilovens § 16, som har følgende ordlyd:

> *"Politiets magtanvendelse skal være* ***nødvendig og forsvarlig*** *og må alene ske med midler og i den udstrækning, der* ***står i rimeligt forhold*** *til den interesse, der søges beskyttet. Det skal indgå i vurderingen af forsvarligheden, om magtanvendelsen indebærer risiko for, at udenforstående kan komme til skade.*
>
> *Stk. 2. Magt skal anvendes så skånsomt, som omstændighederne tillader, og således at eventuelle skader begrænses til et minimum."* [Mine fremhævelser].

Bestemmelsen er bygget over reglerne i straffelovens § 13 og § 14,[103] som tidligere var alene om at regulere politiets magtanvendelse. Bestemmelsen i straffelovens § 14 er dansk rets *almindelige nødretsbestemmelse*. Bestemmel-

100 Henricson, Ib: Politiret, 3. udg., s. 19.

101 Lov nr. 444 om politiets myndighed eller politiloven.

102 Henricson, Ib: Politiret, 2. udg., s. 104.

103 *"En handling, der ellers ville være strafbar, straffes ikke, når den var nødvendig til afværgelse af truende skade på person eller gods, og lovovertrædelsen måtte anses at være af forholdsvis underordnet betydning."*

sen indeholder, ud over et krav om nødvendighed, et proportionalitetskrav, som både i teori og praksis er fortolket strengt. Nogle juridiske forfattere anser endda kravet om nødhandlingens underordnede betydning som absolut, således at et manddrab eller grov vold, uanset faren, aldrig vil kunne blive straffri efter straffelovens § 14.[104]

Kravet om proportionalitet er imidlertid lempet i to situationer. Dels i nødværgesituationen omtalt i straffelovens § 13, stk. 1, og dels i retshåndhævelsessituationen i straffelovens § 13, stk. 3. Disse bestemmelser skal ikke ses som et absolut proportionalitetskrav, ligesom der levnes plads til straffrihed, også selvom den pågældende har handlet uproportionalt, uden dog at være gået åbenbart ud over grænsen for det tilladelige. Straffelovens § 13 kan således ses som en modifikation af straffelovens § 14 i de situationer, hvor *retten*, den forsvarende handling, står over for *uretten*, angrebet på personen eller retsordenen, medens situationen i straffelovens § 14, normalt er den, at *retten*, den forsvarende handling, står over for *retten*, sagesløse personer eller hændelige begivenheder, idet de uretmæssige angreb er udskilt til straffelovens § 13.[105]

Bestemmelsen indeholder generelle betingelser for politiets magtanvendelse, og den omfatter således al magtanvendelse over for personer såvel som magtanvendelse over for ting.[106] Bestemmelsen i § 16 gælder endvidere alle situationer, der kan give anledning til magtanvendelse, dvs. afværgelse af angreb, retshåndhævelse og nødhjælp. I denne forbindelse omfattes også magtanvendelse, der rammer eller truer med at ramme nogen.[107]

Kravet om *nødvendig og forsvarlig* magtanvendelse er relevant i forhold til nærværende fremstilling. Kravet skal afgrænses således, at der som udgangspunkt ikke må anvendes skydevåben, stav eller andre kraftigere midler i de situationer, hvor anvendelse af almindelig fysisk magt er tilstrækkeligt. Det skal dog understreges, at der er tale om en samlet vurdering af hele den konkrete situation. Der skal således foretages en konkret vurdering af, hvilket magtmiddel der må anses for *egnet*, herunder samlet vil kunne medføre mindst skade. Uanset at anvendelse af almindelig fysisk magt måske vil kunne sprede et farligt opløb, vil denne kunne indebære en så nær-

104 Henricson, Ib: Politiret, 3. udg., s. 172.

105 Henricson, Ib, a. st., s. 173.

106 Magtanvendelse over for ting kan f.eks. være opbrydning af en dør med henblik på at pågribe en person, der har forskanset sig, eller afgivelse af skud mod et bildæk med henblik på at bringe et køretøj til standsning.

107 Betænkning nr. 1410/2002 om politilovgivning, s. 214.

liggende risiko for personlig overlast for den enkelte betjent eller andre, at politiet i den konkrete situation vil være berettiget til at anvende gas eller hund. I andre tilfælde kan en konkret vurdering medføre, at antallet af betjente og muligheden for assistance over for antallet af ordenskrænkere tilsiger, at der alene må anvendes almindelig fysisk magt.[108]

I nogle tilfælde vil det være tilstrækkeligt med et påbud for at gennemføre politiforretningen, og det vil således ikke være nødvendigt at gribe til magtmidlerne i det hele taget. Hvis øjeblikkelig magtanvendelse efter en konkret vurdering er nødvendig for eksempelvis at afværge et påbegyndt angreb på en person, kan politiet dog gribe til magtanvendelse uden forinden at have søgt at løse situationen ved et påbud.[109] Da politiets vurdering ofte foretages i pressede situationer, må der tillades en betydelig margin ved udøvelse af det konkrete skøn. Kravet om nødvendig og forsvarlig magtanvendelse retter sig yderligere mod den faktiske brug af magtmidler. Selv om det i en given situation vil være forsvarligt at anvende eksempelvis stav, gas eller skydevåben, vil det ikke være forsvarligt at slå ukontrolleret med stav eller bruge uforholdsmæssigt store mængder gas, ligesom der normalt kun må afgives skud i en situation, hvor den pågældende polititjenestemand har kontrol over sine bevægelser og skudretningen.[110]

Ifølge *Henricson* hentyder udtrykket *forsvarlig* i politilovens § 16 til, at det skal være et rimeligt forhold mellem den magt, der udøves, og det mål, der forfølges. Magtanvendelsen skal med andre ord være proportional. En unødvendig magtanvendelse vil således altid være uforsvarlig, medens en nødvendig magtanvendelse ikke behøver at være forsvarlig.[111]

Proportionalitetsvurderingen må tage sit udgangspunkt i de magtmidler, der er til rådighed. Er der få betjente til rådighed til at rydde en færgerampe ved fysisk magt, kan anvendelse af gas vise sig at være det mindst indgribende og tilstrækkelige middel i den konkrete situation. Hvis gassen ikke er til rådighed til at standse et voldeligt opløb, kan det, som det skete under Nørrebro-uroligheder i 1993, blive nødvendigt at benytte skydevåben i nødværgeøjemed. I vurderingen af forsvarligheden må imidlertid indgå muligheden

108 Betænkning nr. 1410/2002, s. 215 og ligeledes Henricson, Ib: Politiloven med kommentarer, s. 118.

109 Henricson, Ib, a. st., s. 117.

110 Betænkning nr. 1410/2002, a. st. og Henricson, Ib, a. st., s. 118.

111 Henricson, Ib, a. st.

for at afvente situationen, indtil der er kommet assistance fra et tilstrækkeligt antal politifolk, eller indtil gassen er fremskaffet.[112]

Den anden del af bestemmelsen, som er relevant i denne fremstillings kontekst, vedrører kravet om *rimelighed* i forholdet mellem magtanvendelsen og den interesse, der søges beskyttet eller det beskyttede gode. De krav, som stilles til politiets magtanvendelse, og som allerede følger af udtrykkene nødvendig og forsvarlig, præciseres hermed. På denne baggrund kan der tænkes situationer, hvor det mindst indgribende af de tilstrækkelige midler er for indgribende, herunder især under hensyn til den aktuelle lovovertrædelse, og hvor politiet således må afstå fra at anvende magt. Hvis det eksempelvis kun er muligt umiddelbart at standse en bilist, der har begået en mindre færdselsforseelse, ved at anvende sømmåtte, må politiet afstå herfra og i stedet pågribe personen på et senere tidspunkt. Der findes dog ingen absolutte grænser for magtanvendelse. Hvis der er meget stor risiko for, at en person vil begå drab, og dette kun kan undgås ved at affyre et dræbende skud mod den pågældende, er dette tilladt. En sådan situation vil eksempelvis kunne tænkes at opstå i forbindelse med gidseltagninger.[113] I forsvarlighedsvurderingen indgår desuden *egnetheden* af magtanvendelsen. *Mindste middel-princippet* indebærer, foruden at magtmidlet skal være det mindst indgribende, at det valgte middel tillige er tilstrækkeligt til at opfylde formålet i den konkrete situation. Dette følger for så vidt af, at politiet skal forvalte sine opgaver effektivt, men har tillige rod i den omstændighed, at brug af et ikke-tilstrækkeligt middel kan medføre uforholdsmæssige skader. Det kan eksempelvis være en indsats med for få hunde mod mange demonstranter eller afgivelse af skud på for lang afstand med forøget sandsynlighed for at ramme andre end gerningsmanden. Forsvarligheden af magtanvendelsen afhænger desuden af, om denne udsætter udenforstående for risiko for skade.[114]

Henricson giver udtryk for, at politiloven, ligesom det er tilfældet med straffelovens § 13, ikke er udtryk for et absolut proportionalitetskrav, da det i § 16 blot anføres, at det skal indgå i forsvarlighedsvurderingen, om udenforstående kan komme til skade i forbindelse med magtanvendelsen. Det kan eksempelvis være nødvendigt og forsvarligt at sende en hund efter en flygtende indbrudstyv, hvis den pågældende flygter ad en øde villavej, men uforsvarligt, hvis

112 Henricson, Ib, a. st., s. 118.
113 Betænkning nr. 1410/2002, s. 216 og ligeledes Henricson, Ib, a. st., s. 118f.
114 Henricson, Ib, a. st., s. 119.

der er legende børn på gaden, ligesom det kan være nødvendigt og forsvarligt at anvende gas mod opløb på pladser og offentlige veje, men efter omstændighederne uforsvarligt, hvis det er tæt på et plejehjem. Ligeledes kan det lettere accepteres, at politiet affyrer skud mod en flygtende drabsmand på en øde strand end i en overfyldt gågade. I alle disse tilfælde er det en forudsætning, at politiet er bekendt med eller må regne med, at der er fare for udenforstående. Ved brug af stav efter ordre i en stor menneskemængde, der skal opløses, må politiet gå ud fra, at de tilstedeværende har modsat sig ordren om at skilles, og det vil være i strid med effektiviteten af magtanvendelsen at forsøge at tage individuelle hensyn. Den gamle dame, som har indfundet sig med teboller til sin demonstrerende søn, men dog har haft tid til at fjerne sig, må også tåle slag med staven.[115]

I forhold til det generelle proportionalitetsprincip, som har været omtalt i de foregående kapitler, viser ovenstående, at den proportionalitetsvurdering, som foretages i forhold til politiets magtanvendelse, godt kan sættes på den treleddede formel, som er anvendt tidligere i denne fremstilling. Der er tale om, at politiet skal foretage en konkret vurdering af, hvilket magtmiddel der kan betragtes som egnet og herunder medfører mindst skade. Dernæst skal det vurderes, om dette egnede magtmiddel er nødvendigt og forsvarligt i forhold til det mål, som søges opnået. Endelig skal det vurderes, om der er rimelighed eller forholdsmæssighed mellem magtanvendelsen og de interesser eller det gode, som søges beskyttet.

8.3.4 Specielt om egnethedskravet

I modsætning til, hvad der ovenfor og efterfølgende ses på andre områder og i andre retssystemer, har dansk forvaltningsret i isolerede fremstillinger beskæftiget sig med egnethedskravet i stedet for de to andre og mere omfattende krav i proportionalitetsprincippet. Bent Christensen behandlede problemstillingen i 1982, og Karsten Revsbech gjorde det i 1990. Selv om dette udgangspunkt måske ikke er det mest naturlige, viser artiklerne også, at man implicit finder, at kravet om nødvendighed og kravet om forholdsmæssighed findes i dansk forvaltningsret, da egnethedskravet, specielt i Revsbechs artikel, sættes i forhold til disse.

115 Henricson, Ib: Politiret, s. 174f.

8.3.4.1 Bent Christensen

Den første gang egnethedskravet blev omtalt i forhold til dansk forvaltningsret var i en artikel af *Bent Christensen* med titlen *Domstolsprøvelsens grundlag belyst ved prøvelsen af en lokalplan.*[116] Ud fra en konstatering af at både formålsbetragtninger og proportionalitetsprincippet bygger på mål/middel-tankegange, og af at målet ved formålsbetragtninger bruges til at styre forvaltningens udøvelse af sit forvaltningsretlige skøn og dens fortolkning af nogenlunde præcise regler, kommer forfatteren frem til, at det praktiske problem er at få angivet målet så klart, at det kan opfylde sin styrende funktion. Det er forfatterens opfattelse, at man ved proportionalitetsprincippet går ud fra, at målet er kendt. Det, som så skal undersøges, er, om den retsfølge, som forvaltningen har valgt under sin skønsudøvelse eller sin fortolkning, som middel står i et rimeligt forhold til det kendte mål. Bent Christensen slår til lyd for, at man ikke med formålsbetragtningerne og proportionalitetsprincippet har udtømt mulighederne for at bruge mål/middel-tankegange. Forfatteren anser det som en nærliggende tredje variant at spørge, om midlet overhovedet er egnet til at opnå formålet med? Hvis svaret på dette spørgsmål er benægtende, skulle domstolene kunne reagere ved at tilsidesætte den administrative afgørelse, der udgør midlet. Som det er tilfældet med proportionalitetsprincippet, er denne udformning af mål/middel-tankegange ikke en velkendt del af det judicielle prøvelsesgrundlag i de lande, som hidtil har været foretrukne forbilleder for dansk forvaltningsret. Dog findes der spor af tankegangen på planlægningsområdet i tysk ret, hvor tankegangen har fået tilnavnet *Zweckuntauglichkeit.*[117]

Bent Christensen taler dog ikke for en uforbeholden brug af egnethed som bedømmelsesgrundlag i dansk forvaltningsret. Han opstiller to forbehold, som skal tages i betragtning ved brugen af egnethedsvurderingen. For det *første* skal der under retssagen tilvejebringes udførlige og relevante oplysninger. I den tænkte lokalplanssag drejer dette sig om oplysninger om både de nuværende forhold i byen – og specielt i bymidten – og om den forventede og tilstræbte udvikling. En bedømmelse af egnethed vil kræve et omfattende faktisk materiale. For det *andet* er det klart, at domstolene må vise tilbageholdenhed ved brugen af bedømmelsesgrundlagets

[116] Christensen, Bent: Domstolsprøvelsens grundlag belyst ved prøvelsen af en lokalplan i UfR 1982B.209ff.

[117] Christensen, Bent, a. st., s. 217.

egnethed. Det er kun, hvis uegnetheden er klar, at forvaltningens afgørelse kan tilsidesættes.[118] Hvis de nævnte forbehold tages, skulle der efter Bent Christensens opfattelse ikke være noget til hinder for, at domstolene kunne prøve en lokalplan som den tænkte på grundlag af en bedømmelse af egnetheden. Der skal dog fremsættes visse bemærkninger ved egnethedsprøvelsen. *Først* tilsidesættes lokalplanens § 2, stk. 2,[119] på grundlag af en kombination af proportionalitetsprincippet og egnethed. *Dernæst* drejer prøvelsen sig om en bestemmelse i lokalplanen, som både har et utvivlsomt lovligt formål og tvivlsomt lovligt formål. Bent Christensen postulerer, at lige netop fordi formålet er tvivlsomt, er der særlig grund til at se på egnetheden. Forfatteren kommer dog ikke konkret ind på denne vurdering.[120]

Bent Christensen har i et senere arbejde fastslået, at grundsætningen om egnethed er temmelig selvfølgelig som rettesnor for forvaltningen. En fremhævning af grundsætningen vil derfor først og fremmest have betydning for prøvelsen. Hvis grundsætningen anerkendes som en almindelig forvaltningsretlig grundsætning, vil prøvelsesinstanserne få endnu et grundlag (målestok), som kan føre til underkendelse af en forvaltningsakt.[121]

8.3.4.2 Karsten Revsbech

Spørgsmålet, om der findes et egnethedskrav i dansk forvaltningsret er senest indgående behandlet af *Karsten Revsbech* i artiklen *Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav*.[122] Med afsæt i tysk ret[123] forsøger Revsbech at introducere og teoretisk at udvikle en ny almindelig regel, som domstolene og andre retsinstanser kan anvende, hvis de finder det relevant. På trods af at udviklingen af et egnethedskrav er inspireret af tysk ret, vil Revsbechs udvikling ske ubundet af dette udgangspunkt, da det er sigtet at opbygge en regel, som er tilpasset og opfylder et behov i dansk forvaltnings-

---

118 Ifølge forfatteren er det ikke noget særligt for netop dette bedømmelsesgrundlag, at forvaltningens fejl skal have en vis kvalitet. Det gælder *vist* ved al domstolsprøvelse af forvaltningsretligt skøn.

119 Maksimumsgrænser på 50 m^2 etageareal og 6 meters facadebredde for lokaler til liberale erhverv.

120 Christensen, Bent: a. st., s. 217f.

121 Christensen, Bent: Forvaltningsret, 2. udg., s. 206.

122 Revsbech, Karsten: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav i UfR 1990B.400ff.

123 Se ovenfor i afs. 6.4.2.1, s. 340ff.

ret.[124] Det understreges også af, at forfatteren ser et behov for at opstille et egnethedskrav som såvel oprindelig som en efterfølgende ugyldighedsgrund, selvom udgangspunktet i tysk forfatningsret er, at egnethedskravet kun kan være en oprindelig og ikke en efterfølgende mangel eller ugyldighedsgrund. Revsbech giver ikke udtryk for, at egnethedskravet på daværende tidspunkt var en del af dansk forvaltningsret.[125]

Da ovenstående fører til, at det er vanskeligt at anføre eksempler på et egnethedskrav i dansk retspraksis, opstiller Revsbech tre tænkte eksempler omfattende en anordningsbestemmelse, en konkret forvaltningsakt og en retsakt, der kan siges at være placeret mellem anordningen og den konkrete forvaltningsakt, men dog nærmest den sidste.

Revsbech giver således udtryk for en underforstået påstand om, at egnethedskravet i de tre tænkte eksempler var det eneste – eller i hvert tilfælde det bedst anvendelige – grundlag for en underkendelse.

Revsbech er af den opfattelse, at der er identitet mellem egnethedskravet og *nødvendighedskravet*.[126] I det sidstnævnte krav ligger det mere begrænsede, at myndigheden skal vælge det mildeste middel, hvis det samme formål kan opfyldes ved flere midler. Egnethedskravet indebærer til forskel herfra, at det mildere indgreb må kasseres som ubrugeligt med den virkning, at myndigheden er henvist til at anvende et mere indgribende middel for at realisere målet. Revsbech karakteriserer forholdet på følgende måde: *"Den tankegang, som ligger bag egnethedskravet, er ikke, at indgrebet er unødvendigt i den forstand, at der findes andre mildere indgreb, som er tilstrækkelige. Det unødvendige består i, at indgrebet er indrettet således, at det simpelthen ikke fører til en opfyldelse af sit eget formål, og derfor er overflødigt."*[127]

Revsbech sætter også egnethedskravet i forhold til kravet om *forholdsmæssighed*.[128] Ifølge forfatteren kan det diskuteres, om egnethedskravet har et selvstændigt indhold ud over, hvad der allerede ligger i kravet om forholdsmæssighed. Det kan hævdes, at i og med at målet ikke kan opfyldes, fordi midlet ikke er egnet, er midlet ude

124 Revsbech, Karsten, a. st., s. 400.
125 Revsbech, Karsten, a. st., s. 401f.
126 Se yderligere om kravet nedenfor i afs. 8.3.1, s. 457ff.
127 Revsbech, Karsten, a. st., s. 405.
128 Se yderligere om kravet nedenfor i afs. 8.3.1, s. 457.

af proportioner i forhold til den effekt, det rent faktisk viser sig at have. Revsbech mener dog, at dette er at strække kravet for vidt. Kravet angår en vurdering af, om der er en rimelig sammenhæng i myndighedens beslutning, således at det middel, den vælger under en given forudsætning om dets effekt, står i et passende forhold til det mål, den opstiller. At det senere viser sig, at myndigheden tog fejl med hensyn til midlets effekt, eller at udviklingen løb fra de hidtidige antagelser med hensyn til effekten, påvirker ikke nødvendigvis myndighedens mål med at anvende midlet og dækkes således ikke af kravet om forholdsmæssighed.[129]

Både nødvendighedskravet og kravet om forholdsmæssighed vil kunne supplere egnethedskravet. Hvis myndigheden har anvendt et dybtgående indgreb frem for et mildere, kan der ofte være tvivl om, hvorvidt nødvendighedskravet kan bære en underkendelse af myndighedens afgørelse, idet myndigheden normalt må gives en vis margen. Men kan det påvises, at det dybe indgreb også er det mindst egnede, vil der i et sådant tilfælde være et bestyrket grundlag for en underkendelse. Om der er et rimeligt forhold mellem mål og midler i forbindelse med fastsættelse af en forvaltningsafgørelse med karakter af indgreb, er en vanskelig vurdering og vil også ofte give anledning til tvivl. Hvor en sådan tvivl foreligger, og det samtidig kan konstateres, at det anvendte middel har vist sig uegnet til at opfylde målet, vil dette styrke tilbøjeligheden til at tilsidesætte forvaltningsafgørelsen.[130]

Revsbech behandler også spørgsmålet, om egnethedskravet kan betragtes som en efterfølgende ugyldighedsgrund. Forfatteren giver udtryk for, at den teoretiske ramme for efterfølgende ugyldighed foreligger, dog uden at være udfyldt.[131] Videre gives der udtryk for, at der er et behov for at få udviklet efterfølgende ugyldighedsgrunde. Revsbech udtrykker det på følgende måde: *"I et dynamisk samfund, som forandrer sig hurtigt, er der brug for regler, der kan beskytte borgerne mod indgreb, som er unødvendige eller meningsløse, fordi den tekniske udvikling eller det generelle erfaringsgrundlag er løbet fra dem. Hertil er egnethedskravet i særlig grad anvendeligt, idet det udgør en i det*

---

129 Revsbech, Karsten, a. st., s. 405f.

130 Revsbech, Karsten, a. st.

131 Revsbech henviser i denne forbindelse til Poul Andersen, som kort har omtalt muligheden for efterfølgende ugyldighed, men som ikke har udviklet dette nærmere. Videre henvises til V.L.T 1942.371, som er en straffesag, hvor en kvinde blev frifundet for tiltale for ikke at have efterkommet politiets tilhold om at søge lovligt erhverv, da betingelsen for opretholdelse af tilholdet ikke længere forelå, efter at hun havde indgået ægteskab.

væsentlige objektiv målestok, hvor der foretages en sammenligning mellem indgrebets formål og den effekt, det rent faktisk viser sig at have."[132]

Man kan hævde, at det af hensyn til den offentlige forvaltnings effektivitet kan være uheldigt, at et indgreb kan blive retligt uvirksomt, fordi udviklingen har gjort det overflødigt. Revsbech mener, at denne side kan begrænses, hvis det fastholdes, at usikkerheden for det *første* skal være klar, før ugyldighed kan indtræde, at uegnetheden for det *andet* som altovervejende hovedregel kun kan gøre retsakten anfægtelig, og for det *tredje* at ugyldigheden normalt kun skal regnes ex nunc, eller dog tidligst fra det tidspunkt, hvor borgeren har henvendt sig til myndigheden om en annullation af akten.[133]

Efterfølgende har dele af den forvaltningsretlige litteratur givet udtryk for, at proportionalitetsprincippet kan suppleres med et krav om afgørelsens egnethed.[134]

Michael H. Jensen har givet udtryk for, at det er uafklaret, om der eksisterer et egnethedskrav i dansk forvaltningsret. Desuden mener han, at problemstillingen har begrænset betydning, da en uegnet forvaltningsakt i de fleste tilfælde vil kunne rammes af nødvendighedskravet eller forholdsmæssighedskravet eller af andre af den almindelige forvaltningsrets ugyldighedsgrunde, herunder navnlig principperne om usaglige hensyn og vildfarelse.[135]

8.4 Norsk og svensk forvaltningsret

Når man ser på eksistensen af og indholdet i et dansk forvaltningsretligt proportionalitetsprincip, er det nærliggende at se på tilgrænsende landes tilsvarende principper. En overordnet karakteristik af det danske forvaltningsretlige proportionalitetsprincip vil føre frem

132 Revsbech, Karsten, a. st., s. 408.

133 Revsbech, Karsten, a. st., s. 408f.

134 Garde m.fl.: Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udg., s. 267. Revsbechs artikel er senere fulgt op af *Bjørn Dilou Jacobsen* i fremstillingen *Domstolsprøvelse af en forvaltningsafgørelses egnethed* i Justitia nr. 6, 2000, s. 49ff. Primært på baggrund af Revsbechs artikel fra 1990 analyseres to på daværende tidspunkt utrykte afgørelser fra Vestre Landsret, hvor landsretten ifølge forfatteren har valgt at prøve egnetheden af en forvaltningsafgørelse. Efter min mening trækkes brugen af egnethedskravet for langt. Den ene af afgørelserne blev anket til Højesteret og afgjort som UfR 2000.95H.

135 Jensen, Michael H.: Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning i UfR 1994B.335ff (335).

til, at det bare er *noget*, som man har. Tilgangen til problemstillingen er anderledes i svensk og norsk forvaltningsret, hvor forskellige udgangspunkter har ført til en juridisk debat, som har været mere omfattende og konkret, end det har været tilfældet i Danmark.

8.4.1 Norsk ret

For at undgå terminologiske forvekslinger skal det fremhæves, at norsk ret anvender begrebet *forholdsmessighedsprincippet* om det begreb, som gennem den hidtidige fremstilling er blevet benævnt *proportionalitetsprincippet*. Forvekslingen kan blive total derved, at den norske betegnelse er tilsvarende den, som dansk ret anvender som betegnelse for det tredje underprincip i proportionalitetsprincippet.

De klassiske norske forvaltningsretlige fremstillinger indeholder kun sporadiske kommentarer vedrørende proportionalitetsprincippet.

I *Forvaltningsrett I* fra 1991 skriver *Frihagen* følgende om proportionalitetsprincippets stilling i norsk forvaltningsret: *"I norsk forvaltningsrett har prinsippet spilt en tilbaketrukken rolle. Det er i liten grad presenteret i forvaltningsteorien og knapt nevnt i rene ord i rettspraksis."*[136] På trods af dette udgangspunkt mener forfatteren, at man alligevel indirekte kan finde *"ganske god forankring for prinsippet i rettspraksis og i noen grad også i forvaltningsrettsteorien"*.[137] Frihagen konstaterer blot dette forhold, men kommer ikke nærmere ind på det via en konkretisering.

Torstien Eckhoff går ikke ind i en nærmere diskussion vedrørende spørgsmålet, men udtaler følgende i tilknytning til *Fjærkredommen*:[138] *"Men selv om det ikke er sagt noe om det, må det ofte settes visse grenser for hvilke midler som kan bruges til at fremme målet. Det må bl.a. kreves en viss forholdsmessighet mellom mål og midler."*[139]

Den klassiske opfattelse i norsk forvaltningsret er, at domstolene ikke stiller krav til den måde, hvorpå forvaltningen bruger sin skønsbeføjelse, men alene kontrollerer, om den udøves inden for lovens rammer.[140]

---

136 Frihagen: Forvaltningsrett I, 3. udg., s. 196.

137 Frihagen, a. st.

138 Rt. 1973, s. 460 og ND 1973.131 og nedenfor s. 476 i forbindelse med gennemgangen af Jan Fridthjof Bernts artikel.

139 Eckhoff: Forvaltningsrett, 6. udg., s. 263.

140 Disse rammer er både processuelle og materielle. Domstolene kontrollerer såle-

Nyere norsk forvaltningsretlig teori[141] har modificeret dette udgangspunkt og hævdet, at domstolene ofte går meget længere i deres efterprøvning af forvaltningens skønsmæssige afgørelser, end det fremgår af den klassiske opfattelse. Det har særligt været *Jan Fridthjof Bernt*, som har været talsmand for, at der findes et almentgældende proportionalitetsprincip i norsk forvaltningsret. Første gang han formulerede princippet, var i et længere petitafsnit i artiklen *Utenforliggende hensyn som ugyltighetsgrunn*.[142] Efter at have taget udgangspunkt i læren om forvaltningens afvejningsfrihed inden for rammerne af det frie skøn udtaler han: *"Det er vel likevel et spørgsmål om det ikke etter omstendigheterne vil være en nedre grense for den vekt 'mothensynene' kan tillegges, om man ikke må opererer med et 'forholdsmessighetsprinsipp' – et krav om et noenlunde rimelig forhold mellem gevinst og totale omkostninger ved det aktuelle vedtak."*[143] Bernt henviser til den såkaldte *Mortvedt-dom*,[144] som behandlede spørgsmålet om lovligheden af et afslag om fornyelse af en droschebevilling som udelukkende var begrundet i ansøgerens passive medlemskab af NS (Nationalsocialisterne). Højesteret lagde til grund, at det var lovligt for myndighederne at nægte gamle bevillingshavere nye bevillinger med den begrundelse, at de var dømt for landsforræderi, og at domstolen som udgangspunkt ikke kunne efterprøve forvaltningens skøn. Retten fandt alligevel grund til at behandle og vurdere spørgsmålet, om der forelå et *forsvarligt skøn*. Det blev i denne forbindelse accepteret, at der måtte kunne stilles krav om, at bevillingshaverne burde have *folkets tillid*, men fandt helt konkret, at de fire ansøgere til trods for deres passive medlemskab af NS *"etter den alminnelige samfunnsoppfatning hadde den nødvendige tillit for å få nye drosjebevillinger"*. I dommen siges videre, at et afslag er *"så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning, at ... [afgørelsen] må anses for retsstridig og derfor erklæres ugyldig"*.[145] Den norske Højesteret henviste til Mortvedt-dommen i den senere

---

des, om en given afgørelse har den nødvendige hjemmel, at den er truffet efter en forsvarlig sagsbehandling, at den bygger på et rigtigt faktum og at der ikke foreligger magtfordrejning. Graver, Hans Petter: Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser i Lov og Rett 1995, s. 279f.

141 Fra 1978, hvor Jan Fridthjof Bernt offentliggjorde sin artikel i TfR.

142 TfR 1978, s. 241ff. (specielt s. 258ff.).

143 Bernt, a. st., s. 258f.

144 Rt. 1951, s. 19.

145 Ifølge Bernt er det nærliggende at tro, at den norske Højesteret i denne situation valgte at begrunde vedtagelsens ugyldighed med materiel urimelighed, fordi man derved fik anledning til at give udtryk for et mere principielt syn på landsforrædernes stilling i det norske samfund, jf. Bernt, s. 260.

Seljelid-dom,[146] hvor der blev givet udtryk for, at selv om det havde været lovligt at inddrage en køreseddel fra en droschefører, var der ikke grundlag for at holde denne tilbage i et længere tidsrum end til årsskiftet 1948/49. Ifølge Bernt bygger begge dommene på et krav om en vis proportionalitet mellem styrken af de offentlige hensyn, som i det konkrete tilfælde talte for en vis restriktiv holdning over for tidligere NS-medlemmer, som havde ønsket at fortsætte som droscheejere, og det onde, der var blevet påført den enkelte. Det er dog blevet hævdet, at de to omtalte domme er ret specielle, og det er også blevet hævdet, at man ikke kan drage nogle vidtgående slutninger med hensyn til domstolenes adgang til at efterprøve forvaltningsskønnets materielle rimelighed.[147]

Den såkaldte *Fjærkre-dom*[148] er også interessant i sammenhængen. Dommen drejer sig om et erstatningssøgsmål fra den tidligere ejer af en større hønse-, gåse- og andefarm beliggende nær et drikkevandsreservoir. Efter et mislykket forsøg på at løse gødskningsproblemet ved farmen havde helserådet truffet afgørelse om, at farmen skulle lukkes, og at samtlige dyr skulle fjernes, senest 13 dage efter at afgørelsen var truffet. Den norske Højesteret fandt, at ejeren var ansvarlig for den prekære situation, som var opstået, og at helserådet efter sundhedsloven og helseforskrifterne havde hjemmel til at gribe ind, uden at dette ville medføre erstatningsansvar. Men afgørelsen gik for langt, og den uheldige fjerkræfarmer blev tilkendt en erstatning på 300.000 NOK. Retten fandt, at det måtte have været muligt at give ham en noget længere og dermed økonomisk set mere gunstig afviklingsperiode – noget, som også ville have givet tid til at finde en anden løsning på problemet. Det er Bernts opfattelse, at Fjærkre-afgørelsen et langt stykke er parallel til Seljelid-dommen, for så vidt som der på samme måde foretages en helt konkret afvejning mellem de offentlige og private hensyn, der gør sig gældende. På grundlag af denne trækkes en grænse for, hvor langt den offentlige kan gå i retning af indgreb over for den private part for at fremme *lovens formål*. Det fjærkre-dommen først og fremmest illustrerer, er, at spørgsmålet om, hvor vidtgående forsvarlighedskrav som vil blive stillet til forvaltningens skønsmæssige afvejning – *forholdsmessighetsprinsippets 'intervensjonsterskel'* – må afgøres konkret fra sagsområde til sagsområde.[149] Bernt mener også, at man kan se denne afgørelse ud fra

146 Rt. 1957, s. 1190.

147 Bernt, a. st., s. 261.

148 Se ovenfor note 138. Dommen er også omtalt i 2. udgave af Forvaltningsret. Almindelige emner (1989), s. 252f.

149 Bernt, a. st., s. 262.

den generelle synsvinkel, at Højesteret har en tendens til at gå længere og dybere med hensyn til efterprøvelsen af skønsudøvelse, når der er tale om væsentlige indgreb over for en part. Videre siger han: *"Når man sammenligner og prøver å trekke konsekvenser av forskjellige høysterettsdommer som kommer inn på spørgsmålet om overprøvning av den materielle rimelighet av et diskresjonært forvaltningsvedtak, er det i det hele et sentralt synspunkt at 'intervensjonsterskelen' vil kunne være svært forskjellig fra saksområde til saksområde."* Endelig fastslår forfatteren, at det vil være et vigtigt moment ved afgørelsen af, om der foreligger tilstrækkelig kvalificeret urimelighed, om den ulempe, som påføres den pågældende part, falder uden for rammerne af det, som må opfattes som en påregnelig følge af lovens regler og fuldmagter.[150]

Ørnulf Rasmussen behandler også de ovenfor omtalte tre domme i artiklen *Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten.*[151] Forfatteren behandler Mortved- og Seljelid-dommene i forbindelse med *foranstaltninger med pønalt præg.*[152] Det er Ørnulf Rasmussens opfattelse, at Højesteret i disse to domme har anerkendt og har lagt ikke bare en kompetence til at prøve afgørelsers rimelighed til grund, men også ganske klart givet udtryk for, at det centrale ved denne rimelighedsvurdering netop er et proportionalitetsprincip. Det er selvfølgeligt vanskeligt at vurdere, hvor langt udtalelserne rækker, men det må kunne hævdes, at dommene i hvert tilfælde indeholder en begrænsning, som ikke kun er knyttet til sager om droscheeje eller landsforrædderi. Præmisserne i dommene er brede og principielle, og det må være sikkert at hævde, at proportionalitetsprincippet i hvert tilfælde er gældende i sager, hvor afgørelsens pønale præg er fremtrædende.[153] Fjærkredommen behandles i forbindelse med *andre bebyrdende foranstaltninger.*[154] Efter Ørnulf Rasmussens opfattelse er der ikke megen tvivl om, at den norske Højesteret lagde et proportionalitetsprincip til grund – dette til trods for at der ikke var tale om en afgørelse med pønale træk. Det udtales videre, *"at det nok er vanskelig å trekke generelle, og samtidig rimelige presise slutninger fra denne dommen om hvor Høysteretts intervensjonsterskel ligger i ulike typer saker. Men det er et problem vi ofte møter når dommer skal anvendes som rettskilde."*[155] Det er Ørnulf Rasmussens umiddelbare

150 Bernt, a. st., s. 263f.
151 Rasmussen, Ørnulf: Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten i Lov og Rett 1995, s. 307ff.
152 Rasmussen, Ørnulf, a. st., s. 316f.
153 Rasmussen, Ørnulf, a. st., s. 317.
154 Rasmussen, Ørnulf, a. st., s. 317ff.
155 Rasmussen, Ørnulf, a. st., s. 318.

opfattelse, at proportionalitetsprincippet ikke har nogen relevans, når der tales om begunstigende foranstaltninger, hvor den pågældende part har et lovbestemt krav på en bestemt type foranstaltninger, som eksempelvis svangerskabsafbrydelse efter abortloven eller pension efter folketrygdloven. Hvis den pågældende part ikke har et retskrav, men at ydelsen gives efter skøn, findes der efter forfatterens opfattelse ikke afgørelser, som direkte bekræfter dette, men kun afgørelser,[156] som peger i en retning, som medfører, at man ikke kan afvise, at proportionalitetsprincippet har relevans i denne sammenhæng.[157] Det er Ørnulf Rasmussens konklusion, at der ikke findes nogen lovregel eller noget præjudikat fra Norges Højesteret, som giver grundlag for med fuld sikkerhed at sige, at der findes et generelt proportionalitetsprincip i norsk forvaltningsret. Men det er forfatterens opfattelse, at der findes et retskildemæssigt grundlag – godt nok med varierende *positivrettslig* styrke – for at opstille et sådant princip på en række områder af forvaltningsretten. Spørgsmålet bliver herefter, om der er tale om et *sektorielt* princip, eller om alle disse tilfælde er *enkeltstående udslag* af et *generelt princip*. Ørnulf Rasmussen knytter forskellige betragtninger til besvarelsen af dette spørgsmål, nemlig for det *første*, hvilken påvirkningseffekt der skal tillægges de eksterne retsdannelser – folkeretten og EU-retten, som i betydelig stigende grad får plads i det norske retskildebillede. Med hensyn til de områder af forvaltningsretten, hvorpå EU-retten er gældende, vil der ikke være anledning til tvivl. Men på de øvrige områder vil der også være grund til at antage, at der vil være en påvirkningseffekt. For det *andet* vil den enkeltes metodiske ståsted have betydning. En konsekvent positivist vil mene, at der er tale om et sektorielt princip, men forfatteren mener ikke, at der er grundlag for en så bastant positivisme i den norske retlige metode, så han åbner for en generalisering ud fra de udslag af proportionalitet, som de ovenfor omtalte domme udtrykker, og tror at der findes et sådant generelt princip i norsk forvaltningsret.[158]

Den mest *skelsættende* norske artikel om proportionalitetsprincippet i forvaltningsretten er skrevet af *Hans Petter Graver* i 1995.[159] Graver fremsætter en hypotese om, at den norske Højesteret har skabt det krav, at forvaltningens skønsmæssige afgørelser skal være

156 Rt. 1981, s. 745 (Isene) og Rt. 1990, s. 874 (Fusa).
157 Rasmussen, Ørnulf, a. st., s. 319.
158 Rasmussen, Ørnulf, a. st., s. 320.
159 Graver, Hans Petter: Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser i Lov og Rett 1995, s. 279ff.

proportionale. Det er Gravers opfattelse, at nyere retspraksis giver holdepunkter for at sige, at forvaltningens skønsmæssige afgørelser efterprøves ud fra et krav om, at kompetencen kun må bruges i den udstrækning, det er nødvendigt, og i det omfang hvor fordelene overstiger ulemperne – altså ud fra et proportionalitetsprincip.[160] Graver gennemgår fem afgørelser[161] fra den norske Højesteret, som efter hans mening har vurderet forvaltningsafgørelser op mod et proportionalitetsprincip. Der er ikke nogen af afgørelserne, hvor Højesteret bygger på et udtrykkeligt og generelt formuleret krav til proportionalitet. Domstolen har derfor heller ikke forsøgt at fastslå, hvad indholdet i proportionalitetskravet består af i alle sine enkeltheder. Graver er derfor af den opfattelse, at det er teoriens opgave at give proportionalitetsprincippet sin udtrykkelige, generelle udformning og at konkretisere, hvad det indebærer i forskellige situationer. Forfatteren ser ikke dommene som et udtryk for en planlagt kronologisk udvikling af et retsprincip. Retten har taget stilling til de konkrete problemstillinger, som er blevet rejst i de enkelte sager. Kronologien ligger ifølge Graver i det forhold, at Højesteret bliver stadig sikrere, når det gælder om at gå ind i den enkelte foranstaltning i større udstrækning, end det som følger af den klassiske lære om forvaltningsskønnet.[162]

8.4.2 *Svensk ret*

Den svenske tilgang til en behandling af proportionalitetsprincippet i forvaltningsretten er noget anderledes end den, der er set ovenfor i dansk og norsk ret. I svensk ret findes der nemlig en meget skelsættende dom, som behandler problemstillingen vedrørende proportionalitetsprincippet. Dommen er afsagt af den såkaldte *Regeringsrätt*.

> *Regeringsrätten* er den højeste almene forvaltningsdomstol i Sverige, og den afgør sager som ankes fra de fire *kammarrätter*[163] i landet. Det er ikke alle ankede sager, som tages op til realitetsbehandling. Det er udelukkende de sager, hvor regeringsrätten giver *prövningstillstånd* eller prøvelsestilladelse. Hovedreglen er, at denne tilladelse gives i de sager, som kan få betydning

160 Graver, a. st., s. 279f.

161 Rt. 1981, s. 745 (Isene), Rt. 1990, s. 861 (Henjum), Rt. 1991, s. 973 (Sikringsdommen), Rt. 1993, s. 587 (von Koss) og Rt. 1994, s. 60 (New York).

162 Graver, a. st., s. 281.

163 Stockholm, Göteborg, Jönköping og Sundsvall.

som præjudikater. Den omstændighed, at kammarrätterne måske har begået en fejl, fører derfor ikke automatisk til, at Regeringsrätten skal tage sagen op og prøve den. En prøvelsestilladelse omfatter normalt den ankede dom eller beslutning i sin helhed, men den kan også begrænses til visse dele af denne. I praksis bliver kammarrätterne således højeste instans i flertallet af sager. Det er kun i nogle få procent af de sager, som appeleres til Regeringsrätten, hvor der gives prøvelsestilladelse. Regeringsrättens vigtigste opgave er udstedelsen af præjudikater, som kan tjene til vejledning for domstole og andre, som skal anvende gældende ret. Den præjudikatskabende virksomhed kommer til udtryk i den måde, som afgørelserne udformes på. Undertiden er det muligt at formulere en klar retsgrundsætning, men i mange tilfælde er emnet alt for kompliceret til, at dette er muligt. Den, som stilles over for et lignende tilfælde, må derfor danne sig et billede af den aktuelle situation gennem en tolkning af denne. Regeringsrätten giver ofte ganske udførlige argumenter for sin afgørelser, og disse kan være til hjælp ved fortolkningen.

Regeringsrätten (og Högsta domstolen) kan ikke - som andre landes højeste retsinstanser – kende en lov eller anden retsforskrift ugyldig. De kan derimod nægte at anvende en bestemmelse, som de anser strider mod grundloven eller en anden overordnet forlovbestemmelse (forfatning). Lovbestemmelser, som vedtages af rigsdagen eller regeringen, kan dog tilsidesættes, hvis fejlen er åbenbar.

I visse forvaltningsretlige sager, hvor regeringen eller en forvaltningsmyndighed ellers er sidste instans, kan Regeringsrätten – hvis regeringen har været beslutningstager, og ellers kammarrätterne – prøve om afgørelsen strider mod en given retsregel. Dette institut kaldes *rättsprövning*. Det er en forudsætning for retsprøvelse, at afgørelsen ikke indebærer myndighedsudøvelse mod den enkelte og ikke på anden måde kan komme under domstolsprøvelse. Hvis Regeringsrätten – eller kammarrätten – finder, at afgørelsen er retsstridig, og at det ikke er åbenbart, at fejlen har betydning for afgørelsen, skal beslutningen ophæves, og sagen skal tilbagevises til den myndighed, som oprindeligt har truffet afgørelsen, ellers erklæres det, at afgørelsen skal stå fast.

Instituttet retsprøvelse blev oprindeligt introduceret i svensk ret for at tilgodese EMRK's krav om, at enhver har ret til en retfærdig rettergang.[164]

8.4.2.1 Før Barsebäck-dommen

Proportionalitetsprincippet har været kendt i lang tid i svensk ret, men det er først i anden halvdel af 1990'erne, at det har fået gen-

[164] Ovenstående er blevet til på baggrund af en artikel, som findes på *Domstolsverkets* hjemmeside, www.dom.se.

nemslag som en almen forvaltningsretlig grundsætning, der står over den almindelige lovgivning.[165] Med inkorporeringen af EMRK i svensk ret og landets medlemskab af EU den 1. januar 1995 og en næsten samtidig ikrafttrædelse af en præcisering af ejendomsbeskyttelsen i Kap. 2, § 18 i den svenske grundlov (RF), synes der at være indtrådt en tydelig forandring.[166] Det er dog vanskeligt at sige, om det tidligere kendte proportionalitetsprincip i svensk ret var identisk med det kontinentalt europæiske proportionalitetsprincip. I den betænkning, som blev udarbejdet i forbindelse med EMRK's inkorporering i svensk ret, blev det nævnt, at proportionalitetsprincippet var et af de principper, som havde været gældende længe i svensk ret. Det forekommer dog ikke klart, om dette svenske princip modsvarer det princip, som anvendes af EF-Domstolen, EMD og Bundesverfassungsgericht.[167] Der er ingen tvivl om, at *europaretten* har haft indflydelse på svensk rets syn på de grundlæggende retsprincipper i almindelighed og måske proportionalitetsprincippet i særdeleshed. Uenighederne centrerer sig derimod om, hvor stor denne påvirkning har været, og stadigvæk hvor stor påvirkningen er eller burde være.[168]

I 1996 blev proportionalitetsprincippet helt eller delvis lagt til grund for i hvert fald fire afgørelser fra Regeringsrätten.[169] I samtlige afgørelser dømte Regeringsrätten – med henvisning til proportionalitetsprincippet – til fordel for den personlige interesse.

Den mest fremtrædende af de fire afgørelser er det såkaldte *Strandskyddmål*.[170] I denne afgørelse henviste Regeringsrätten udtrykkeligt til det af europæisk ret udledte proportionalitetsprincip. I den omtalte dom blev proportionalitetsprincippet beskrevet som et *hævdvundet princip i svensk ret*, men det blev samtidig fremhævet, at princippet *"i varje fall numera – sedan Europakonventionen upphöjts till lag i Sverige – måste beaktas av prövande myndigheter och domstolar"*. Regeringsrätten slog derefter fast, at *"det kan inte ...*

165 Lundblad og Warnsby: Proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten efter Barsebäcksdomen i Europarattsligt Tidsskrift 2000, s. 209 og s. 217.

166 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 217.

167 Nergelius: Konstitutionellt rättighetsskydd, s. 721, note. 71 og ligeledes Lundblad og Wärnsby, a. st., s. 217, note 40 og Moëll, Christina: Proportionalitetsprincipen i skatterätten, s. 171.

168 Moëll, a. st.

169 RÅ 1996, ref. 22 (afslag på forsøgsordning med fremmede planter ophævet), RÅ 1996, ref. 40 (udvidelse af et naturreservat ophævet), RÅ 1996, ref. 44 (kystbeskyttelse) og RÅ 1996, ref. 56 (plantning af træer).

170 RÅ 1996, ref. 44.

hävdas att ett dispensinstitut av förevarande karaktär ger beslutsmyndigheten en handlingsfrihet, som sträcker sig längere i sina verkningar i det enskilda fallet, än vad som inryms under proportionalitetsprincipen". Gennem den ovenfor omtalte dom, kan Regeringsrätten altså siges at have fastslået, at proportionalitetsprincippet – i hvert tilfælde efter EMRK's inkorporering – gælder som et generelt og overordnet princip, som ikke må brydes af myndighederne, når disse agerer inden for rammerne af den myndighed, som er tillagt dem. I den pågældende sag forholdt Regeringsrätten sig ikke til proportionalitetsprincippets forskellige led, men opholdt sig hovedsageligt ved en balanceafvejning (kravet om forholdsmæssighed). Det var først i Barsebäck-dommen,[171] at Regeringsrätten valgte at foretage sin prøvning med en udtrykkelig opdeling i de tre underled. Den principielle opdeling af proportionalitetsprincippet i tre underled er dermed blevet tydeligt bekræftet for svensk rets vedkommende.[172]

Westerlund har indgående kritiseret påstanden om, at proportionalitetsprincippet skulle være et hævdvundet princip i svensk ret. Han mener, at Regeringsrättens opfattelse af, at der skulle findes et grundlæggende materielt proportionalitetsprincip, som yderligere skulle have vundet hævd i svensk ret, er at ødelægge udtrykket *vinde hævd* fuldstændigt. Hvis et sådant princip havde vundet hævd i svensk ret, ville man – efter hans mening – havde fundet bevis for dette tidligere.[173]

I sin kritiske gennemgang af Regeringsrättens domme fra 1996 sætter Westerlund spørgsmålstegn ved, om der i virkeligheden findes et alment proportionalitetsprincip. Westerlund skelner mellem *instrumentel* og *materiel* proportionalitet. Den instrumentelle proportionalitet skulle indebære en afvejning af *midlet* for at opnå et vist fastsat mål. Den materielle proportionalitet skulle føre til, at det er selve *målet*, som bliver genstand for en undersøgelse. Endelig er det Westerlunds opfattelse, at det formodentlig er forholdet, at Regeringsrätten i de aktuelle sager har foretaget en forkert vurdering og mere beskæftiget sig med ordet proportionalitetsprincip end med de forskellige betydninger af dette.[174]

Nergelius anser det for overdrevet at antage, at princippet ikke

---

171 Se om dommen nedenfor i afs. 8.4.2.2, s. 484ff.

172 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 217f.

173 Westerlund, Proportionalitetsprincipen – verklighet, missförstånd eller nydaning? i Miljörättslig tidskrift 1996:2, s. 278.

174 Westerlund, s. 284.

fandtes i svensk ret før den 1. januar 1995.[175] Der er snarere tale om, at princippets tillempelsesområde er blevet udvidet væsentligt efter den nævnte dato, men at det samtidig er svært at have nogen bestemt opfattelse af den betydning, som princippet i virkeligheden havde i svensk ret før 1995. Forfatteren fremhæver, at retsgrundlaget faktisk har været ret tyndt, i hvert tilfælde frem til 1977, hvor et alment proportionalitetsprincip blev indskrevet i Kap. 2, § 12 i den svenske Regeringsform.[176] Han mener videre, at det var at gå for langt at udråbe princippet til *"en av de allmänna rättsprinciper som sedan länge erkänts i svensk rätt"* i forslaget til inkorporeringen af EMRK i svensk ret. Før 1995 var retsgrundlaget helt enkelt ikke specielt klart og det er – påpeger han – svært i praksis at finde eksempler på, at princippet i virkeligheden anvendes.[177]

Westerlunds artikel fra 1996 har inspireret *Fredrik Sterzel* til at foretage en analyse af proportionalitetsprincippets praktiske betydning samt princippets originalitets- og nyhedsværdi i svensk ret.[178] Sterzels konklusioner går i retning af, at Regeringsrätten primært havde en pædagogisk grund til at fremføre proportionalitetsprincippet i de tidligere omtalte sager fra 1996.[179] Formålet var at fremhæve betydningen af EMRK's og EF-Domstolens praksis. Sterzel finder, at der savnes en begrundelse for at frygte henholdsvis at håbe på, at princippet skulle indebære nogen væsentlig ændring i svensk forvaltningsret. Med støtte i ældre svensk litteratur på området har han fundet ud af, at stort set det samme gjaldt allerede tidligere, selvom begrebet anvendtes med et mere begrænset indhold. Det er Sterzels opfattelse, at det væsentlige er, at der nu er tale om et generelt princip, som skal iagttages i alle dele af forvaltningsretten. Afslutningsvis fremhæver han dog, at der nok før eller senere vil komme en retsafgørelse, som klart viser, at det europaretlige princip har forkastet en forvaltningsafgørelse, som skulle have været

175 Nergelius, Joakim: Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt, s. 88-93.

176 Bestemmelsens stk. 2 har følgende ordlyd: *"Begränsningar som avses i första stycket* [grundlæggende friheder og rettigheder] *får göras endast för att tillgodose ändemål som är godtagbart i ett demokratisk samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är* ***nödvendigt*** *med hänsyn till det ändamål som föranlett den och ej heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Begränsning får ej göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan åskådning."* [Min fremhævelse].

177 Nergelius, Joakim: Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, s. 720.

178 Sterzel, Fredrik: Proportionalitetsprincipen i Fågelperspektiv på rättsordningen. Vänbok til Staffan Westerlund, s. 319-334.

179 Jf. note 169.

vedtaget efter svensk lovgivning, men at dette dog ikke vil ske særligt ofte. Endelig er det hans opfattelse, at man har været alt for tilbageholdende med at overtræde skillelinjerne mellem svensk og europæisk forvaltningsret til fordel for det svenske.[180]

8.4.2.2 Barsebäck-dommen

Spørgsmålet om afvikling af kernekraften er et af de spørgsmål, som har vakt allerstørst interesse i hele det svenske samfund inden for de seneste årtier. Baggrunden for Regeringsrättens afgørelse var en prøvelse af den svenske regerings beslutning fra 1998 om at lukke en kernekraftreaktor på Barsebäck. Baggrunden for denne regeringsbeslutning var en lov fra 1997 om *kärnkraftens avveckling*.[181] Med hjemmel i denne lov besluttede den svenske regering at ophæve den ret, som Barsebäck Kraft AB havde til at drive kernekraftreaktoren Barsebäck 1 i udgangen af juni måned 1998. Barsebäck Kraft AB og dets moderselskab ansøgte om retsprøvning ved Regeringsrätten. I maj 1998 gav Regeringsrätten tilladelse til, at sagen kunne prøves, og den fastslog i dommen af 16. juni 1999, at regeringens beslutning om at lukke Barsebäck 1-reaktoren skulle stå fast, dog med den modifikation, at driften først skulle ophøre ved udgangen af november 1999.

Ifølge Regeringsrätten er der i første omgang *to* proportionalitetsaspekter, som er interessante, når denne skal prøve, hvordan regeringens beslutning vedrørende starttidspunkt og den første reaktor forholder sig til den almene interesse. Disse to aspekter er kravet om *egnethed* og det i RF kap. 2, § 18, udtrykkeligt angivne krav om *nødvendighed*. Videre kræves det, at der foretages en afvejning mellem den almene interesse og modstående individuelle interesser i sigtet med at bedømme, om kravet om *proportionalitet i snæver forstand*[182] er opfyldt.[183]

I den omfattende behandling af Barsebäck-dommen, som er foretaget i den svenske juridiske litteratur,[184] er det *Claes Lundblad og*

---

180 Sterzel, s. 333-334.

181 1997:1320.

182 Eller som det er kaldt gennem denne afhandling; kravet om forholdsmæssighed.

183 RÅ 1999, ref. 76, s. 54.

184 Se blandt andet Fredrik Sterzel: Barsebäckmålet i JT 1999-2000, s. 658ff. Ulf Bernitz: Barsebäckdomen i Regeringsrätten – borde förhandsavgörande av EG-domstolen ha begärts? Joakim Nergelius: Barsebäckmålet – kommentar till en rättsfallskommentar. Carl Michael von Quitzow: Sterzel och Regeringsrätten. Tore Wiwen-Nilsson: Barsebäckmålet – politik eller juridik? alle i JT 1999-2000, s. 964ff. Fredrik Sterzel: Barsebäckmålet – en slutreplik i JT 2000-2001, s. 220ff.

Mikael Wärnsby, som – i artiklen *Proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten efter Barsebäcksdomen*[185] – har foretaget den behandling af dommen, som centrerer sig mest om proportionalitetsprincippet. Det er forfatternes hensigt, at artiklen skal beskrive proportionalitetsprincippet, som det skal forstås i lyset af Regeringsrättens afgørelse.[186] Lundblad og Warnsby begynder deres behandling af proportionalitetsprincippets tre underled med at forholde sig til begrebet *almen interesse*. Dette er ifølge forfatterne centralt i forhold til princippet, da udgangspunktet ved bedømmelsen af samtlige tre led er eksistensen af en almen interesse, som skal tilgodeses med given foranstaltning. Det er først, når det er fastslået, at en sådan interesse eksisterer, at proportionalitetsprøvelsen aktualiseres.[187] I svensk ret er problemstillingen berørt i forbindelse med den ændring af RF kap. 2, § 18, som trådte i kraft 1. januar 1995. Her blev det anført, at det ikke var muligt at beskrive det nærmere indhold i detaljer, men at det skal afgøres fra sag til sag og til slut i en vis grad må blive genstand for en politisk vurdering, hvor der skal tages hensyn til, *"vad som är godtagbart från rättsäkerhetssynpunkt i ett modernt och demokratiskt samhälle"*.[188] Lundblad og Wärnsby har følgende meget sigende kommentar til dette udsagn: *"Till denna föga klargörande beskrivning torde man kunna foga att det kan göras till föremål för en rättslig bedömning."*[189] De to forfattere bemærker videre, at det i alt fald er fornuftigt at antage, at den pågældende interesse skal kunne realiseres. En fuldkommen urealistisk almen interesse bør ikke accepteres. Den almene interesse, som blev aktualiseret i Barsebäck-sagen, var – ifølge afviklingslovens forarbejder – en omstilling af energisystemet, hvori afviklingen af kernekraften indgik som et led. Af afviklingslovens § 1 fremgår det, at formålet med omstillingen af energisystemet var at afstedkomme en økologisk og økonomisk holdbar energiforsyning, der byggede på energiformer, som det var muligt at forny, samt at omstillingen skulle ske på en måde, som gjorde det muligt at sikre svensk industri og det øvrige samfund el til internationalt konkurrencedygtige priser. Der fandtes ikke yderligere præciseringer af indholdet i den almene interesse, og der var derfor delte meninger i retslitteraturen, om dette var en tilstrækkelig præcisering af udtrykket.[190]

185 Se fodnote ovenfor for en fuldstændig litteraturhenvisning.
186 Lundblad og Warnsby, a. st.
187 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 218.
188 Prop 1993/94:117, s. 48.
189 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 219.
190 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 220.

Efter denne konstatering går Lundblad og Warnsby ind i en nærmere analyse af proportionalitetsprincippets tre led i Barsebäck-dommen. Svensk retspraksis er meget begrænset, når det gælder den første del af proportionalitetsvurderingen kravet om *egnethed*. En mulig forklaring på dette forhold kan ifølge forfatterne være, at de foranstaltninger, som anvendes af lovgiverne og myndighederne, sjældent er direkte uegnede i forhold til deres formål. Videre kan anføres, at domstolene ser dette som et egnethedsspørgsmål af mere skønsmæssig natur, og man derfor er tilbageholdende med at prøve den vurdering, som lovgiver eller beslutningsmyndigheder har foretaget.[191] Der findes dog enkelte eksempler fra svensk retspraksis på, at det er muligt at sætte spørgsmålstegn ved en foranstaltnings egnethed i det tilfælde, hvor denne ikke viser sig effektiv i opnåelsen af det opstillede formål. I *trädplanteringsmålet*[192] virker det, som om egnethedskriteriet har haft en vis betydning for sagens udfald. Med hensyn til at det fremstod som muligt, at den berørte kornmark skulle beplantes med selvforsynende skov, fremstod det i hvert tilfælde uklart, om et forbud mod skovplantning på samme mark skulle kunne fremme adgangen til landskabet. Regeringsrätten medtog dette forhold i bedømmelsen og fandt, at forbuddet mod skovbeplantning ikke ud fra et alment synspunkt kunne anses for så vigtigt, at det kunne forsvare indskrænkningen i mulighederne for at plante skov på den pågældende ejendom. Regeringsrättens behandling af egnethedskriteriet i Barsebäck-dommen giver anledning til særskilt overvejelse. Det indgreb, som var en følge af regeringens beslutning om at lukke Barsebäck 1-reaktoren, var genstand for prøvelsen. Det ville derfor forekomme naturligt, at Regeringsrätten havde taget udgangspunkt i dette forhold i proportionalitetsvurderingen. Domstolen valgte imidlertid at foretage egnethedsprøvelsen ud fra det middel, som regeringen valgte at bruge i forbindelse med lukningen, nemlig inddragelsen af tilladelsen til driften af Barsebäck 1.[193] Dette niveau for prøvelsen fremstår ifølge Lundblad og Warnsby som særegent. De finder, at det ville have været mest naturligt at tage udgangspunkt i det formål, som blev opstillet i *avvecklingslagen* – nemlig en omstilling af det svenske energisystem. Prøvelsen burde også referere til denne konkrete foranstaltning, samt på hvilken måde denne var egnet til at bidrage til den omtalte omstilling. Når prøvelsen af egnetheds-

191 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 221.
192 RÅ 1996, ref. 56.
193 RÅ 1999, ref. 76, s. 55.

kriteriet ikke i saglig henseende indrettes på selve indgrebet, men blot på det middel, som vælges til at gennemføre indgrebet, bliver følgerne en betydelig indskrænkning i egnethedskriteriets rækkevidde. Det bliver derfor ikke muligt at opstille nogen meningsfuld prognose over, om effekterne af indgrebet kan bidrage til at opfylde formålet. Det nævnte forhold bliver betydningsfuldt i Barsebäcksagen, da regeringen ikke havde forklaret eller antydet, hvordan den fortsatte omstilling af energisystemet og den dermed sammenhængende afvikling af kernekraften skulle foregå. Når der ikke findes nogle planer for den fortsatte afvikling af den svenske kernekraft, kan man ikke sige, at lukningen af Barsebäck 1 ikke siges at udgøre en foranstaltning til gavn for denne omstilling. Disse spørgsmål blev imidlertid ikke sat på spidsen i Barsebäck-dommen, da Regeringsrätten valgte et andet prøvelsesniveau for proportionalitetsprincippets egnethedskriterium.[194]

Det andet underled af proportionalitetsprincippet – *nødvendighedskravet* – behandles også af Regeringsrätten. Barsebäck Kraft AB anførte i sagen, at et alternativ til indgrebet mod Barsebäck 1 som den første reaktor, der skulle lukkes, havde været afviklingen af en af de reaktorer, som var ejet af staten. Dette alternativ havde uden tvivl være mindre indgribende for de individuelle interesser. Det blev videre anført, at dette alternativ var lige så effektivt, når det drejede sig om at fremme den almene interesse i forbindelse med *avvecklingslagens* formål.[195] Regeringsrätten kom frem til, at en inddragelse af en driftstilladelse er en nødvendig foranstaltning i en kernekraftafvikling, som skal omfatte både statslige og private reaktorer, og at *"Det är knappast möligt att i ett fall som det förevarande tillerkänna proportionalitetsprincipens nödvändighetskrav en större räckvidd än så."* Regeringsrätten anfører videre, at *"I fråga om valet av första reaktor kan nödvändighetskravet ... inte rimligen tilläggas den innebörden att ett ingripande mot en privatägd reaktor måste underlåtas så länge en eller flera statsägda reaktorer fortfarande är i drift. Det får anses tilräckligt att kräva att saväl beslutet om starttidspunkt som valet av första reaktor framstår som en konsekvens av en objektiv och korrekt tillämpning av de rekvisit som har ställta upp för att främja avvecklingslagens syfte."*[196] Ifølge Lundblad og Warnsby fremstår det, som om Regeringsrätten endda har indskrænket sin prøvning af nødvendighedskriteriet i forhold til arten af det anvendte middel (inddragelsen af en driftstil-

194 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 222f.
195 RÅ 1999, ref. 76, s. 53.
196 RÅ 1999, ref. 76, s. 55.

ladelse) i stedet for at prøve det andet konkrete alternativ til indgreb, som rent faktisk forelå (lukning af reaktor ejet af staten). Det fremstår som uklart, hvad der har motiveret til denne indskrænkning af proportionalitetsprincippets nødvendighedskriterium.[197] Lundblad og Warnsby finder Regeringsrättens undladelse af at prøve alternative indgreb i form af lukning af en statslig reaktor *svårförståelig*. Videre anfører de, at *"I vad mån domstolens sätt att bedöma nödvändighetsrekvisitet skall ses som ett uttryck för en princip att det är medlet för ingreppet som skall prövas snarere än ingreppet självt leder detta till ett mycket snävt tillämpningsutrymme för proportionalitetsprincipen."*[198] Gennem den ovenfor citerede passus (*"i ett fall som det förevarande"*) har Regeringsrätten måske valgt at fremhæve, at domstolen har valgt en kasuistisk metode. Det forklares imidlertid ikke nærmere, hvorfor man i en så principiel og betydningsfuld sag som Barsebäck har anset det for nødvendigt at begrænse proportionalitetsprincippets anvendelse på den angivne måde. Dette taler for, at det valgte prøvelsesniveau, som er kommet til anvendelse ved prøvelsen af både egnetheden og nødvendigheden alligevel skal opfattes som indeholdende en afvejning. Lundblad og Warnsby finder det vigtigt, at spørgsmålet klarlægges gennem domstolens fremtidige praksis.[199] I afslutningen af gennemgangen af nødvendighedskriteriet peger Lundblad og Warnsby på det uheldige i, at den svenske Regeringsrätten har udført en ufuldstændig prøvelse af proportionalitetsprincippet, som jo altså er et alment retssikkerhedsprincip i EU-retten. Denne ufuldstændige prøvelse indebærer således også en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet.[200] Prøvelsen af proportionalitetsprincippets enkelte led i en national proces bør ikke indskrænkes på en måde, som i praksis gør denne prøvelse meningsløs.[201]

Når Regeringsrätten har anset en myndighedsforanstaltning som værende ikke-proportionel, har det som oftest været med henvisning til det tredje underprincip, nemlig *kravet om forholdsmæssighed*

---

197 Lundblad og Warnsby henviser til, at Barsebäck Kraft AB begærede *resning* över Regeringsrättens dom. Barsebäck gjorde blandt andet gældende, at fraværet af prøvelsen af alternative indgreb i denne del var uforeneligt med proportionalitetsprincippet, og at dette medførte, at Regeringsrätten ikke prøvede en af Barsebäck Kraft AB's centrale indvendinger mod regeringens beslutning, jf. note 68, s. 225.

198 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 225.

199 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 225f.

200 Jf. ovenfor i afs. 7.2.3, s. 363 om forholdet mellem proportionalitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet i EU-retten.

201 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 226.

eller *proportionalitet i strikt mening*, som terminologien er i svensk juridisk litteratur. Kravet om forholdsmæssighed medfører, at der foretages en helhedsvurdering (således at der tages hensyn til alle relevante faktorer) af, om den fordel, som det almene opnår gennem indgrebet, står i et rimeligt forhold til den skade, som indgrebet forårsager for den enkelte.[202] Når der skal foretages en helhedsvurdering i det sidste underled i proportionalitetsprincippet, er der oftest ingen problemer med at få afgjort, hvilken eller hvilke personlige interesser som skal afvejes i forhold til det formål eller den almene interesse, som angives i forhold til et givet indgreb.[203] Dette var ikke tilfældet i Barsebäck-sagen, hvor Regeringsrätten ikke anså, at det var muligt generelt at fastslå, hvordan personkredsen skulle afgrænses i forbindelse med en proportionalitetsvurdering. Domstolen anfører i denne forbindelse, at det i de fleste tilfælde vil være tilstrækkeligt at se på effekterne for den eller dem, som direkte berøres af et indgreb, men at det i andre situationer også kan være hensigtsmæssigt at se på effekterne for interessenter, som berøres indirekte.[204] Ifølge Lundblad og Warnsby er der tale om en *in casu*-vurdering.[205] Regeringsrätten fandt, at Sydkrafts (som ejede samtlige aktier i Barsebäck Kraft AB og som drev virksomhed, som var tæt forbundet med datterselskabets) og Barsebäck Kraft AB's interesser skulle betragtes som en enhed i forbindelse med proportionalitetsvurderingen.[206] Når man skal vurdere den almene interesse i forhold til den personlige interesse, kan der opstå spørgsmål om, hvilke af den enkeltes forhold der skal anses som relevante. Et forhold, som altid vil være væsentligt i denne sammenhæng, er, om og i hvilken udstrækning man opnår erstatning som følge af indgrebet.

Regeringsrättens afgørelse i Barsebäck-sagen behandler også myndighedernes skønsmargen i forbindelse med proportionalitetsvurderingen. *"När det gäller att bedöma om kravet om proportionalitet i strikt mening är uppfyllt måste naturligtvis beaktas att myndigheterna i många avvägningsfrågor har ett betydande handlingsutrymme och att ett underkännande av ett myndighetsingripande i sådana fall knappast kan komma i fråga i andra fall än sådana där det råder ett klart missförhållande mellan det allmänna intresset av ingripandet och den belastning som ingripandet innebär för den enskilde ..."*[207] Lundblad og Warnsby

202 Lundblad og Warnsby, a. st.
203 Lundblad og Warnsby, a. st., 227.
204 RÅ 1999, ref. 76, s. 55.
205 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 228.
206 RÅ 1999, ref. 76, s. 56.
207 RÅ 1999, ref. 76, s. 52f.

giver udtryk for, at dette ræsonnement ikke er indvendingsfrit, og det *"synes bl.a. få den egendomliga konsekvensen att om handlingsfriheten är snäv, utrymmet för en tillämpning av proportionalitetsprincipen blir större genom att det i sådant fall inte skulle krävas ett kvalificerat ('klart') missförhållande mellan det allmänna och det enskilda intresset för ett myndighetsingripanda skall kunna underkännas"*.[208] I de tilfælde, hvor myndigheden gives stor handlefrihed, forekommer det at være specielt vigtigt, at den enkeltes retssikkerhed omhyggeligt beskyttes, således at ikke-proportionelle indgreb forhindres. I denne forbindelse forekommer det, som om domstolen ikke tydeligt har forholdt sig til dette i denne del af sin prøvelse. Det er specielt ved prøvelsen af proportionalitetsprincippets egnethedskriterium, at myndighedens egen bedømmelse tillægges selvstændig betydning. Det accepteres, at beslutningstageren (eller lovgiveren) kan tage fejl af de praktiske konsekvenser af en beslutning. Dette antages at ligge inden for rammerne af myndighedernes afgørelse af, om en foranstaltning er egnet til at opfylde det – i og for sig gyldige – formål, som lovgiveren har opstillet. Hvis en myndighed har fået en stor handlefrihed til at bedømme en foranstaltnings lovlighed, må dette i almindelighed godtages; selv i de tilfælde hvor det klart fremgår, at foranstaltningen ikke er lovlig efter sit formål, skal denne kunne tilsidesættes med støtte i dette led af proportionalitetsprincippet. Efter Lundblad og Warnsbys opfattelse er *"Syftet med den **strikta proportionalitetsbedömningen** ... att pröva om åtgärder som bedömts vara både lämpeliga och nödvändiga **ända**, i det enskilda fallet, kan anses innebära en förhållandevis alltför stor börda för den enskilde. Här saknas, enligt vår mening, anledning att ge beslutsmyndighetens bedömning inom ramen för dess handlingsfrihet någon form av företräde framför resultatet av en avvägning mellan vinsten för det allmänna och förlusten för det enskilda intresset."*[209] [Min fremhævelse].

Sammenfattende siger Lundblad og Warnsby, at den interesseafvejning, som skal ske efter proportionalitetsprincippet, kun kan medføre en meningsfuld retssikkerhed, hvis den kan ske efter tilstrækkelig præcise kriterier. I svensk ret er dette sket gennem Regeringsrättens praksis fra 1996 og frem, men underbegreberne er yderligere blevet præciseret i Barsebäck-dommen fra 1999. Denne udvikling og præcisering ligger på linje med den, som er set inden for europæisk ret og ikke mindst inden for tysk ret. Som udgangspunkt finder Lundblad og Warnsby denne udvikling tilfredsstil-

[208] Lundblad og Warnsby, a. st., s. 231.
[209] Lundblad og Warnsby, a. st.

lende, selvom Regeringsrättens afgørelse i Barsebäck efterlader en del spørgsmål, som forfatterne forventer vil blive besvaret i fremtidig retspraksis.[210]

Wiweka Warnling-Nerep har også foretaget en behandling af Regeringsrättens afgørelse i Barsebäck-sagen, som centrerer sig om proportionalitetsprincippet. Dette er sket i artiklen *Barsebäck och proportionalitetsprincipens egentliga onnebörd*.[211] Her kommer hun med følgende kommentar om forholdet mellem Regeringsrättens kommentarer vedrørende proportionalitetsprincippet i Strandskyddsagen og Barsebäck-sagen. *"Under alla omständigheter är det svårt att frigöra sig från intrycket, att det i t.ex. RÅ 1996 ref 44 var fråga om* ***en annan*** *och mer djupgående proportionalitetsprincip än i Barsebäckfallet."* [Min fremhævelse]. I denne tidligere afsagte dom blev regeringens beslutning angående et afslag på dispensation fra bestemmelserne om strandbeskyttelse i den svenske *naturvårdslagen* ophævet. Regeringsrätten anfører følgende begrundelse: *"I förevarende mål gäller det närmest att avgöra huruvida den praxis som föreligger ifråga om dispenser i strandskyddsärenden och som tillämpats av länsstyrelsen och regeringen kan anses ligga i linje med proportionalitetsprincipen som enligt vad nyss anfört har vunnit hävd i svensk rätt och som i varje fall numera – sedan Europakonventionen upphöjts till lag i Sverige – måste beaktas av prövande myndigheter och domstolar."*[212] Regeringsrätten kunne altså have ophævet en regeringsbeslutning, som blev anset som ikke-proportional og som en uretmæssig indtrængen i den enkeltes ejendomsret og der blev ikke opstillet noget krav om et klart misforhold mellem det almenes fordel og den enkeltes sammenlagte belastning.[213] *"Principen skulle i så fall helt enkelt väga olika tungt i olika fall: En enskild fastighetsägares intresse att bebygga sin strandtomt väger, med en sådan tolkning, allmänt sett tyngre, än ett börsnoterat bolags intresse att få behålla sitt kärnkraftsverk skall avvecklas. Den kommande rättsutvecklingen får utvisa vilken innebörd proportionalitetsprincipen egentligen har i svensk rätt."*[214]

---

210 Lundblad og Warnsby, a. st., s. 232.

211 Wiweka Warnling-Nerep: Barsebäck och proportionalitetsprincipens egentliga onnebörd i Festskrift till Ulf Bernitz, s. 169ff.

212 RÅ 1996, ref. 44, s. 5.

213 Warnling-Nerep, a. st., s. 176.

214 Warnling-Nerep, a. st., 177.

8.4.2.3 Efter Barsebäck

Regeringsrätten har senest behandlet proportionalitetsproblematikken i en afgørelse fra 2001.[215] Dommen omhandler – ligesom RÅ 1996, ref. 44 – strandskydd. Fakta i sagen er følgende: M.N. ansøgte en kommune om forhåndsbesked vedrørende muligheden for at opføre et fritidshus på en ejendom, som ejedes af R.W. M.N. ansøgte herefter Länsstyrelsen i Hallands län om dispensation fra bestemmelserne om *strandskydd* (kystbeskyttelseslinjer) i den svenske *naturvårdslagen*. Länsstyrelsen – og efterfølgende regeringen (Miljødepartementet) – fandt, at der ikke var grundlag for at dispensere fra de pågældende bestemmelser i naturvårdslagen. M.N. ansøgte derefter om retsprøvning ved Regeringsrätten og nedlagde påstand om, at beslutningen skulle ophæves. Til støtte for denne påstand angav han blandt andet, at regeringen i sin bedømmelse havde negligeret relevante omstændigheder på en måde, som havde været afgørende for sagens udfald, og at regeringen havde undladt at foretage en interesseafvejning, som det er forudsat i § 3 i naturvårdslagen, samt at prøve spørgsmålet om proportionalitet i snæver forstand. Beslutningen stred derfor mod proportionalitetsprincippet.[216] Den afvejning, som skal foretages efter § 3, går i al sin enkelhed ud på, at der i forbindelse med prøvelse af spørgsmål, som vedrører naturbeskyttelse, skal foretages en afvejning mellem den enkeltes og det almenes interesser. I denne forbindelse er det et grundlæggende princip, at en indskrænkning fra det almenes side af den enkeltes ret til at anvende sin ejendom forudsætter, at der foreligger en rimelig balance eller proportionalitet mellem det, som det almene vinder, og det, som den enkelte taber på grund af indskrænkningen.[217] I forhold til de ovenfor omtalte sager er der dog den forskel, at M.N. havde fået en positiv forhåndsbesked fra kommunen, at han var blevet godtaget som part hos Länsstyrelsen og regeringen, og at han havde forklaret, at han ville købe ejendommen, hvis der blev givet dispensation fra strandskyddet. Da M.N. var blevet anset som part, ville det derfor også være ham, som fik sin personlige interesse berørt i forbindelse med proportionalitetsvurderingen. Regeringsrätten kommer frem til følgende: *"Vid en samlad bedöming av vad som framkommit i målet finner Regeringsrätten*

[215] RÅ 2001, ref. 72.
[216] RÅ 2001, ref. 72, s. 2.
[217] RÅ 2001, ref. 72, s. 4. Regeringsrätten henviser i denne forbindelse til de ovenfor omtalte afgørelser fra 1996.

att intresset av att kunna bebygga fastigheten är så väsentligt stärkare än det allmänna intresset av att upprätthålla strandskyddet att en vägrad dispens framstår som ***klart disproportionerlig****."*[218] [Min fremhævelse].

Efter en gennemgang af et nationalt retssystems behandling af et givet juridisk princip – her proportionalitetsprincippet – kan man spørge sig selv, hvor svensk ret så står i dag? Svensk ret er utvivlsomt kommet et stykke hen ad den rigtige vej i forhold til at foretage en fuldstændig proportionalitetsvurdering, men dog alligevel ikke helt nået til målet. Man kan sige, at svensk ret havde alle mulighederne for at udføre en treleddet proportionalitetsvurdering i Barsebäck-sagen, men det virkede, som om Regeringsrätten ikke turde gå hele vejen. Den seneste afgørelse fra 2001 tyder da også på, at Regeringsrätten holder lidt igen i forhold til at kaste sig ud i en fuldstændig proportionalitetsvurdering.

218 RÅ 2001, ref. 72, s. 5.

Kapitel 9

Del III: Afsluttende bemærkninger og vurderinger

Som det indledningsvis er påpeget i nærværende fremstilling findes den umiddelbare forbindelse mellem de centrale behandlingsbestemmelser i persondataloven og proportionalitetsprincippet i kravet om nødvendighed. I afhandlingens kapitel 6-8 er der sket en kortlægning af proportionalitetsprincippet og herunder kravet om nødvendighed i tysk ret, EU-retten og nordisk offentlig ret.

9.1 Tysk ret

Når man i begyndelsen af det 21. århundrede arbejder med fastlæggelsen af indholdet af det tyske proportionalitetsprincip, står det hurtigt klart for én, at man har at gøre med et princip, som er meget fundamentalt i det tyske retssystem. Dette viser sig specielt derved, at Bundesverfassungsgericht hurtigt efter 2. Verdenskrig slog fast, at princippet udspringer af retsstatsprincippet. Det står også hurtigt klart for én, at det ikke er muligt at arbejde med det for denne afhandling så centrale princip om *Grundsatz der Erforderlichkeit* uden at beskæftige sig med overbegrebet *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* og underbegreberne *Grundsatz der Geeignetheit* og *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*.

Det tyske proportionalitetsprincip har efterhånden en forholdsvis lang historie bag sig, som startede helt tilbage i 1882 med den ofte nævnte Kreuzberg-Urteil, men dog med det egentlige gennembrud i 1903 med dommen om kroværtinden, hvor den Preussiske Overforvaltningsdomstol fastslår, at politiet ikke blot kan agere på det mindste saglige grundlag, samt at det saglige grundlag skal retfærdiggøre den pågældende handling. På trods af dette tidlige gennembrud for det tyske proportionalitetsprincip gik der alligevel mere end et halvt århundrede, før princippet fik så faste konturer, at man kunne begynde at tale om et grundlæggende princip

med forholdsvis fast terminologi og indhold. Disse faste konturer fremkom ved, at princippet efter 2. Verdenskrig udviklede sig til et generelt princip, som ikke længere udelukkende blev brugt inden for politiretten.

Praksis fra Bundesverfassungsgericht har vist, at det er muligt at afgrænse *Grundsatz der Geeignetheit* både positivt og negativt. Efter den positive afgrænsning anses et middel for egnet, når man opnår det ønskede resultat ved hjælp af det. Den negative afgrænsning ses specielt i dommen om fælleskørselscentraler (1964), hvor forbuddet mod de offentligt formidlede fælleskørselscentraler bliver anset som et uegnet middel i forhold til det mål, som regeringen hidtil har angrebet. Selvom det altid vil være Bundesverfassungsgericht, som har det afgørende ord at skulle have sagt med hensyn til fastlæggelsen af indholdet i Grundsatz der Geeignetheit, kan man ikke se bort fra de tyske teoretikere, som i det store hele er enige om indholdet i princippet – nemlig at det indeholder et krav om at vælge det egnede middel set i forhold til det opstillede formål.

Baggrunden for det nødvendighedskriterium, som findes i den danske persondatalov, skal delvis[1] findes i den tyske *Grundsatz der Erforderlichkeit*. Efter praksis fra Bundesverfassungsgericht medfører princippet, at et indgreb ikke må gå videre, end det er nødvendigt. Kravet anses også for opfyldt, når det ikke er muligt at finde et mindre indskrænkende middel til opnåelse af det opstillede mål. Her ses den tydelige sammenhæng med nødvendighedskriteriets benævnelse som *det mindste middels princip* – en benævnelse, som i øvrigt er langt mere sigende vedrørende indholdet.

Den sidste del af det tyske proportionalitetsprincip går under den lidet talevenlige benævnelse *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Efter praksis fra Bundesverfassungsgericht er det herefter et krav, at formålet og det valgte middel ikke står i misforhold til hinanden, eller sagt på en anden måde, at de står i et rimeligt forhold til hinanden. Man kan også sige, at princippet indeholder et krav om, at den borger, som berøres af indgrebet, ikke belastes i overvældende eller umådelig grad af det. Helt konkret vil det betyde en fornuftig afvejning mellem middel og mål – eller modstående interesser.

Afslutningsvis kunne man stille det væsentlige spørgsmål, om det tyske proportionalitetsprincip har nogen berettigelse i en dansk fremstilling om det nødvendighedskriterium, som findes i den danske persondatalov, som er en implementering af et EU-direk-

1 Kriteriet er også påvirket af EU-retten, jf. kap. 7.

tiv. Det mener jeg faktisk, at det har, og det er der flere grunde til. For det *første* har proportionalitetsprincippet sit udspring i tysk ret, også selv om det i sidste ende er EF-domstolen, som skal udfylde det nødvendighedskriterium, der findes i persondataloven. For det *andet* har kravet om proportionalitet været en del af EU-retten fra begyndelsen, hvor de tydelige rødder til tysk ret viste sig. Den danske register- og persondatalovgivning har dybe rødder i forvaltningsretten, som har fået en stor påvirkning fra tysk ret. For det *tredje* viser tysk ret den meget tætte sammenhæng mellem proportionalitetsprincippet og de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder.

9.2 EU-ret

Formålet med afhandlingens kapitel 7 var at kortlægge indholdet i det proportionalitetsprincip, som siden starten af 1970'erne har været et af de grundlæggende principper i EU-retten. Da den danske persondatalov er implementering af et direktiv, vil det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip som altovervejende hovedregel danne grundlaget for fastlæggelse af indholdet i det nødvendighedskrav, som findes i den danske lovs centrale behandlingsbestemmelser. Med baggrund i dette forhold er det væsentligt at få fastlagt indholdet i den fællesskabsretlige variant af princippet i forbindelse med udfyldningen af det persondataretlige krav om nødvendighed.

I arbejdet med det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip er det hurtigt klart, at princippet er en central del af fællesskabsretten, men umiddelbart herefter hører klarheden for store deles vedkommende op. Denne uklarhed kommer allerede til udtryk i forbindelse med undersøgelsen af princippets udledning, hvor forskellige juridiske forfattere hver især har fire bud på princippets oprindelse; nemlig fra udtrykkelige traktatbestemmelser, fra legalitetsprincippet, fra nationale regler og fra andre af traktatens bestemmelser. Ingen af de nævnte muligheder for princippets udledning er entydige, og *Michael H. Jensen* har ganske givet ret i en antagelse om, at Domstolen har ladet sig inspirere og ikke i uvæsentligt omfang støttet sig til regler i medlemsstaternes retssystemer.

Da proportionalitetsprincippet som tidligere nævnt er et af de grundlæggende principper i EU-retten, kan det være nyttigt at se på, hvordan princippet forholder sig til andre af fællesskabsrettens grundlæggende principper. *Forholdet mellem proportionalitetsprincippet og subsidiaritetsprincippet* er det mindst komplicerede, fordi

principperne, på trods af at de er tæt forbundne, ikke er identiske. Principperne virker så at sige på to forskellige niveauer i processen omkring vedtagelsen af fællesskabsretlige foranstaltninger. Subsidiaritetsprincippet udgør en indskrænkning i Fællesskabets bemyndigelse i forhold til medlemsstaterne. Proportionalitetsprincippet tilvejebringer et kriterium, hvorved intensiteten af Fællesskabets foranstaltninger kan vurderes. Det sidstnævnte princip kan siges at *gå et skridt videre* end det førstnævnte. Principperne komplementerer hinanden således, at subsidiaritetsprincippet bruges til at vurdere, om de af Fællesskabet påtænkte foranstaltninger overhovedet behøves. Proportionalitetsprincippet bliver derimod først aktuelt, når foranstaltningen er vedtaget, og det indebærer en vurdering af, om foranstaltningen overskrider, hvad der er passende og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål.

Forholdet mellem proportionalitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet bliver lidt mere vanskeligt at forholde sig til end ovenstående, men dette skyldes primært, at retssikkerhedsprincippet er et meget komplekst og besværligt princip, som består af en gruppe af svært adskillelige principper, som i det væsentlige stiller krav til myndighedernes regeludfærdigende, sagsbehandlende og konkret beslutende virksomhed. Princippet om ikke-tilbagevirkende kraft er centralt i forhold til denne fremstilling. Retspraksis vedrørende de to princippers samspil omhandler i det væsentlige Kommissionens henstillinger om brug af beskyttelsesmæssige foranstaltninger, specielt i TEF art. 134 (TEU art. 115). I Bock-dommen fra 1971 fandt Domstolen, at Kommissionen havde overskredet grænserne for det *nødvendige* i Traktatens art. 115. I Kaufhof-dommen fra 1975 kom Domstolen frem til, at Kommissionen havde overskredet grænserne for sit frie skøn ved at udstrække den pågældende bemyndigelse til allerede modtagne ansøgninger, uanset om de omfattede betydelige eller ubetydelige mængder. I begge sager kan Kommissionen siges at være blevet underkendt, fordi den har undladt at foretage den proportionalitetstest, som er foreskrevet efter TEF art. 134, stk. 3 (TEU art. 115, stk. 3). Domstolen har således betonet, at lovligheden af et indgreb i det almindelige retssikkerhedsprincip skal være resultatet af den nødvendighed, der tilsigter mere eller mindre at bryde et almindeligt retsprincip for at nå det tilsigtede mål. Generaladvokat de Lamothe siger således, at Domstolen ved hjælp af en meget original og interessant konstruktion på en vis måde har fortolket grundsætningen om ikke-tilbagevirkende kraft ud fra proportionalitetsprincippet.

Det mest komplekse af proportionalitetsprincippets forhold til

andre grundlæggende principper er forholdet til *lighedsprincippet*. Dette forhold har fået følgende karakteristika: *rather puzzling* og *not always follow a straight line*. Domstolen fastlagde tidligt indholdet i det generelle lighedsprincip, og i 1977 blev det fastslået, at lighedsprincippet var et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten. Det var også i 1977, at den tætte forbindelse mellem de to omtalte principper blev skabt. Udgangspunktet er sådan set forholdsvis enkelt, nemlig at forskellig behandling af sammenlignelige situationer er i strid med lighedsprincippet, hvis proportionalitetsprincippet ikke samtidig er overholdt. Domstolens praksis har dog vist, at det i praksis er vanskeligt at kombinere lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet i et sammenhængende og klart koncept. Dette viste sig allerede i 1973 i Werhahn-sagen, hvor generaladvokaten udelukkende anvendte en økonomisk tilgang til løsning af sagens problemstilling og kom frem til, at lighedsprincippet var overtrådt. Domstolen anvendte i modsætning hertil nødvendighedstilgangen og kom frem til, at Rådet ved sin beslutning ikke var gået ud over, hvad der måtte anses for nødvendigt for at nå det opstillede mål. Dette var også tilfældet i Skummetmælkspulver-sagerne, hvor generaladvokaten på det konkrete plan formår at holde principperne adskilte og fremhæve den forskel, der er mellem dem. Det formår Domstolen ikke, og det er først med en henvisning til sagerne i sagen om Skummetmælkspulver-ansvar, at Domstolen får gjort klart, hvad det egentlig var, at den mente. Domstolen videreführer denne *slingrekurs* i Isoglucose-sagerne, hvor det igen er generaladvokaten, der formår at adskille begreberne, medens dette ikke er tilfældet for Domstolen. Ifølge *Emiliou* virker det, som om Domstolen i disse sager anser diskrimination og proportionalitet for at være et begreb. I en afgørelse fra 1984 formåede Domstolen dog at behandle de to principper hver for sig og udtalte, at proportionalitetsprincippet ikke medfører tilsidesættelse af en ordning, som er begrundet i, at der er tale om udbetaling af særligt høje beløb og særlig fare for svig. Emiliou fastslår, at proportionalitetsprincippet kun bør have relevans i forhold til diskrimination i de tilfælde, hvor en foranstaltning er bestemt som en hjælp til produktionen i Fællesskabet, hvor det er nødvendigt med en vis form for diskrimination, hvis formålet med foranstaltningen skal have nogen effekt. Baggrunden for vanskeligheden med at adskille proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet kan også ligge i det forhold, at de to principper har flere fællestræk. Begge principperne påtvinger lovgiveren en forpligtelse til at basere enhver differentiering eller begrænsning på rimelige kriterier, og begge principper indebærer

en test af rimeligheds- og sandsynlighedsbetragtninger. Da overtrædelser på konkurrenceområdet ofte kræver komplicerede økonomiske vurderinger, vil det derfor være lettere at falde tilbage på proportionalitetsbetragtninger og anvende disse i vurderingen. På trods af disse fællestræk vil det dog alligevel være tilrådeligt, at de to begreber adskilles i forbindelse med den konkrete vurdering.

Det er utvivlsomt EF-Domstolens udgangspunkt, at det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip ser ud som følger:

- Foranstaltningerne skal være *egnede* til at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser
- Foranstaltningerne skal være *nødvendige* til at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser. Såfremt der er mulighed for valg mellem flere egnede foranstaltninger, skal den *mindst bebyrdende* foranstaltning vælges, og
- Foranstaltningerne må *ikke være uforholdsmæssige* i forhold til de tilsigtede mål

Dette udgangspunkt kan der i og for sig ikke indvendes noget imod, men i de fleste tilfælde er verden desværre ikke så ideel, at man kan dele den op og putte den i kasser. Dette er da heller ikke tilfældet i hovedparten af de domme, som er gennemgået ovenfor. Alene opdelingen i to afsnit med titlerne *Ufuldstændig proportionalitetsvurdering*[2] og *Fuldstændig proportionalitetsvurdering*[3] peger i retning af, at udgangspunktet ikke følges slavisk i Domstolens praksis.

Set i bagklogskabens lys kan man sige, at Domstolens udgangspunkt i Internationale Handelsgesellschaft var *mere rigtigt*, end den selv var klar over, i og med at der blev foretaget en proportionalitetsvurdering omfattende alle tre led. Hvis man læser hele dommen igennem, bliver dette udgangspunkt måske ikke så overraskende endda. Da de præjudicielle spørgsmål er stillet af en tysk forvaltningsdomstol, vil denne også have en vis indvirkning på processen frem til Domstolens afgørelse i sagen. Ydermere er Internationale Handelsgesellschaft den første dom på området, så derfor var det naturligt, at EF-Domstolen lænede sig op ad den kendte udlægning af begrebet, som tysk ret stod for. En mulig forklaring kunne også være, at det var vigtigt for EF-Domstolen at gøre det *rigtige* i forhold til det daværende Vesttyskland, og at den af denne grund var meget tro mod den tyske udlægning af proportionalitetsprincippet.

---

2 Se ovenfor i 7.4.2, s. 391ff.

3 Se ovenfor i 7.4.3, s. 413ff.

I forhold til de sager, som er gennemgået ovenfor i forbindelse med den *ufuldstændige* proportionalitetsvurdering, kan man sige, at den mindst heldige handling fra Domstolens side foreligger i de sager, som indledes med en konstatering af, at proportionalitetsprincippet indeholder tre underled, og at der er tale om et grundlæggende princip i fællesskabsretten, og ender ud i en vurdering, som kun indeholder en vurdering af ét enkelt af underprincipperne. I Schräder og National Farmers Union ender Domstolen ud i en egnethedsvurdering, og i Lingenfelser ender den ud i en forholdsmæssighedsvurdering. Når Domstolen vurderer, som den gør i ovenstående sager, er det positive element, at der gives udtryk for en bevidsthed om, at proportionalitetsvurderingen indeholder flere led, men i Schräder og National Farmers Union er det negative, at man kun når til det første led i vurderingen. Hvis den pågældende foranstaltning er egnet, er det jo ikke ensbetydende med, at proportionalitetsprincippet er overholdt – foranstaltningen skal tillige være nødvendig og forholdsmæssig. I Lingenfelser er *skaden* måske ikke helt så stor, da det er det sidste led i proportionalitetsprincippet, som er genstand for bedømmelsen. Man kunne derfor formode, at Domstolen implicit finder, at den pågældende foranstaltning er egnet og nødvendig.

I de resterende sager *glemmer* Domstolen så at sige ét led i proportionalitetsvurderingen. I Skummetmælkspulver-sagerne er denne undladelse givetvis ikke så gal endda, da det er kravet om egnethed, som Domstolen ikke behandler. Man kunne sagtens forestille sig, at det blev forudsat, at kravet lå implicit i kravet om nødvendighed. I de resterende sager (OBEA, Denkavit France, Buitoni og Fromançais) er forholdet ikke helt så ligetil, her er det nemlig forholdsmæssighedsvurderingen, som undlades. Det vil altså sige, at proportionalitetsvurderingen ikke *gøres færdig*, og at vi derved ender *midt i vadestedet*. Man kunne forsvare Domstolens anvendelse, hvis der var tale om, at resultatet blev, at den pågældende foranstaltning ikke fandtes nødvendig, og at det af denne grund ikke var relevant at fortsætte vurderingen, men det er der ikke tale om. I Denkavit og OBEA findes den pågældende foranstaltning at være nødvendig i forhold til formålet. Man kunne derfor godt have ønsket, at Domstolen havde gjort proportionalitetsvurderingen færdig.

Tilsvarende problemer findes selvfølgelig ikke for så vidt angår den *fuldstændige* proportionalitetsvurdering. I disse afgørelser behandler Domstolen alle tre led i proportionalitetsvurderingen. Det bliver derfor mere interessant at se på, om Domstolen er kommet videre end til at konstatere, at proportionalitetsprincip-

pet indeholder et krav om nødvendighed, eller om der rent faktisk finder en konkret nødvendighedsvurdering sted. I Internationale Handelsgesellschaft kommer Domstolen frem til, at kravet om import- og eksportlicenser er et nødvendigt (og velegnet) middel for de kompetente myndigheder til på den mest effektive måde at gribe ind på kornmarkedet. Domstolens behandling af nødvendighedsbetingelsen i Schröder er den mest omfattende i de domme, som gennemgås i denne fremstilling. Spørgsmålet i sagen var, om en foranstaltning er nødvendig som følge af tilstedeværelsen af en forstyrrelse, eller trussel om en alvorlig forstyrrelse, af markedet for tomatkoncentrat i Fællesskabet som følge af den i sagen omhandlede import. Domstolen finder det rimeligt, at Kommissionen har medtaget et yderligere forhold end stabiliseringen af markedet i sin vurdering. Forholdet vedrører sikring af en rimelig levestandard for landbefolkningen. I sagen findes også et krav om, at den tidsmæssige varighed af en given foranstaltning skal være *strengt nødvendig*. Dette indebærer nødvendigvis et krav om en konkret tidsfastsættelse. Ifølge Domstolen kan det godt stemme overens med et tilsigtet mål at indføre en foranstaltning for en ubestemt varighed. Geografiske begrænsninger kan kun betragtes som nødvendige, hvis det ikke skader foranstaltningens effektivitet, når den frie varebevægelse tages i betragtning. Ifølge Domstolen forudsætter et forbuds unødvendighed, at den anfægtede foranstaltning er uegnet til at opnå andre formål end det, som består i at fjerne forbrugernes bekymringer. Domstolen finder yderligere, at de pågældende handelshindringer og konkurrencefordrejninger under hensyntagen til beskyttelsen af folkesundheden ikke kan ske ved mindre indgribende foranstaltninger. Afgørelsen i National Dried Fruit viser en *art undergrænse* for nødvendighedsvurderingen. I sagen havde Kommissionen fastsat en udligningsafgift som en fast pris svarende til forskellen mellem minimumsprisen og den laveste pris på verdensmarkedet. Domstolen fandt ikke, at Kommissionen havde godtgjort, at ordningen med udligningsafgiften var nødvendig for at nå formålet med den pågældende forordning.

I flere af de ovenstående sager har Domstolen inddraget yderligere betingelser ud over dem, som direkte fremgår af proportionalitetsprincippet. Disse yderligere betingelser vedrører fællesskabsinstitutionernes skøn på landbrugspolitikkens område og komplicerede økonomiske foranstaltninger. Når det handler om fællesskabsinstitutionernes skøn på det landbrugspolitiske område, skal der være tale om *åbenbart uhensigtsmæssige foranstaltninger*, for at proportionalitetsprincippet anses for tilsidesat. Domstolen har

inddraget denne yderligere betingelse i afgørelserne i Schräder, National Farmers Union og Fedesa. Vedrørende de komplicerede økonomiske foranstaltninger udtaler Domstolen i Schröder, at Kommissionen ved iværksættelsen af en omstridt foranstaltning ikke er gået ud over det nødvendige for at nå målet (stabilisering af markederne og sikring af en rimelig levestandard for landbefolkningen), da der er tale om foretagelse af en kompliceret økonomisk prognose i forbindelse med fastsættelsen af de pågældende priser. Endnu et undtagelsestilfælde findes i Denkavit Nederland, hvor den pågældende foranstaltning ikke findes at være i strid med proportionalitetsprincippet, fordi den er vedtaget på et område, hvor der er tale om særligt høje beløb, og hvor der er særlig fare for svig.

Med undtagelse af de ovennævnte yderligere betingelser i forhold til proportionalitetsvurderingen er det spørgsmålet, om ikke Domstolen et langt stykke hen ad vejen accepterer fællesskabsinstitutionernes foranstaltninger, blot der er tale om, at der foretages en konkret vurdering i det enkelte tilfælde eller sagt på en anden måde, at der foretages et skøn. Underkendelse af Fællesskabsinstitutionernes foranstaltninger finder oftest sted i de sager, hvor der så at sige skabes en statisk situation, i form af eksempelvis en fast pris. I sådanne tilfælde er det selv ved små overtrædelser lettere for Domstolen at konstatere en brud på proportionalitetsprincippet.

I forhold til en proportionalitetsvurdering af nationale foranstaltninger er det væsentligt at være opmærksom på, at princippet ikke nødvendigvis anvendes i sin mest absolutte form i de sager, hvor en national foranstaltning indskrænker anvendelsen af en traktatsikret frihedsrettighed. Man kan sige, at proportionalitetsvurderingen kommer til at indbefatte en yderligere dimension, som gør, at vurderingen af nationale foranstaltningers overensstemmelse med proportionalitetsprincippet bliver kompleks. Grundlæggende set kan man tale om, at de nationale myndigheder skal anvende midler, der gør det muligt effektivt at nå det mål, der forfølges med national ret, men samtidig skal de nationale foranstaltninger gøre det mindst mulige indgreb i de af den pågældende fællesskabslovgiver opstillede formål og principper.

På trods af ovenstående indvendinger i forhold til EF-Domstolens anvendelse af proportionalitetsprincippet må der ikke herske nogen tvivl om, at proportionalitetsprincippet er et fundamentalt og vigtigt princip i EU-retten. Princippets tætte sammenhæng med den tyske variant af princippet illustreres af følgende citat:

"Even if it can be assumed that the proportionality principle as used in Community Law had its origins in German law, it would be to permature to place the Community law principle and its German counterpart on the same footing, even in its subsidiary aspects. On the one hand, account must be taken of the fact that the relevant German principle is based on a very old tradition and has, in the course of a century, experienced many concrete applications. By contrast, the Community law proportionality principle has been increasingly applied in the case law of the Court of Justice only since the early seventies and is for that reason less concrete in its application than its German counterpart. On the other hand, it needs to be recalled that the Court consists of judges and Advocates-General trained in variety of legal systems. Thus an English lawyer does not have the same experience of the proportionality principle, in its concrete expression, as his German colleague. Nevertheless, as an Advocate-General, he will certainly apply the Community law proportionality principle. Accordingly, when the Court uses expressions such as 'suitability' and 'necessity' as it is common in German law, it will normally do so in order to give concrete expression to the general principle of proportionality, without necessarily indicating a total degree of harmony with the German terminology and theory on this subject."[4]

9.3 Nordisk offentlig ret

Formålet med afhandlingens kapitel 8 har været at se på specielt to områder, statsforfatningsret og forvaltningsret, hvor der er udviklet et proportionalitetsprincip uafhængigt af EU-retten, for herigennem at undersøge omfanget af disse særligt danske proportionalitetsprincipper.

Det er utvivlsomt, at der gælder et proportionalitetsprincip i forhold til *de politiske frihedsrettigheder* i grundloven, men princippet er ikke konkretiseret på en måde, som gør det umiddelbart anvendeligt i praksis. Det kan have sine grunde deri, at indgrebet for det *første* ikke må gribe ind i de bærende beskyttelsesinteresser, og for det *andet* at den pågældende foranstaltning skal ske til varetagelse af *væsentlige* offentlige interesser. Poul Andersen har som den eneste danske forfatter nævnt et egnethedskrav i forbindelse med ytringsfriheden i grundlovens § 79, men dette krav er ikke senere hen behandlet, så det kan nok ikke opstilles som et egentligt vurderingsparameter. Betydningen af proportionalitetsvurderingen er i forholdet til de politiske frihedsrettigheder, at der skal ske en afvejning, men princippet er endnu ikke udviklet derhen, hvor vurderingen

[4] Schwarze, s. 855.

sker ud fra de konkrete kriterier, som er set opstillet inden for tysk ret og EU-retten. Denne udvikling er så at sige allerede ved at ske, men ikke med en isoleret påvirkning fra dansk ret. De politiske frihedsrettigheder er også underlagt den proportionalitetsvurdering, som kommer fra EMRK – en vurdering, som må siges at være snævrere, og derfor mere anvendelig, end den rent danske.

Det område inden for statsforfatningsretten, hvor anvendelsen af proportionalitetsprincippet er behandlet mest indgående, er i forbindelse med reglerne om *ekspropriation* i grundlovens § 73. Proportionalitetsvurderingen kan litterært spores helt tilbage til 1929 i Vinding Kruses fremstilling om ejendomsretten. Den første dom vedrørende det ekspropriationsretlige proportionalitetsprincip blev afsagt i 1935. Det interessante ved udviklingen på dette retsområde er, at princippet er blevet udviklet uden påvirkning fra EU-retten. Det er dog primært kravet om nødvendighed, som er blevet vurderet i forbindelse med ekspropriation, således at vurderingen er gået på, om indgrebet rationelt kan begrundes. Udviklingen er endt ud i en vurdering af, om det konkrete ekspropriationsindgreb går videre, end det er påkrævet til opnåelse af ekspropriationsformålet, og herunder at det eksproprierede areal ikke er større end nødvendigt, og at der også foreligger en tidsmæssig nødvendighed, som dog modificeres med hensyn til byplanlægning. Inden for de senere år er retspraksis på området gået i retning af en proportionalitetsvurdering, som indeholder kriterier, der i høj grad svarer til de i tysk ret og EU-retten kendte. I sagen om kirkegårdsudvidelsen fra 1988 indlagde landsretten både en egnetheds- og en nødvendighedsvurdering, og i sagen om Als Sund anlagde landsretten en nødvendigheds- og en forholdsmæssighedsvurdering. I forbindelse med den førstnævnte sag kunne man dog spørge, om ikke anvendelse af et nødvendighedskriterium ville have ført til det samme resultat, som landsretten kommer frem til ved en kombination af egnetheds- og nødvendighedsvurderingen. Kravet om nødvendighed begrænser således ikke lovgivningsmagtens vurdering af, hvilke saglige formål der skal forfølges, men vedrører alene, hvorledes disse hensyn kan tilgodeses. Dette kan for eksempel ske ved anvendelsen af mindre indgribende midler end ekspropriation eller ekspropriation i mindre omfang end først antaget. Proportionalitetsbetragtningerne øger således opmærksomheden mod, at borgeren skal beskyttes mod urimelige indgreb, og hjælper med til at fastsætte en rimelig balance mellem hensynet til ejeren og lovgivningsmagtens behov for at kunne realisere forfulgte almene hensyn.

Det statsforfatningsretlige proportionalitetsprincip er, ligesom

det er tilfældet med det tilsvarende tyske og EU-retlige, funderet i ligheds-, rimeligheds- og retssikkerhedsbetragtninger, som alle mennesker vel principielt kan tilslutte sig. Derved vil udgangspunktet for proportionalitetsprincippet så at sige være det samme, uanset i hvilken retning princippet kan siges at have bevæget sig. *Michael H. Jensen* giver udtryk for, at det ligger i sagens natur, at princippet mangler eksakt indhold, men at den blotte tanke på princippet leder tanken i den rigtige retning. Princippet bliver således til en grundbetragtning eller en prøvelsesstandard ved indgreb i relevante grundlovssikrede rettigheder. Et almindeligt gældende proportionalitetsprincip i statsforfatningsretten vil være udtryk for nogle naturlige betragtninger i en demokratisk retsstat. Princippet vil ikke have et præcist indhold men dog alligevel et operativt indhold, der modificeres af domstolsanvendelsen. Domstolene vil kun tilsidesætte en lov, hvis denne er åbenbart stridende mod et uskrevet forfatningsretligt proportionalitetsprincip.

Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip kan afgørelsesmæssigt spores helt tilbage til en enkelt højesteretsdom fra midten af 1930'erne om forbud mod ildelugtende varer. Højesteret, ikke landsretten, bruger en proportionalitetsvurdering til at understrege, at forbuddet har haft den fornødne hjemmel i den pågældende regel i sundhedsvedtægten, og at det ikke i sagen var oplyst, at forbuddet gik ud over, hvad formålet krævede. I en note til dommen fastslår Højesteret, at domstolene normalt ikke kan foretage denne bedømmelse, men at der kan forekomme tilfælde, hvor et forbud går så klart ud over, hvad formålet kræver, at domstolene alligevel vil være berettigede til at tilsidesætte det. Forvaltningsretlige fremstillinger begyndte først at omtale et proportionalitetsprincip i slutningen af 1960'erne. Men terminologien var dog anderledes, princippet gik under betegnelsen *det mindste middels princip*. En terminologi som stammer fra tysk ret, og som nok er mere sigende end proportionalitetsprincippet.

Bent Christensen anser det for utvivlsomt, at skønsudøvelsen i dansk forvaltningsret er underkastet en almindelig grundsætning om proportionalitet, men ligesom det er tilfældet ved andre lignende retsgrundsætninger, er problemet at give princippet et nogenlunde håndgribeligt indhold. Men på trods af, at proportionalitetsprincippet ikke kan udformes håndfast, er det alligevel nyttigt, da det leder tanken i en retning, som i den enkelte afgørelsessituation kan være frugtbar. Disse betragtninger er tilsvarende dem, som Michael H. Jensen har fremsat vedrørende et muligt statsforfatningsretligt proportionalitetsprincip. Bent Christensen har ganske givet ret i sine

antagelser om, at der eksisterer et proportionalitetsprincip i dansk forvaltningsret, men spørgsmålet i forhold til problemstillingen i denne afhandling er, om man kan tale om en egentlig underopdeling af princippet, som det ses i tysk ret, eller om en sådan opdeling er for vidtgående.

Bent Christensen taler om et nødvendighedskrav i forbindelse med særligt indgribende retsfølger. Forfatteren nævner også et forholdsmæssighedskrav, men bemærker, at der ikke er nogen skarp sondring mellem de to. Han giver udtryk for, at levereglen om at prøve med det gode først er en mellemting.

Proportionalitetsprincippet er konkret anvendt som vurderingskriterium i afskedigelsessager, hvor det i nyere praksis er et gennemgående træk, at kommunen skal forsøge at omplacere den pågældende, hvis det er muligt, inden den pågældende afskediges. Baggrunden for dette krav skal formentlig søges i, at de pædagogmedhjælpere, som i de konkrete sager var sigtet for seksuelle overgreb på børn, endte med at blive frikendt i forhold til alle sigtelser.

I 2004 blev der vedtaget to danske love, som lovfæster proportionalitetsprincippet. Retssikkerhedslovens § 2 bærer overskriften *Proportionalitetsprincippet*. Bestemmelsen indeholder et krav om, at forvaltningens tvangsindgreb kun må anvendes, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, og hvis indgrebet står i rimeligt forhold til formålet med indgrebet. Loven indeholder yderligere et proportionalitetsprincip i relation til det egentlige tvangsindgreb. Dette princip findes i lovens § 7. Politilovens § 16 indeholder et mere detaljeret proportionalitetsprincip, hvor kravene om nødvendighed og forholdsmæssighed findes direkte i lovteksten. Da der er tale om et krav om proportionalitet i forhold til politiets magtanvendelse, vil dette proportionalitetsprincip have flere lighedspunkter med det, som skal anvendes i forbindelse med behandling af personoplysninger.

Bent Christensen var den første forfatter, som undersøgte, om der fandtes et *egnethedskrav* i dansk forvaltningsret. Det, som er interessant ved hans artikel, er, at rækkefølgen i proportionalitetsvurderingen ikke er tilsvarende den, som er kendt fra tysk ret og fra EU-retten. Det er forfatterens opfattelse, at både formålsbetragtninger og proportionalitetsprincippet bygger på mål/middel-tankegange, og at det praktiske problem er at få målet angivet så klart, at det kan opfylde sin *styrende funktion*. Bent Christensen finder ikke, at man med brugen af formålsbetragtninger og proportionalitetsprincippet har udtømt mulighederne for at anvende mål/middel-tankegange. En tredje variant skulle være at spørge, om midlet er egnet

til at opnå formålet med. Hvis domstolene ikke anser dette krav for opfyldt, skulle reaktionen være en tilsidesættelse af den administrative afgørelse, som udgør midlet. Bent Christensen har senere fastslået, at grundsætningen om egnethed er *"temmelig selvfølgelig som rettesnor for forvaltningen". Karsten Revsbech* er den forfatter, som senest har forsøgt at påvise eksistensen af et egnethedskrav i dansk forvaltningsret. På baggrund af tre tænkte eksempler giver forfatteren udtryk for en eksplicit eller underforstået påstand om, at egnethedskravet er det eneste eller i hvert tilfælde det bedst anvendelige grundlag for en underkendelse. Det er Revsbechs opfattelse, at egnethedskravet ikke kan ses som en del af hverken kravet om nødvendighed eller af kravet om forholdsmæssighed. Han er dog af den opfattelse, at de begge vil kunne supplere kravet om egnethed. Det er dog karakteristisk for begge forfattere, at de har været nødsaget til at anvende tænkte, frem for konkrete og praktiske eksempler for at kunne påvise egnethedskravets eksistens. Videre har ingen af de to forfattere været i stand til at konstruere deres tænkte eksempler på en sådan måde, at egnethedskravet har kunnet stå først, og alene, som målestok for bedømmelsen, således at en foranstaltning ville blive tilsidesat udelukkende på denne baggrund.

Svensk forvaltningsret kom senere i gang med anvendelsen af proportionalitetsprincippet end dansk og norsk forvaltningsret. Princippet fandtes godt nok før 1995, men det havde ikke noget specielt klart retsgrundlag, og det er svært at finde eksempler på dets anvendelse i retspraksis. I anvendelsen af proportionalitetsprincippet i svensk forvaltningsretlige afgørelser er det væsentligt at være opmærksom på, at der henvises specifikt til det proportionalitetsprincip, som er udviklet i europæisk ret. I svensk ret er den helt centrale afgørelse Barsebäck-dommen, hvor svensk ret, så at sige, tog et *kvantespring* i retning af udviklingen af et treleddet proportionalitetsprincip efter europæisk forbillede. I *Lundblad og Warnsbys* behandling af Regeringsrättens afgørelse i Barsebäck tages et fornuftigt udgangspunkt for behandlingen af proportionalitetsprincippet, nemlig i den *almene interesse*, hvis eksistens er udgangspunktet ved bedømmelsen af alle tre underled i proportionalitetsprincippet. Det er således eksistensen af en almen interesse, som skal tilgodeses med en påtænkt given foranstaltning. I Barsebäck var der tale om en almen interesse, som bestod i omstilling af energisystemet – heri var afviklingen af kernekraften ét led. Inden dommen i Barsebäck var svensk retspraksis meget begrænset i forhold til en vurdering af *egnethedskriteriet*. Dette kan skyldes specielt to forhold. For det *første* er de foranstaltninger, som lovgiver og myndigheder anven-

der, sjældent direkte uegnede i forhold til deres formål. Domstolen finder for det *andet*, at egnethedsspørgsmålet mere er af skønsmæssig natur, og den er af denne grund tilbageholdende med at prøve den vurdering, som lovgiveren eller myndighederne har foretaget. Konkret foretager Regeringsrätten prøvelsen af egnetheden ud fra midlet (inddragelse af tilladelsen til drift) i stedet for ud fra formålet (omstilling af det svenske energisystem). Dette medfører en betydelig indskrænkning i kriteriets rækkevidde, og det bliver ikke muligt at opstille en meningsfuld prognose over, om effekterne af indgrebet kan bidrage til at opfylde formålet. I Barsebäck-sagen havde den svenske regering ikke forklaret eller antydet, hvordan en fortsat omstilling af energisystemet skulle foregå. Derfor bliver det vanskeligt at afgøre, om lukning af den pågældende reaktor er en foranstaltning, som er til gavn for denne omstilling. Regeringsrätten foretager også vurderingen af *nødvendighedskriteriet* i forhold til midlet i stedet for i forhold til formålet. Domstolen anser således inddragelsen af en driftstilladelse som en nødvendig foranstaltning i en kernekraftafvikling, som både omfatter privat- og statsejede reaktorer. Regeringsrätten finder ikke, at det er muligt at give princippet større rækkevidde i en sag som den pågældende. I forbindelse med kravet om *forholdsmæssighed* slås det fast, at myndighedernes skønsfrihed skal inddrages, og at myndighederne i mange afvejningsspørgsmål har en betydelig skønsmargen. Yderligere findes det, at en underkendelse af myndighedernes foranstaltninger i sådanne tilfælde kun vil finde sted, når der er et *klart misforhold* mellem den almene interesse i foranstaltningen og det, som foranstaltningen medfører for den enkelte. Dette udsagn er ikke indvendingsfrit og vil kunne få den ejendommelige konsekvens, at råderummet for en tillæmpelse af proportionalitetsprincippet bliver større, hvis der er tale om en snæver skønsmargen. I sådanne tilfælde vil kravet for underkendelse af et myndighedsindgreb være, at der er misforhold – og ikke klart misforhold – mellem det almenes og den enkeltes interesse i den pågældende foranstaltning. En bred skønsmargen vil også kræve en omhyggelig beskyttelse af den enkeltes retssikkerhed, så ikke-proportionale indgreb forhindres.

Sammenfattende kan man sige, at Regeringsrätten har haft det rigtige udgangspunkt i Barsebäck-sagen, nemlig en intention om at beslutningen om at lukke den pågældende kernekraftreaktor skulle undergives en proportionalitetsvurdering, der var inspireret af det princip, som er udviklet i europæisk ret. Domstolen formår desværre ikke at opfylde intentionen om en treleddet proportionalitetsvurdering. Prøvelsen af både egnethedskriteriet og nødvendig-

hedskriteriet indskrænkes, fordi prøvelsen foretages i forhold til det valgte middel i stedet for i forhold til det opstillede formål. Barsebäck-dommen viser således samtidig, at proportionalitetsprincippet ikke er umiddelbart anvendeligt, hvis prøvelsen indskrænkes. Man kan også sige, at den indskrænkede prøvelse af egnetheds- og nødvendighedskravet viser noget om, hvilket vanskeligt princip vi har at gøre med.

Det er på ingen måde muligt at være uenig med Lundblad og Warnsby i betragtningen om, at interesseafvejningen efter proportionalitetsprincippet kun er meningsfuld, hvis den kan ske efter tilstrækkeligt præcise kriterier. Disse kriterier kan siges at findes i EU-retten, men den svenske domstol har ikke formået at anvende dem efter deres indhold.

I denne forbindelse er det min opfattelse, at Regeringsrättens dom i Barsebäck-sagen viser, at det i forbindelse med en proportionalitetsvurdering er hensigtsmæssigt at tage udgangspunkt i det proportionalitetsprincip, som er udviklet inden for EU-retten. Dette også på områder, som principielt ikke er omfattet af denne retsorden. Hvis udgangspunktet tages i dette princip, vil det også være vanskeligere for de nationale domstole at fravige det udgangspunkt for vurderingen, som er udviklet af EF-Domstolen. De nationale domstole kan ikke tage udgangspunktet i det europæiske proportionalitetsprincip, og, så at sige, udvikle deres eget nationale princip, hvis det europæiske princip ikke lige passer ind i konteksten eller fører til en skærpet vurdering af nationale foranstaltninger.

I Regeringsrättens efterfølgende afgørelse fra 2001 om *strandskydd* foretages ikke en fuldstændig proportionalitetsvurdering, men udelukkende en vurdering af forholdsmæssigheden. Det er derfor op til Regeringsrättens fremtidige praksis at vise, om den treleddede vurdering, som blev foretaget i Barsebäck, er en *enlig svale*, eller om den er starten på en konsekvent fuldstændig proportionalitetsvurdering fra Regeringsrätten.

Med hensyn til spørgsmålet, om der findes et proportionalitetsprincip i *norsk forvaltningsret*, og hvor omfattende dette er, er det svært at trække klare linjer op. Gravers betragtninger er utvivlsomt yderst fornuftige, men det virker, som om de norske domstole endnu ikke har været i stand til at udføre den retsanvendelse, som Graver efterspørger.

Samlet set kan man sige, at nærværende afsnit har vist, at der findes en treleddet proportionalitetsvurdering. Princippets oprindelse skal findes i tysk ret, som også har vist sig mest konsekvent i brugen af alle tre led. Tysk ret har også haft indflydelse på princippets

introduktion i fællesskabsretten og national ret. I fællesskabsretten var det en tysk forvaltningsdomstol, som påberåbte sig princippet i Internationale Handelsgesellschaft. I dansk ret er princippet specielt udviklet i forbindelse med ekspropriation. I fællesskabsretten er udgangspunktet utvivlsomt, at princippet indbefatter tre led, nemlig kravene om egnethed, nødvendighed og forholdsmæssighed, men EF-Domstolen er ikke konsekvent i anvendelsen af alle tre led, og det er problematisk i de tilfælde, hvor den samlede proportionalitetsvurdering ikke færdiggøres. Proportionalitetsprincippet er i flere tilfælde blevet lovfæstet i dansk ret, og det øger princippets anvendelsesmuligheder i den konkrete retsanvendelse. Afsnittet har understreget formålets betydning i relation til den samlede proportionalitetsvurdering, som kun bliver brugbar, hvis testen foretages i forhold til formålet med en given foranstaltning og ikke i forhold til eksempelvis det valgte middel til opnåelse af formålet.

Del IV

Klarlægning af nødvendighedskriteriet

Kapitel 10

Nødvendighedskriteriet isoleret

10.1 Afhandlingens problemstilling

Formålet med nærværende fremstilling er, som det indledningsvis er fastslået, at klarlægge, hvad der ligger i det krav om nødvendighed, som indgår i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser. Afhandlingens Del II har beskæftiget sig med den persondataretlige del af problemstillingen og således fremdraget nødvendighedskriteriet og proportionalitetsprincippet i persondataloven og persondatadirektivet, og herunder i EMRK. Afhandlingens Del III tager udgangspunkt i proportionalitetsprincippet og den udvikling og anvendelse, som princippet har været genstand for i tysk ret, fællesskabsretten og nordisk offentlig ret. Formålet med afhandlingens Del III har således været at kortlægge indholdet i dette overordnede princip, hvori kravet om nødvendighed er ét af tre underprincipper, for at anvende dette til at udfylde nødvendighedskriteriet i persondataloven, samt at sætte dette krav om nødvendighed ind i en mere overordnet proportionalitetsmæssig sammenhæng.

Den umiddelbare forbindelse mellem de centrale behandlingsbestemmelser i persondataloven og proportionalitetsprincippet fremkommer således ved disse centrale bestemmelsers krav om nødvendighed i forhold til opregnede behandlingsformer. Kravet om nødvendighed indgår også som det andet led af det treleddede proportionalitetsprincip, hvor det første led er et krav om egnethed, og det tredje led er et krav om forholdsmæssighed. Med baggrund i dette forhold vil det være nærliggende at anvende proportionalitetsprincippet i forbindelse med klarlægningen af indholdet i nødvendighedskriteriet i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser.

Den problemstilling, som søges løst i denne afhandling, kompliceres af, at indholdet af det treleddede proportionalitetsprincip ikke

er fast på alle de retsområder, som inddrages i afhandlingen. Princippet er, lidt populært udtrykt, karakteriseret ved, at alle kender princippet og dets værdi som afvejningsnorm, men at meget få er i stand til at give det et så konkret anvendeligt og ensartet indhold, at det kan anvendes enslydende på de retsområder, hvor det har relevans. Proportionalitetsprincippets anvendelse vanskeliggøres yderligere af princippets manglende materielle indhold. Dette kommer også til udtryk i den spændvidde, som ses i den retspraksis, som er berørt hidtil i denne afhandling. Konkret er princippet bl.a. anvendt i forhold til fællesskabsretlige landbrugsstøtteordninger, tyske fælleskørselscentraler, lukning af et svensk kernekraftværk, ekspropriation til stier og golfbaner, afskedigelse af pædagogmedhjælpere i forbindelse med anklager om overgreb på børn, kommunal kameraovervågning og anvendelse af biometri i færgefart.

Klarlægningen af nødvendighedskriteriet i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser kunne tage sit udgangspunkt to steder. *Enten* kunne udfyldningen starte bredt med udgangspunkt i ydergrænsen for behandling af personoplysninger, nemlig god databehandlingsskik og så efterfølgende indsnævres via proportionalitetsprincippet for at ende i nødvendighedskriteriet isoleret. *Eller* udfyldningen kunne vendes om, således at udgangspunktet blev taget i den isolerede nødvendighedsvurdering, som efterfølgende udvides via nødvendighedskravets placering i den treleddede proportionalitetsvurdering for at ende i god databehandlingsskik. Den sidstnævnte model er valgt her. Dette valg skyldes, at nødvendighedskriteriet i persondataloven er det centrale for denne afhandling. Opbygningen af nærværende Kapitel 10 er samtidig udtryk for en konstatering af, at denne vurdering ikke kan stå alene. For det *første* fordi behandlingsreglerne i persondatalovens §§ 6-8 ikke kan anvendes isoleret, uden at de grundlæggende betingelser i lovens § 5 inddrages. For det *andet* fordi anvendelsen af nødvendighedsvurderingen tyder på, at vi har at gøre med en del af en proportionalitetsvurdering, og at betydningen af de resterende to kriterier, egnethed og forholdsmæssighed, i vurderingen derfor må vurderes. Hvis udfyldningen blev foretaget indskrænkende, ville det blive vanskeligt at få helt klare konturer af kravet om nødvendighed frem, da selve indsnævringen ville medføre, at dele af nødvendighedsvurderingen skulle behandles inden klarlægningen af denne. Den valgte model for klarlægning af nødvendighedskriteriet stemmer også overens med den metode, som konkret anvendes i persondataloven, hvor de centrale behandlingsbestemmelser i §§ 6-8 anvendes før de grundlæggende bestemmelser i § 5. § 5, stk. 2, er dog und-

taget, da kravene i denne bestemmelse skal opfyldes i forbindelse med indsamling af oplysninger. Af samme grund er bestemmelsen medtaget i nærværende kapitel og ikke, som de øvrige relevante bestemmelser i § 5, i det følgende kapitel.

10.2 Personoplysninger og behandling

Personoplysning og behandling er meget grundlæggende begreber i persondataloven og persondatadirektivet. De anvendes begge i en stor del af lovens bestemmelser. Begge begreberne afgrænses meget bredt, og dette understreges i Datatilsynets praksis, hvor undergrænsen for, hvad der skal forstås ved personoplysninger, blev sat meget lavt i sagen om Projekt JANUS.[1] De tilfælde, hvor det kun er muligt for indviede at forstå, hvem en oplysning vedrører, omfattes også af begrebet. Denne brede afgrænsning af begreberne medfører, at stort set alle former for oplysninger, som på den ene eller den anden måde kan henføres til en person, og alle tænkelige former for behandling falder ind under de respektive begreber. På trods af at alle tænkelige former for behandling skal henføres under behandlingsbegrebet, er det ikke ensbetydende med, at alle behandlingsformer er lige indgribende i forhold til den registrerede. *Videregivelse* skal betragtes som en særlig indgribende form for behandling, fordi der er risiko for, at den registrerede ikke er klar over, hvem oplysningerne videregives til, samt til hvilke formål de anvendes. Den brede afgrænsning af begrebet personoplysning er heller ikke ensbetydende med, at alle former for personoplysninger undergives den samme form for regulering. Persondatadirektivet skelner mellem to kategorier af oplysninger, almindelige og følsomme, medens persondataloven har en kategori ud over direktivets to, nemlig semifølsomme oplysninger.

Differentieringen i forhold til de enkelte *behandlingsformer* har også betydning i forhold til nødvendighedskriteriet, således at kravene i relation til den nødvendige behandling stiger i kraft med dennes indgribende karakter. Der skal stilles større krav til nødvendigheden af en samkøring eller en videregivelse end til nødvendigheden af, at der sker indsamling og registrering med henblik på den dataansvarliges eget brug. Differentieringen skal ske til trods for, at persondataloven gælder for enhver operation eller række af operationer, som personoplysninger gøres til genstand for, jf. definiti-

1 2004-54-1508 ovenfor afs. 3.2.1, s. 91.

onen i lovens § 3, nr. 2. Dette er tilsvarende for *personoplysningernes* vedkommende, hvor nødvendighedskriteriet er strengere i forhold til de følsomme oplysninger, end det er i forhold til de almindelige oplysninger. På trods af, at der her skitseres en forskellig anvendelse af nødvendighedskriteriet inden for begge begreberne personoplysning og behandling, vil undergrænsen stadig skulle placeres forholdsvis højt. Dette skyldes, at der er tale om foranstaltninger, som griber ind i den enkeltes fundamentale rettigheder og friheder, jf. også nedenfor i afsnit 10.7 om nødvendig behandling af personoplysninger. Der er således ikke tale om, at der skal foretages en mild nødvendighedsvurdering, hvis en dataansvarlig indsamler almindelige personoplysninger til eget brug.

10.3 Almindelige ctr. følsomme oplysninger

Det helt overvejende udgangspunkt er, at det efter persondataloven og -direktivet er tilladt at behandle almindelige oplysninger, hvis den pågældende behandling er nødvendig i forhold til én af de behandlingssituationer, der er opregnet i de centrale behandlingsbestemmelser. I modsætning hertil er behandling af de følsomme oplysninger som udgangspunkt forbudt.

Det forhold, at kravet om nødvendighed er indsat i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser, fører til, at den vurdering, som skal foretages i forbindelse med den dataansvarliges konkrete behandling af personoplysninger, vil afhænge af, hvilken type af oplysning, der er tale om. Det grundlæggende forbud mod behandling af følsomme oplysninger vil føre til, at den dataansvarlige skal være yderst varsom med at behandle denne oplysningstype med baggrund i en nødvendighedsvurdering. Dette forhold er også understreget i Datatilsynets praksis, hvor det i sagen om behandling af følsomme oplysninger om misbrugere[2] fastslås, at oplysninger om pårørende kun rent undtagelsesvis vil kunne behandles uden samtykke med hjemmel i § 7, stk. 2, nr. 4. Det er dog en forudsætning, at der er iværksat de fornødne tiltag med henblik på at få indhentet samtykket, samt at det ud fra en konkret vurdering er fundet *klart nødvendigt* at inddrage oplysninger om de pårørende i behandlingsforløbet. Der er således tale om en særlig skærpet nødvendighedsvurdering, da der er tale om bipersoner og om særdeles følsomme oplysninger.

---

2 2000-53-0118, DÅ 2001, s. 37ff. ovenfor i afs. 3.5.3, s. 213f.

Den tætte sammenhæng mellem persondataloven og lovens fællesskabsretlige ophav, persondatadirektivet, medfører, at det ikke vil være muligt *i videst muligt omfang* at administrere behandlingsreglerne i §§ 6-8 på en sådan måde, at der ikke – uden samtykke – registreres og videregives personoplysninger i videre udstrækning end efter registerlovene. Det vil således ikke være muligt at underlægge de semi-følsomme oplysninger den samme høje beskyttelse som de følsomme oplysninger. Dette er også understreget af EF-Domstolen i Lindquist-sagen. I forbindelse med besvarelse af spørgsmålet, om en medlemsstat kan have en mere vidtgående beskyttelse af personoplysninger eller et videre anvendelsesområde end det, der følger af direktivet, selvom der ikke foreligger nogen af de forhold, som er opregnet i direktivets artikel 13,[3] kommer Domstolen frem til, at harmoniseringen af de nationale lovgivninger ikke er begrænset til minimumsharmonisering, men fører til en principielt fuldstændig harmonisering, og at det er i dette perspektiv, at persondatadirektivet tilsigter den frie udveksling af personoplysninger. Spørgsmålet er, om ikke dansk persondataret 6 år efter persondatalovens ikrafttræden er ved at være moden til en erkendelse og en konstatering af, at påvirkningen på området er europæisk og ikke dansk registerretlig.

I denne sammenhæng kunne der argumenteres for, at der ikke ville være noget til hinder for, at Danmark opretholdt den tidligere opregning af rent private oplysninger i forbindelse med den rent interne behandling af personoplysninger, som ikke indeholder et grænseoverskridende element. Ud over det uhensigtsmæssige i at regulere uens nationalt og på fællesskabsplan på områder, hvor den overordnede regulering er fællesskabsretlig, vil der kunne peges på to yderligere forhold, som taler imod denne form for differentieret regulering på det persondataretlige område. For det *første* er det overordnede formål med direktivet at beskytte fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, og især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger, jf. art. 1, stk. 1. Medlemsstaterne må videre ikke indskrænke eller forbyde udvekslingen af disse oplysninger, jf. art. 1, stk. 2. For det *andet* er det understreget af EF-Domstolen i ÖRF,[4] at der ikke kan stilles krav om, at der rent faktisk skal foreligge en tilknytning til den frie bevægelighed mellem medlemsstater. Det er Domstolens opfattelse, at en modsat fortolkning ville medføre usikre og ubereg-

[3] Den pågældende artikel omhandler undtagelser og begrænsninger i forhold til bl.a. art. 6, stk. 1.

[4] Forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01 ovenfor afs. 3.7.5.1, s. 255ff.

nelige grænser for direktivets anvendelsesområde. Dette ville være i strid med direktivets grundlæggende formål, nemlig en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes nationale retsakter for at fjerne de hindringer for det indre markeds funktion, som netop hidrører fra forskellige nationale lovgivninger. Domstolens præmisser i ÖRF fører således til, at det ikke vil være muligt, at man i forbindelse med en *rent intern dansk behandling* af personoplysninger opretholder den sondring, som var gældende under registerlovene - og stadig er gældende i forvaltningsloven.

10.4 Finalité-princippet

Lovfæstningen af finalité-princippet i persondatalovens § 5, stk. 2, medfører, at det nu er et lovkrav, at det formål, som nødvendighedsvurderingen skal foretages i forhold til, bliver fastsat i forbindelse med indsamlingen af personoplysninger. Finalité-princippet indeholder yderligere krav om, at det pågældende formål skal angives udtrykkeligt og sagligt. Hvis den dataansvarlige har opfyldt kravene i finalité-princippet, må man formode, at det vil blive lettere for denne at foretage den nødvendighedsvurdering, som findes i lovens §§ 6-8. Ydermere må man formode, at der er større sandsynlighed for, at den konkrete nødvendighedsvurdering vil lykkes, da det er den dataansvarlige selv, som skal foretage de relevante overvejelser i forbindelse med fastlæggelsen af formålet med en given behandling. Denne vil således være klar over, hvilket formål nødvendighedsvurderingen skal foretages i forhold til eller op imod. Tidligere i afhandlingen er det påpeget, at vanskeligheden i forbindelse med sammenligningen af en foranstaltning med *noget andet*, var at karakterisere det *noget andet*.[5] Dette *noget andet*, som en given foranstaltning skal sammenlignes med, fastsættes via finalité-princippet på det persondataretlige område.

Som det er bemærket ovenfor, medfører finalité-princippet ikke udelukkende krav om fastsættelse af formålet i en konkret behandlingssituation. Princippet indeholder yderligere krav om udtrykkelighed, saglighed, og at behandlingen ikke efterfølgende må være uforenelig med det oprindeligt fastsatte formål. Kravet om udtrykkelighed hænger tæt sammen med selve formålsangivelsen. Formålet med den konkrete behandling skal angives så tilstrækkelig veldefineret og velafgrænset, at der skabes klarhed og åbenhed

[5] Christensen, Bent: Forvaltningsret, 2. udg., s. 202.

vedrørende behandlingen. Kravet om saglighed vedrører overordnet set, om den konkrete indsamling af oplysninger sigter mod at løse opgaver, som falder inden for myndighedens eller virksomhedens kompetenceområde eller lovlige virksomhedsområde. En børnehave kan således sagligt indsamle oplysninger om børnene, som relaterer sig til det at drive en børnehave. Det vil eksempelvis være sagligt at indsamle og opbevare en oplysning om, at et barn har fødevareallergi eller sukkersyge, medens det ikke vil være sagligt at indsamle oplysninger om forældrenes årsindkomster. Kravet om, at efterfølgende behandling af de indsamlede oplysninger ikke må være uforenelig med det oprindelige formål, er af flere juridiske forfattere blevet udlagt således, at dette ikke er til hinder for udvekslingen af oplysninger mellem offentlige myndigheder samt disse myndigheders interne anvendelse af indsamlede oplysninger.[6] Jeg er ikke enig i dette udsagn. Udtrykket *ikke uforenelig* skal forstås således, at offentlige myndigheder har mulighed for at udveksle oplysninger eller anvende disse uden fornyet indhentelse af samtykke, hvis der er *konsistens* i anvendelsesformålet eller tale om en marginal ændring i formålet i forhold til det oprindelige indsamlingsformål. Yderligere kan dette ene krav i § 5, stk. 2, ikke betragtes isoleret. For det *første* kan bestemmelsen ikke anvendes som eneste hjemmel for intern anvendelse eller videregivelse til andre myndigheder. Der skal også være hjemmel i persondatalovens øvrige behandlingsbetingelser. For det *andet* skal kravet ses i sammenhæng med de øvrige grundlæggende krav i persondatalovens § 5. Disse yderligere krav til fastsættelse af formålet er ensbetydende med en større konkretisering af formålet. Jo mere konkret et behandlingsformål er angivet, desto større er sandsynligheden for, at nødvendighedsvurderingen lykkes.

Angivelse af mange formål med en given behandling medfører ikke nødvendigvis, at denne er i strid med bestemmelserne i § 5. I afgørelsen om Jubii A/S[7] blev det i relation til logning og opbevaring af kommunikationsdata udtalt, at en opbevaringsperiode på ét år lå inden for rammerne af persondatalovens § 5. Dette på trods af at der var angivet flere formål med logningen.[8] Det forhold, at mange

---

6 Korfitz Nielsen og Henrik Waaben: Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, s. 131 og Fenger: Forvaltning og fællesskab, s. 284ff. med henvisninger.

7 2002-219-0136 ovenfor afs. 3.3, s. 105f.

8 Skabelse af en sikker chat, hjælpe politiet i form af udlevering af oplysninger i tilfælde af mistanke om lovovertrædelser, udelukkelse af brugere, som skaber ballade eller misbruger chatten.

børn og unge benytter den pågældende chat, tillægges betydning i denne sammenhæng.

Formålets betydning for nødvendighedsvurderingen eller proportionalitetsvurderingen blev også understreget af den svenske forvaltningsdomstols afgørelse i Barsebäck-sagen. I denne sag var det Regeringsrätten, som skulle opstille det formål, som nødvendighedsvurderingen (og forholdsmæssighedsvurderingen) skulle foretages i forhold til. I persondataloven er fastsættelsen af formålet og krav til dette lovfæstet. Det vil derfor være de dataansvarlige, som i første omgang skal fastsætte dette, inden en behandling påbegyndes og ikke, som det var tilfældet i den svenske sag, domstolene eller de administrative myndigheder, der skal gøre dette efterfølgende inden den egentlige vurdering af en foranstaltnings nødvendighed (eller de to øvrige led i proportionalitetsprincippet).[9] I Barsebäcksagen blev nødvendighedsvurderingen og proportionalitetsvurderingen foretaget i forhold til det middel, som var anvendt i forbindelse med afviklingen, i stedet for i forhold til formålet med afviklingen af kernekraften. Der blev således tale om en indsnævring af nødvendighedsvurderingen og proportionalitetsvurderingen, som ikke havde baggrund i en meget indgribende foranstaltning over for den enkelte, men i, at vurderingen blev foretaget i forhold til midlet og ikke formålet med afviklingen af kernekraften.

Spørgsmålet er, om selve angivelsen af det enkelte formål kan have betydning for nødvendighedsvurderingen. Der tænkes ikke på den situation, hvor formålet angives så bredt, at det ikke overholder kravene i persondatalovens § 5, stk. 2, men på om det har betydning for proportionalitetsvurderingen, at der angives henholdsvis et snævert eller et bredt formål med en konkret behandling af personoplysninger inden for disse lovfæstede rammer. Umiddelbart vil jeg mene, at der skal svares bekræftende på det stillede spørgsmål. Hvis man tænker sig den situation, at en kommune konstaterer en stigende grad af hærværk på ca. en tredjedel af kommunens skoler. Kommunen ønsker at opstille kameraer på kommunens skoler for at opklare dette. Fastsættelsen af formålet med denne overvågning kunne ske på to niveauer, som begge ville opfylde kravene til formålsangivelse i lovens § 5, stk. 2. Kommunen kunne opstille et bredt formål med behandlingen, således at denne havde til formål at forebygge og opklare hærværk på alle skoler i kommunen. Kom-

9 Som det tidligere er bemærket, har Bent Christensen også påpeget, at problemet er at få formålet angivet så klart, at det kan opfylde sin styrende funktion i forhold til proportionalitetsvurderingen.

munen kunne også vælge at opstille et smallere formål, således at overvågningen havde til formål at forebygge og opklare hærværk på lige netop den tredjedel af kommunens skoler, hvor der var konstateret stigende hærværk.

I det sidste tilfælde er der ikke tvivl om, at der vil være et lille spillerum for nødvendighedsvurderingen, da der er tale om en nødvendig foranstaltning i forhold til det opstillede formål, og at der også er tale om den mindst bebyrdende foranstaltning. I det første tilfælde ser situationen lidt anderledes ud. Hvis kommunen opsætter kameraer og iværksætter overvågning på alle kommunens skoler, og altså også de to tredjedele, hvor der ikke har kunnet konstateres nogen stigning i antallet af hærværkstilfælde, vil nødvendighedsvurderingen skulle spænde bredere. Foranstaltningen vil utvivlsomt være nødvendig i forhold til de skoler, hvor der er konstateret en stigning i antallet af hærværkstilfælde. Det er mere tvivlsomt i forhold til de skoler, hvor det ikke er tilfældet. Hvis det forudsættes, at de billeder, som optages, kun konsulteres i tilfælde af hærværk, og at disse slettes inden for en kortere periode, ca. 7 dage, vil resultatet sandsynligvis blive, at den konkrete overvågning betragtes som nødvendig, men det er på ingen måde sikkert, at den del af overvågningen, som vedrører skoler uden stigning i hærværk, vil kunne passere den sidste del af proportionalitetsvurderingen. Det er spørgsmålet, om ikke de bredt formulerede formål opfanges af det sidste led i proportionalitetsvurderingen, men denne konstruktion forudsætter, at vurderingen af kameraovervågningen ikke stopper efter nødvendighedsvurderingen.

Dette tænkte eksempel vil ikke uden videre kunne overføres til alle andre former for behandling. På nogle områder vil det ikke være muligt konkret at gennemføre overvågningen differentieret. Dette vil eksempelvis ikke være muligt i forbindelse med den videoovervågning, som foregår i busser og S-tog. Selv om det kun er enkelte linjer, hvor der er konstateret stigende hærværk eller vold mod ansatte, vil det ikke være muligt kun at installere overvågningen i de busser eller tog, som kører på de særligt udsatte linjer. Man vil ikke på forhånd kunne fastlægge, om en bus eller et S-tog kører på en given linje. I forhold til de særligt udsatte linjer vil det også være et problem, hvis de busser eller S-tog, som erstatter busser eller S-tog, der er gået i stykker, ikke har overvågningsudstyr. Det vil gøre det personale, som arbejder her, utrygge. Der vil derfor skulle tages et betydeligt hensyn til disse i vurderingen.

10.5 Fastlagt behandlingssituation

De fastlagte behandlingssituationer findes for de *almindelige* oplysningers vedkommende i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 2-6, for de *følsomme* oplysningers vedkommende i § 7, stk. 2, nr. 2 og 4, og for de *semi-følsomme* oplysningers vedkommende i § 8, stk. 1, in fine. I alle de nævnte bestemmelser er behandlingssituationen afgrænset bredt til eksempelvis overholdelse af en retlig forpligtelse, offentlig myndighedsudøvelse, udførelse af en opgave i samfundets interesse og fastlæggelse af retskrav. Den behandlingssituation, som er fastlagt i § 8, stk. 1, in fine kan ikke helt sidestilles med de øvrige bestemmelser. Her er der som udgangspunkt tale om et forbud mod, at den offentlige forvaltning behandler de opregnede typer af oplysninger. Dette forbud modificeres straks efterfølgende, således at de opregnede oplysninger godt kan behandles, hvis det er nødvendigt for varetagelsen af myndighedens opgaver.

Bestemmelserne i § 8, stk. 2, nr. 3-4, indeholder også en behandlingssituation, som er fastsat på forhånd, men bestemmelserne regulerer ikke behandling generelt, men kun *videregivelse*. Når man således ud fra ordlyden af den enkelte bestemmelse vil kunne konstatere, at der er tale om en særligt indgribende form for behandling, vil dette pege i retning af, at der skal foretages en streng nødvendighedsvurdering. Videre bør det også tillægges betydning, at de pågældende bestemmelser er udtryk for undtagelser til et generelt forbud mod videregivelse af semi-følsomme oplysninger i § 8, stk. 2. Dette forhold stemmer overens med udgangspunktet for så vidt angår de følsomme oplysninger i § 7, hvor det også er understreget, at det generelle forbud mod behandling af disse typer af oplysninger medfører, at den dataansvarlige skal være meget tilbageholdende med at behandle oplysninger med baggrund i en anvendelse af nødvendighedskriteriet.

De opregnede behandlingssituationer vil i alle tilfælde være for brede til, at de kan anvendes som formål for en behandling af personoplysninger. De fastlagte behandlingssituationer giver derfor de ydre rammer, som den konkrete behandling skal foregå inden for. Finalité-princippet skal således afgrænse formålet for den konkrete behandling yderligere i forhold til de opregnede behandlingssituationer.

Det forhold, at mange af de ydre rammer for nødvendighedsvurderingen er givet på forhånd, medfører et lille spillerum for selve nødvendighedsvurderingen. Dette er, fordi formålet med en given behandling er fastlagt på forhånd. Den konkrete behandlingssitu-

ation, som nødvendighedsvurderingen skal foretages op imod, er ligeledes fastlagt på forhånd. Dette medfører, at risikoen for, at vurderingen mislykkes for den dataansvarlige, mindskes. I modsætning hertil skal det tillægges betydning, at den konkrete vurdering i første omgang skal foretages af en dataansvarlig, som ikke er underlagt krav om specielle persondataretlige kompetencer, inden den konkrete behandling påbegyndes. Det vil, alt andet lige, være lettere at foretage den krævede vurdering, hvis elementerne i denne er nogenlunde fastlagt på forhånd. Umiddelbart virker det, som om den behandling af personoplysninger, som foregår i forhold til en behandlingssituation, der er fastlagt på forhånd, har størst sandsynlighed for at lykkes, da der er mindst spillerum for de variable, som skal udfyldes af den enkelte dataansvarlige. Dette ses også i Datatilsynets praksis. Få af de afgørelser, som har været behandlet i nærværende fremstilling, har hjemmel i bestemmelser, hvor behandlingssituationen er fastlagt.[10]

10.6 Ikke-fastlagt behandlingssituation

Behandlingssituationen er ikke fastlagt i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7 (almindelige oplysninger) og § 8, stk. 4 (private dataansvarliges behandling af semi-følsomme oplysninger). I persondatalovens § 8, stk. 2, nr. 2, og § 8, stk. 5, der regulerer henholdsvis den offentlige forvaltnings og privates videregivelse af semi-følsomme oplysninger, er behandlingssituationen heller ikke fastlagt, men bestemmelserne indeholder ikke krav om, at den ikke-fastlagte behandlingssituation skal vejes op mod et krav om nødvendighed, så derfor er de ikke umiddelbart relevante her. Når behandlingssituationen ikke er fastlagt på forhånd, fremstår den pågældende bestemmelse uden et egentligt objektivt indhold. Bestemmelsernes konkrete indhold defineres således af den konkrete behandlingssituation. Som det er fremgået af Datatilsynets praksis på området, rummer bestemmelsen mange forskelligartede behandlingssituationer. Det være sig offentlig og privat kameraovervågning, offentliggørelse af oplysninger, herunder billeder, på internettet, offentliggørelse og videregivelse af oplysninger, som ikke sker via internettet, og markedsføring på baggrund af medlemsoplysninger.

10 Det drejer sig samlet set om tre afgørelser. Enkelte afgørelser har både hjemmel i § 6, stk. 1, nr. 6, og § 6, stk. 1, nr. 7, og er derfor behandlet i forbindelse med den sidstnævnte bestemmelse.

Hvis de omkringliggende betingelser er opfyldt i tilstrækkelig grad, er spørgsmålet om ikke reguleringen via nr. 7 vil være lige så god som den, der gives efter de bestemmelser i persondataloven, hvor behandlingssituationen er fastlagt på forhånd. Det forhold, at bestemmelsen umiddelbart ikke har et konkret indhold, medfører ikke, at der ikke skal fastsættes et udtrykkeligt angivet og sagligt formål efter § 5, stk. 2. Det medfører heller ikke, at nødvendighedsvurderingen ikke skal differentieres, alt efter hvilken form for behandling der er tale om. Det springende punkt i bestemmelsen er, om afvejningen mellem den dataansvarlige og den registrerede bliver foretaget tilfredsstillende i forhold til begge de parter, som der skal tages hensyn til ifølge bestemmelsen. Her kan det have betydning, at det i første omgang er den dataansvarlige, som skal foretage afvejningen. Hvis den dataansvarlige konkret kommer frem til, at dennes berettigede interesse vejer tungere end hensynet til den registrerede, er kravet om nødvendighed med til at opretholde beskyttelsen af den registrerede. Yderligere vil de generelle regler i § 5, herunder specielt kravene om proportionalitet og god databehandlingsskik, skulle overholdes i forbindelse med den konkrete behandling.

I forhold til de bestemmelser, hvor behandlingssituationen er fastlagt på forhånd, og nødvendighedsvurderingen *blot* skal foretages i forhold til et formål, som ligger inden for denne behandlingssituation, vil nødvendighedsvurderingen komme ind på et senere tidspunkt, end når behandlingssituationen ikke er fastlagt. Her skal formålet ligge inden for den afvejning, som skal foretages efter bestemmelsen. Det er først efter, at afvejningen mellem den dataansvarliges berettigede interesse og hensynet til den registrerede er foretaget og faldet ud til fordel for den dataansvarlige, at nødvendighedsvurderingen kommer ind i billedet. Man kan sige, at bestemmelsen skal have et objektivt indhold, som falder ud til fordel for den dataansvarliges berettigede interesse, før nødvendighedsvurderingen bliver relevant. Dette tilsvarer vel egentlig de bestemmelser i persondataloven, hvor nødvendighedsvurderingen skal foretages i forhold til en behandlingssituation, som er fastsat på forhånd. Hvis ikke den konkrete behandling omfattes af situationen i den enkelte bestemmelse, bliver nødvendighedsvurderingen ikke aktuel.

De tilfælde, hvor behandlingssituationen ikke er fastsat på forhånd, har visse lighedspunkter med det tredje led i proportionalitetsvurderingen, som er klarlagt i afhandlingens Del III. Kravet om forholdsmæssighed handler også om afvejning af interesser, der som udgangspunkt er modsatrettede. Det er dog væsentligt at have

for øje, at forholdsmæssighedsvurderingen handler om en afvejning af en behandlings formål i forhold til den anvendte foranstaltning, medens reglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, handler om en afvejning af den dataansvarliges berettigede interesse i forhold til hensynet til den registrerede. Isoleret set er der altså tale om en vurdering, som ikke indbefatter hensyntagen til formålet med en given behandling.

Afgørelsen vedrørende Antipiratgruppen[11] viser, at der kan være så mange modstridende forhold i forbindelse med afvejningen efter § 6, stk. 1, nr. 7, at Datatilsynet giver udtryk for, at det konkrete spørgsmål bør forelægges domstolene. Datatilsynets afgørelse falder i det konkrete tilfælde ud til fordel for de registrerede, således at der ikke kan udleveres oplysninger om IP-adresser fra teleselskaberne til Antipiratgruppen. Afgørelsen er meget konkret derved, at det bliver fastslået, at Antipiratgruppen har en berettiget interesse i at få oplysninger om IP-adresser fra teleselskaberne. I modsætning til denne berettigede interesse er der meget væsentlige hensyn at tage til de registrerede, da udlevering af de pågældende oplysninger kan have betydelige konsekvenser for disse. Den sammenkædning af oplysninger, som sker efter udlevering fra teleselskaberne til Antipiratgruppen, kan føre til oplysninger om formodede strafbare forhold vedrørende en identificeret person. Datatilsynet inddrager også hensynet til forholdet mellem teleselskaberne og kunderne, hvor sidstnævnte har en forventning om, at oplysningerne ikke gøres tilgængelige, medmindre der foreligger en retskendelse.

10.7 Nødvendig behandling af personoplysninger

Den kortlægning af proportionalitetsprincippet, og herunder dettes krav om nødvendighed, som er sket i afhandlingens Kapitel 6, fører på det grundlæggende plan til, at der er skabt klarhed over fundamentet for det krav om nødvendighed, som er gennemgående i nærværende afhandling. Det er utvivlsomt, at kravet har sin oprindelse i det af tysk ret udviklede princip om *Grundsatz der Erforderlichkeit*. Kravet medfører, at en foranstaltning ikke må gå videre, end det er nødvendigt. Dette krav anses for opfyldt, når det ikke er muligt at finde et mindre indskrænkende middel til opnåelse af

[11] 2002-219-0135, DÅ 2003, s. 80ff. ovenfor i afs. 3.3.4, s. 153 og i afs. 3.4.3.2.3, s. 184.

det opstillede mål. Benævnelsen *det mindste middels princip* har således sin oprindelse i tysk ret. I forhold til nødvendighedskriteriets oprindelse tales i EU-retten om, at der skal være tale om nødvendige foranstaltninger i forhold til målet, og at der ved valgmuligheder skal vælges den mindst bebyrdende foranstaltning.

Kravet om nødvendighed er den del af den fællesskabsretlige grundsætning om proportionalitet, som kommer tættest på kernen i det danske proportionalitetsprincip. I fællesskabsretten er det også denne del af grundsætningen, som i praksis både er den vigtigste indskrænkning af myndighedernes handlefrihed og den hyppigste underkendelsesgrund ved prøvelsesinstanserne.[12] I Fællesskabsretten fungerer proportionalitetsprincippet som et krav om, at retsfølgen tilpasses den netop foreliggende situation.[13]

Både dansk offentlig ret og fællesskabsretten anlægger en forskellig strenghed i den krævede nødvendighedsvurdering alt efter sagens karakter. Jo hårdere retsakten rammer private interesser, desto mere må forvaltningen sikre sig, at retsfølgen ikke går videre end nødvendigt for at opfylde det lovlige formål. Hvor der er tale om et indgreb i en fundamental rettighed – eller der i øvrigt er tale om et byrdefuldt indgreb – må det nøje undersøges, om mindre indgribende midler i tilstrækkelig grad vil kunne fremme målet.[14] Behandlingen af personoplysninger vil i denne sammenhæng være at betragte som indgreb i en privat interesse, der karakteriseres som en fundamental rettighed. Der tales altså for en *hård/indgribende* nødvendighedsvurdering, hvor det nøje skal undersøges, om en mindre indgribende form for behandling vil kunne opfylde det opstillede behandlingsformål.

Dette udsagn fra *Fengers* side er uoverensstemmende med en påstand afgivet flere steder tidligere i dennes disputats, hvor der argumenteres for en *liberal fortolkning* af nødvendighedskriteriet i forhold til offentlige myndigheders interne anvendelse[15] samt en *lempelig fortolkning* af nødvendighedskravet i de situationer, hvor ikke-fortrolige oplysninger videregives til andre offentlige myndigheder.[16] Tidligere i denne afhandling er det blevet fremhævet, at *Blume* med baggrund i registerlovens regler har slået til lyd for en

---

12 Fenger, a. st., s. 636f.

13 Fenger, a. st., s. 638 med henvisning til Michael H. Jensen, s. 38 og Takis Tridimas, s. 105.

14 Christensen, Bent: Forvaltningsret, 2. udg., s. 202 og Fenger, a. st., s. 641.

15 Fenger, a. st., s. 283.

16 Fenger, a. st., s. 292.

mild vurdering af nødvendighedskriteriet.[17] Det kan ikke udelukkes, at den milde eller lempelige vurdering af nødvendighedskriteriet har bund i de forhold, at de to forfattere beskuer udfyldningen af kravet fra henholdsvis forvaltnings- og registerretten. Dette udgangspunkt er ikke hensigtsmæssigt på et retsområde som det persondataretlige, hvor der grundlæggende set er tale om beskyttelse af fundamentale rettigheder, der for de almindelige oplysningers vedkommende kun må behandles, når et krav om nødvendighed er opfyldt – medmindre der foreligger et samtykke fra den registrerede. Det er som udgangspunkt forbudt at behandle følsomme oplysninger, medmindre den registrerede har samtykket til behandlingen. I denne sammenhæng findes der ikke noget belæg for, at offentlige myndigheder som dataansvarlige skal behandles anderledes end andre dataansvarlige. Efter reglen i persondatalovens § 2, stk. 1, er det kun anden lovgivning, som giver den registrerede en bedre retsstilling, der går forud for reglerne i persondataloven.

Datatilsynets to afgørelser vedrørende foreningers markedsføring på baggrund af medlemsoplysninger understreger, at nødvendighedsvurderingen kan indsnævres eller bortfalde i forhold til den konkrete behandlingsform. I sagen om Ældre Sagen[18] falder interesseafvejningen ud til fordel for foreningen, fordi der er tale om, at behandlingen falder inden for foreningens vedtægter, samt at de pågældende oplysninger ikke blev videregivet. I sagen om Dansk Amatørfiskeriforening[19] er der tale om videregivelse, og altså en særlig indgribende form for behandling af oplysninger, derfor falder interesseafvejningen ud til fordel for de registrerede. Datatilsynet påpeger yderligere i afgørelsen, at den pågældende anvendelse og videregivelse af oplysninger er i strid med persondatalovens § 5, stk. 2, da den konkrete behandling ikke falder inden for foreningens formål eller vedtægter. Når der er tale om en interesseafvejning kan behandlingens indgribende karakter, i dette tilfælde videregivelse, føre til, at nødvendighedskriteriet slet ikke kommer ind i billedet.

Sagen om due diligence[20] kan betragtes som en slags modpol til dette udgangspunkt. Sælgers udlevering, eller videregivelse om

---

17 Dette udsagn findes i afs. 3.4, s. 158, Blume: Personoplysningsloven, s. 60 og tilsvarende Blume: Behandling af persondata - en kritisk kommentar, s. 87.

18 2000-216-0010, DÅ 2000, s. 41f., ovenfor afs. 3.4.3.2.4, s. 191.

19 2000-216-0016, DÅ 2000, s. 42f., ovenfor afs. 3.4.3.2.4, s. 192.

20 2000-210-0002, DÅ 2001, s. 35f., ovenfor afs. 3.4.3.2, s. 173.

man vil, af almindelige oplysninger (almindelige id-oplysninger, lønoplysninger, oplysninger om uddannelse eller arbejdsområde) til den mulige køber kan ske med hjemmel i § 6, stk. 1, nr. 7, under betingelse af *fortrolighed* mellem de to parter. Hvis dette udgangspunkt sættes i forhold til sagen om Økonomi- og Erhvervsministeriets offentliggørelse af løntillæg,[21] kan det konstateres, at det er kravet om fortrolighed i forhold til de konkrete oplysninger, som fører til, at § 6, stk. 1, nr. 7, kan anvendes som hjemmel for behandlingen. I den sidstnævnte sag afviser Datatilsynet, at offentliggørelsen af løntillæg kan ske til samtlige ansatte, fordi hensynet til den enkelte medarbejder må antages at overstige interessen i offentliggørelsen. Der lægges i denne forbindelse vægt på, at mange ansatte har en berettiget interesse i at holde oplysninger om deres indtægtsforhold for sig selv. Bestemmelsen kan derimod anvendes som hjemmel i de tilfælde, hvor der er tale om videregivelse af lønoplysninger til tillidsrepræsentanter og ansatte inden for samme overenskomstområde. Med henvisning til en tidligere afgørelse[22] lægges der vægt på, at videregivelsen måtte anses for at være *nødvendig* for, at både tillidsrepræsentanter og de pågældende ansatte kunne varetage deres interesser i relation til aftaler om løntillæg. Begge parters interesser anses for berettigede.

Karakteren af de behandlede oplysninger har også betydning. I sagen om terminaladgang til CRM[23] tillægges det afgørende vægt, at de pågældende oplysninger for en stor dels vedkommende er sammenfaldende med oplysninger, som er offentliggjort i bilbogen. I sagen opsættes der dog en forudsætning om, at der kun gives adgang til oplysninger, der er *nødvendige* i forhold til den enkelte dataansvarliges berettigede interesse. Oplysningernes karakter tillægges ligeledes vægt i sagen om tildeling af boligstøtte.[24] Konkret anerkendes Boligministeriets interesse i at digitalisere boligstøttesagerne på en enkel måde, men Datatilsynet understreger, at denne interesse skal afvejes i forhold til bl.a. kravet om *nødvendighed*. Oplysninger om personers indtægtsforhold anses at have fortrolig karakter og vil således ikke normalt kunne udleveres til private. Oplysningernes karakter er også den afgørende faktor for interesseafvejningen i sagen om offentliggørelse af personoplysninger i forbindelse med en afskedigelse.[25] Udgangspunktet er, at den pågældende virksom-

21 2003-321-0225, ovenfor afs. 3.4.3.2.3, s. 188.
22 2000-214-0007.
23 2002-321-0168, DÅ 2002, s. 59f., ovenfor afs. 3.4.3.2.3, 183.
24 2002-321-0174, DÅ 2002, s. 69ff., ovenfor i afs. 3.4.3.2.3, s. 185.
25 2003-211-0053, ovenfor afs. 3.4.3.2.3, s. 187.

hed havde en berettiget interesse i at informere de øvrige ansatte om, at den pågældende medarbejder var fratrådt, og at der ikke var ansat en ny medarbejder i den afskedigede medarbejders stilling. I den konkrete situation anså Datatilsynet det dog ikke for *nødvendigt* at offentliggøre så detaljerede oplysninger, som det var tilfældet. Det var blevet offentliggjort, at der undervejs i ansættelsesforholdet havde været uoverensstemmelser vedrørende samarbejde og udnyttelse af arbejdstiden, og at problemerne var blevet søgt afhjulpet med faglige kurser samt kommunikations- og adfærdskurser, og endelig at disse kurser ikke havde medført ændringer, som var omfattende nok til, at den pågældende medarbejder kunne bestride den omhandlede stilling.

Sluttelig kunne man stille spørgsmålet, om det er muligt at isolere nødvendighedskravet i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser, således at der ikke inddrages yderligere forhold i forbindelse med udfyldningen. Jeg mener, at spørgsmålet skal besvares benægtende. For det *første* viser en række afgørelser fra Datatilsynet om interesseafvejningsreglen, at tilsynet, så at sige, *springer over* nødvendighedsvurderingen og går direkte fra en konstatering af, at denne falder ud til fordel for den dataansvarlige, til at understrege, at det er en *klar* forudsætning for den pågældende behandling, at persondatalovens grundlæggende krav om proportionalitet overholdes. Dette var tilfældet i sagerne om kameraovervågning i busserne i Århus Sporveje[26] og i Høje-Taastrup Kommune[27] og i sagen om videregivelse af oplysninger til Randers Energi.[28] Dette er ligeledes tilfældet i sagen om terminaladgang til CRM,[29] hvor bestemmelserne i § 5 dog ikke skal betragtes som klare forudsætninger for behandlingen men skal indgå i bedømmelsen af videregivelsens lovlighed på lige fod med interesseafvejningsreglen.[30]

For det *andet* viser de netop behandlede afgørelser, at selv i de afgørelser, som er tættest på en isoleret anvendelse af nødvendighedskriteriet, inddrages yderligere betingelser eller forhold i den konkrete situation. Dette drejer sig eksempelvis om fortrolighed.

For det *tredje* vil en anvendelse af proportionalitetsprincippet som en treleddet vurdering, som det er skitseret i afhandlingens

---

26 2003-52-2308, ovenfor afs. 3.3.3.2, s. 146 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 178.

27 2003-313-0149, ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 143 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 182.

28 2003-323-0101, ovenfor i afs. 3.4.3.2.3, s. 191.

29 2002-321-0168, DÅ 2002, s. 59f., ovenfor afs. 3.4.3.2.3, 183.

30 Tilsvarende ses i den norske Datatilsynsafgørelse om kameraovervågning i NSB Persontog ovenfor i afs. 3.4.3.2.2, s. 180.

Del III, medføre, at den samlede vurdering ikke er *gjort færdig*, fordi princippets sidste led om forholdsmæssighed springes over. En behandling af personoplysninger kan godt tænkes at opfylde kravet om nødvendighed og uden at det efterfølgende krav om forholdsmæssighed opfyldes. I tysk rets anvendelse af proportionalitetsprincippet er der ligeledes krav om, at alle tre separate led i proportionalitetsprincippet skal være opfyldt, for at en given foranstaltning kan anses for at være proportional. Grundsatz der Erforderlichkeit kan således ikke stå alene. I forbindelse med gennemgangen af de afgørelser fra EF-Domstolen i afhandlingens afsnit 7.4.2 viste det sig også meget uheldigt, når Domstolen efter en konstatering af, at en given foranstaltning var nødvendig, ikke gjorde den samlede proportionalitetsvurdering færdig. Lige netop dette forhold var også et af kritikpunkterne i forhold til generaladvokat *de Lamothes* udledning af proportionalitetsprincippet, hvor han argumenterede for, at proportionalitetsprincippet skulle udledes af TEF art. 34. Som det efterfølgende blev påpeget af *E.-W. Fuss*, kan en foranstaltning godt opfylde nødvendighedskravet og stadig være uforholdsmæssig. Blot fordi man vælger den foranstaltning, som har de mindst indgribende følger, er det ikke ensbetydende med, at den valgte foranstaltning når over undergrænsen for forholdsmæssighed.

Med baggrund i ovennævnte sætter det følgende kapitel i afhandlingens Del IV kravet om nødvendighed i forhold til det overordnede proportionalitetsprincip, som findes i persondatalovens § 5, stk. 3, samt i forhold til de to øvrige led i proportionalitetsvurderingen. Sluttelig berøres det overordnede og grundlæggende krav om god databehandlingsskik og dettes betydning i forbindelse med nødvendighedsvurderingen.

Kapitel 11

Nødvendighedskriteriet og proportionalitetsprincippet

I en lang række af de afgørelser, som er truffet af Datatilsynet med hjemmel i persondatalovens §§ 6-8, understreges det, at en konkret behandling af personoplysninger tillige skal opfylde de grundlæggende krav i persondatalovens § 5. I forhold til problemstillingen i denne afhandling er det selvfølgelig bestemmelsen i § 5, stk. 3, 2. led, der indeholder krav om, at de indsamlede oplysninger ikke må *"omfatte mere, end hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil oplysningerne indsamles, og de formål, hvortil oplysningerne senere behandles"*, som er mest interessant. Det er med andre ord et lovkrav, at der skal være *proportionalitet* mellem det eller de opstillede formål og indsamlingen og den efterfølgende behandling af oplysninger.

På andre retsområder end det persondataretlige ser det ud til, at proportionalitetsprincippet er ved at gennemgå en udvikling, hvor det går fra at være et almindeligt, uskrevet princip til at være lovfæstet. Konkret er dette sket i forbindelse med vedtagelsen af henholdsvis retssikkerhedsloven og politiloven. Retssikkerhedsloven er særegen derved, at lovens § 2 direkte bærer overskriften *proportionalitetsprincippet*. I persondataloven er princippet ikke direkte nævnt i forbindelse med den relevante bestemmelse, men må uddrages af lovens tekst. På trods af at princippet er en lovfæstning af det almindelige proportionalitetsprincip i forvaltningsretten, og at den retstilstand, der var gældende før vedtagelsen, ikke ændres, skal man se det positive i, at princippet nu fremgår direkte af en skreven lov og derfor bliver lettere at konsultere i konkrete tilfælde. Forvaltningsmyndighederne har således pligt til at undersøge, om mindre indgribende midler ville være egnede til at tilgodese hensynet til en effektiv kontrolindsats. I modsætning til det umiddelbare udgangspunkt i forbindelse med behandling af personoplysninger er der overladt et betydeligt skøn til forvaltningsmyndighederne ved afgørelsen af, om der findes mindre indgribende og egnede midler til

tvangsindgreb. Det vil høre til sjældenhederne, at myndighederne får anledning til at gå ind i en egentlig proportionalitetsvurdering, når kontrolbesøg udtrækkes via stikprøve. Retssikkerhedslovens § 7 lovfæster et proportionalitetsprincip, som gælder i forbindelse med det egentlige tvangsindgreb. Proportionalitetsprincippet træder dog ikke lige så klart frem som i lovens § 2.

Den lovfæstning af proportionalitetsprincippet, der findes i politilovens § 16, er mere detaljeret end den, der findes i retssikkerhedsloven. Den pågældende bestemmelse indeholder to af underprincipperne i proportionalitetsprincippet, nemlig kravet om *nødvendighed* og kravet om *forholdsmæssighed*. Litteraturen vedrørende bestemmelsen berører også det første krav i proportionalitetsprincippet. Der skal foretages en konkret vurdering af, hvilket magtmiddel der må anses for *egnet* og herunder vil kunne medføre mindst skade samlet set. Kravet om nødvendighed og rimelighed medfører, at der som udgangspunkt ikke må anvendes kraftigere magtmidler i de situationer, hvor en konkret vurdering fører til, at almindelig fysisk magt anses for tilstrækkelig. Lovens krav om rimelighed eller forholdsmæssighed vedrører forholdet mellem magtanvendelsen og den interesse, der søges beskyttet, eller det beskyttede gode. Der vil således kunne tænkes situationer, hvor det mindst indgribende af de egnede og nødvendige midler er for indgribende, og politiet således må afstå fra at anvende magt.

Hvis det proportionalitetsprincip, som findes i retssikkerhedsloven, skal sættes i forhold til det tilsvarende i politiloven, må man sige, at der er mindre margen for den vurdering, der skal foretages efter sidstnævnte lov. Baggrunden for denne forskellighed skal formentlig primært søges i to forhold. For det *første* er der kun tale om en rent undtagelsesvis anvendelse af princippet i retssikkerhedsloven i de situationer, hvor der er tale om anvendelse af tvangsindgreb i forbindelse med stikprøvevis kontrolbesøg. Man kan sige, at princippet anvendes som *ydergrænse* eller *sikkerhedsnet* i forbindelse med forvaltningens tvangsindgreb. For det *andet* er der i forbindelse med politiets magtanvendelse tale om indgreb, som kan komme meget tæt på det enkelte menneske, og derfor er der logisk tale om et lille spillerum i forbindelse med vurderingen af de enkelte led i proportionalitetsvurderingen. Der er vel ingen, som vil være uenig i, at det vil være langt ude af proportioner, hvis politiet trak staven eller anvendte et endnu kraftigere magtmiddel i forbindelse med en færdselsforseelse, som bestod i, at en bilist havde kørt 140 km/t på en vejstrækning, hvor den tilladte hastighed var 80 km/t. Den proportionalitetsvurdering, der skal foretages efter politilovens §

16, ligger tættere op ad den vurdering, som skal foretages i forbindelse med behandling af personoplysninger.

Proportionalitetsprincippet giver indhold og mening i forbindelse med beskyttelsen af *fundamentale rettigheder*. Princippet relaterer sig ikke blot til én af disse rettigheder, men til dem alle. Princippet tjener til aktualisering og effektivisering af beskyttelsen af de grundlæggende frihedsrettigheder og opfylder samtidig et formål om at opnå en hensigtsmæssig balance mellem modstridende hensyn. I Internationale Handelsgesellschaft[1] gik den forelæggende ret[2] endda så langt som til at betegne proportionalitet som en fundamental rettighed i den betydning, at det enkelte menneske ikke må få sin handlefrihed beskåret, ud over hvad der er nødvendigt for almenvellet. At betragte proportionalitetsprincippet som en fundamental rettighed i sig selv må nok betragtes som for vidtgående i forhold til både EU-retten og EMRK. I tysk ret ses sammenhængen mellem proportionalitetsprincippet og grundrettighederne også i forbindelse med udledningen af førstnævnte. Det er fastslået, at princippet delvis er udledt af grundrettighederne. I UfR 1999.1798H (rockerdommen)[3] anvendes proportionalitetsprincippet i forhold til loven om forbud mod ophold i bestemte ejendomme, og altså ikke i forhold til grundlovens § 79 om forsamlingsforbud. Man kan sige, at proportionalitetsvurderingen foretages i forhold til en grundrettighedsbeskyttelse. I arbejdsdokumentet om biometri[4] understreger art. 29-Gruppen betydningen af beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af biometriske oplysninger og forbinder den regulering af området, som foregår på nationalt og fællesskabsretligt plan, med den regulering, som foregår via EMRK. På trods af, at den menneskeretlige beskyttelse ikke berøres i art. 29-Gruppens udtalelse om behandling af personoplysninger i forbindelse med videoovervågning,[5] må det antages, at de udtalelser, som er givet på det biometriske område, også er gældende her. EMD's dom i Peck-sagen[6] viser ligeledes, at de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder også beskyttes i forbindelse med kameraovervågning.

I Schröder[7] baseres sagsøgerens argumentation på proportiona-

1 Sag 11/70 ovenfor i afs 7.2.1.1, s. 352ff.
2 Verwaltungsrecht Frankfurt am Main – også den forelæggende ret i Schröder.
3 Ovenfor i 8.2.1.2, s. 438.
4 WP 80, behandlet ovenfor afs. 3.3.3.1, s. 136ff.
5 WP 89, behandlet ovenfor afs. 3.3.3.2, s. 149ff.
6 Peck vs. United Kingdom af 28. januar 2003, ovenfor afs. 4.2.1, s. 294ff.
7 Sag 40/72 ovenfor i afs. 7.4.3, s. 415ff.

litetsprincippet, således at borgerens frihed kun bør underkastes begrænsninger i det omfang og med de midler, som er nødvendige til i almenvellets interesse at nå et særligt mål. Indgrebet skal være nødvendigt i sig selv, og blandt de mulige midler til virkeliggørelsen af målet bør man på den ene side anvende det, som er egnet til at gøre det muligt i almenhedens interesse at nå det fastsatte mål, og på den anden side anvende det, som gør det mindst mulige indgreb i borgernes rettigheder. Det forhold, at det er sagsøgernes argumenter i Internationale Handelsgesellschaft og Schröder, som viser den tætte forbindelse mellem det tyske og det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip, er ikke underligt. Begge forelæggelser er tyske og kommer fra den samme ret, nemlig Verwaltungsrecht Frankfurt am Main.

Den *treleddede opdeling af proportionalitetsprincippet* har været klar fra Bundesverfassungsgericht siden slutningen af 1950'erne. På trods af den tidlige opdeling af princippet er udgangspunktet for den tyske variant principielt det samme, som det er inden for andre retsområder, nemlig at forholdet mellem middel og formål skal manifestere sig som rimeligt. Man kan lidt firkantet sige, at den treleddede opdeling kun bliver relevant, hvis proportionalitetsprincippet skal anvendes som mere end en overordnet afvejningsnorm, hvor alle anvendere i og for sig er klar over indholdet.[8]

Hvis proportionalitetsprincippet skal anvendes i forhold til konkrete foranstaltninger, og i denne afhandlings sammenhæng i forhold til behandling af personoplysninger, er en underopdeling af princippet således klart at foretrække. I denne underopdeling vil det være mest naturligt at tage udgangspunkt i den opdeling, som ses i både tysk ret og fællesskabsretten.[9]

Proportionalitetsprincippet indeholder således følgende tre led:

- Foranstaltningerne skal være *egnede* til at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser
- Foranstaltningerne skal være *nødvendige* til at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser. Såfremt

8 Jf. også de indledende bemærkninger til kap. 10 ovenfor s. 516f.

9 Med Domstolens dom i Fedesa fra 1990 blev der utvivlsomt udviklet en tredeling af proportionalitetsprincippet. Denne opdeling er stort set sammenfaldende med den tyske opdeling. På trods af, at man skal helt frem til 1990 for at se en klar udmelding fra EF-Domstolen om princippets opdeling, kan der alligevel trækkes tråde helt tilbage til Internationale Handelsgesellschaft i påbegyndelsen af en underopdeling, der svarede til tysk rets.

der er mulighed for valg mellem flere egnede foranstaltninger, skal den *mindst bebyrdende* foranstaltning vælges, og
- Foranstaltningerne må *ikke være uforholdsmæssige* i forhold til de tilsigtede mål

På trods af, at proportionalitetsprincippet har sin oprindelse i tysk ret, samt at det gennem årene har udviklet sig i nordisk offentlig ret, vil det i sidste ende være EF-Domstolen, som skal udfylde det nødvendighedskriterium og proportionalitetsprincip, som findes i persondatadirektivet og i de nationale lovgivninger, som implementerer dette direktiv. I forbindelse med denne udfyldning vil det være nærliggende og logisk, at EF-Domstolen tager udgangspunkt i det proportionalitetsprincip med tilhørende underprincipper, der er udviklet i Domstolens praksis siden starten af 1970'erne. Anvendelsen skal selvfølgelig indbefatte de modifikationer, som er nødvendige, når der ikke er tale om fuldstændigt sammenfaldende retsområder. I forhold til de retsområder, hvori hovedindholdet eller hovedlinjerne i det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip er udviklet, er det persondataretlige område i langt højere grad individorienteret. Persondatadirektivet er den første retsakt fra EU's side, som regulerer en grundrettighed, der også er reguleret via EMRK. Der skal selvfølgelig tages højde for dette forhold i forbindelse med den konkrete anvendelse af princippet i udfyldningen af nødvendighedsprincippet og proportionalitetsprincippet i persondatadirektivet, og persondataloven. De to præjudicielle afgørelser, som EF-Domstolen hidtil har afsagt i forhold til persondatadirektivet, illustrerer også, at EF-Domstolen i meget høj grad ser mod EMRK i forbindelse med udfyldningen af direktivet. Der er således en så tæt sammenhæng mellem de to retssystemer, når det gælder behandling af personoplysninger, at de vanskeligt kan behandles isoleret. Det vil derfor være yderst vanskeligt at beskæftige sig med udfyldningen af direktivet uden at konsultere EMRK og den praksis, der findes i tilknytning hertil.

I forhold til behandling af personoplysninger er det spørgsmålet, om institutionernes skønsbeføjelse i forbindelse med proportionalitetsvurderingen kan tillægges betydning, således at den dataansvarlige vil kunne tildeles beføjelser i denne retning. Det mener jeg ikke, at den kan. I forbindelse med den proportionalitetsvurdering, som skal foretages i forbindelse med behandling af personoplysninger, skal der lægges vægt på, at foranstaltningerne kan have indgribende følger i forhold til den enkeltes integritetsbeskyttelse, så derfor vil der være tale om en forholdsvis lille skønsbeføjelse for

den dataansvarlige, og det vil ikke være muligt at tale om, at det kun er åbenbart uhensigtsmæssige foranstaltninger, som falder for proportionalitetsvurderingen.

11.1 Proportionalitetsprincippet i § 5, stk. 3

På trods af, at proportionalitetsprincippet er direkte indskrevet i persondataloven, kan princippet ikke anvendes som selvstændigt grundlag for behandling af personoplysninger. Hjemlen til en konkret behandling af personoplysninger skal findes i persondatalovens øvrige behandlingsbestemmelser, og herunder reglerne i §§ 6-8. I forbindelse med den konkrete behandling skal proportionalitetsprincippet og de øvrige grundlæggende principper i lovens § 5 overholdes. Ordlyden af § 5, stk. 3, 2. led, fører ikke naturligt til at betragte proportionalitetsprincippet som en treleddet vurdering tilsvarende den, der er skitseret ovenfor.

Ligesom det er tilfældet på andre retsområder, er der intet materielt indhold i persondatalovens proportionalitetsprincip. Det materielle indhold følger således af den konkrete behandlingssituation. Hvis eksempelvis Vejdirektoratet opsætter overvågningskameraer i Limfjordstunnelen i Aalborg med det formål at overvåge den aktuelle trafiksituation, vil dette formål være styrende for den konkrete vurdering af behandlingens proportionalitet. Hvis der via overvågningskameraerne indsamles oplysninger om enkelte bilisters brug af mobiltelefon samt registreringsnummer på disses køretøjer, og disse oplysninger efterfølgende videregives til politiet, vil proportionalitetsvurderingen skulle foretages i forhold til dette konkrete formål og denne konkrete behandling.

Som det blev påpeget afslutningsvis i foregående kapitel, har Datatilsynet truffet en række afgørelser efter interesseafvejningsreglen i persondatalovens § 6, stk. 1, nr. 7, hvor afvejningen falder ud til fordel for den dataansvarliges berettigede interesse. Efterfølgende er der ikke foretaget nogen nødvendighedsvurdering, men det er konstateret, at det er en klar forudsætning for den pågældende behandling, at det grundlæggende krav om proportionalitet overholdes.

I afgørelsen om kameraovervågning i Høje-Taastrup Kommune[10] medfører overholdelse af proportionalitetsprincippet overordnet set, at overvågningen skal gennemføres på en sådan måde, at den

[10] 2003-313-0149, ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 143 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 182.

virker mindst muligt integritetskrænkende for den almindelige borger, og at det i første omfang overvejes, om det ønskede formål kan nås med mindre indgribende midler end tv-overvågning og heraf følgende registrering af personoplysninger. Dette fører på det konkrete plan til, at kommunen bør undlade at overvåge områder, hvortil der er almindelig færdsel. Det drejer sig eksempelvis om parkeringsarealer ved daginstitutioner, også selv om der kun er tale om overvågning i natte- og aftentimerne. I sagen om tv-overvågning i Århus Sporvejes busser[11] var det Datatilsynets opfattelse, at den pågældende overvågning ikke var i strid med persondatalovens krav om proportionalitet. Det blev tillagt vægt, at der gennem flere år havde været en stigende grad af vold mod de ansatte i busserne, og at der var gjort forsøg på at beskytte de ansatte ved installering af overfaldsknap. Videre kunne der konstateres et fald i antallet af overfald efter iværksættelsen af tv-overvågningen. Samlet kan man sige, at Datatilsynet færdiggør proportionalitetsvurderingen i disse to sager ved afslutningsvis at foretage en forholdsmæssighedsvurdering.

I sagen om Randers Energi[12] indfortolkes nødvendighedskriteriet i proportionalitetsprincippet, således at Randers Kommune alene vil kunne videregive de oplysninger, som det er nødvendigt at videregive, for at Randers Energi kan varetage sine opgaver i relation til beregning af afgift på fjernvarme. Dette er ligeledes tilfældet i sagen om terminaladgang til CRM,[13] hvor Datatilsynet understreger, at der kun må etableres adgang til de oplysninger, som er nødvendige, for at virksomheden kan forfølge den berettigede interesse, som begrunder videregivelsen. På trods af, at nødvendighedskriteriet indfortolkes i proportionalitetsvurderingen i § 5, stk. 3, 2. led, gøres den samlede proportionalitetsvurdering ikke færdig. I de to konkrete afgørelser er jeg ikke sikker på, om forholdsmæssighedsvurderingen vil føre til et andet resultat, men det betyder ikke, at vurderingen ikke skal foretages, jf. udgangspunktet fra tysk ret om, at alle tre led i proportionalitetsvurderingen skal vurderes, inden det kan afgøres, om proportionalitetsprincippet er overholdt.

Den tætte sammenhæng mellem de centrale behandlingsbestemmelser og proportionalitetsprincippet illustreres af sagen om overvågning af S-tog. I sagen kommer Datatilsynet frem til, at selv om tv-overvågningen i S-tog i øvrigt vil kunne ske efter persondatalovens

---

11 2003-52-2308, ovenfor afs. 3.3.3.2, s. 146 og i afs. 3.4.3.2.2, s. 178.

12 2003-323-0101, ovenfor i afs. 3.4.3.2.3, s. 191.

13 2002-321-0168, DÅ 2002, s. 59f., ovenfor afs. 3.4.3.2.3, s. 183.

§§ 6-8, bør den som følge af proportionalitetsvurderingen i § 5, stk. 3, kun finde sted, hvis den reelt bidrager til at forbedre passagerernes tryghed og modvirker kriminalitet i og ved S-togene. Dette resultat er i overensstemmelse med sagen om videoovervågning i busserne i Århus, hvor der i sagen fremlægges bevis på, at overvågningen reelt bidrager til at modvirke vold mod de ansatte i busserne. Man kan sige, at Datatilsynet på forhånd påpeger, at forholdsmæssigheden skal inddrages i vurderingen af den konkrete behandlings overensstemmelse med persondataloven.

Som det tidligere er fremhævet i afhandlingen, kunne art. 29-Gruppens udtalelser i forhold til biometri og kameraovervågning pege i retning af, at der skal lægges mere i bestemmelsen i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led, end proportionalitet som overordnet afvejningsnorm. I forhold til behandling af biometriske oplysninger forbindes proportionalitet med krav om forholdsmæssighed, og i forhold til kameraovervågning forbindes proportionalitet med krav om både egnethed og forholdsmæssighed. Umiddelbart kunne dette tyde på, at det ikke ville være forkert at lægge det treleddede proportionalitetsprincip ned over den afvejningsnorm, som findes i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led. I denne forbindelse vil der yderligere skulle lægges vægt på de fire punkter, som art. 29-Gruppen har opregnet i relation til kameraovervågning.[14]

Hvis den treleddede proportionalitetsvurdering blev indfortolket i relation til anvendelsen af persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led, vil det manglende krav om nødvendighed i relation til private dataansvarliges videregivelse af semi-følsomme oplysninger blive opfanget. Det vil således ikke være afgørende for den konkrete vurdering, at kravet om nødvendighed ikke fremgår af den enkelte bestemmelse. Dette betyder dog ikke, at det ikke ville være uhensigtsmæssigt i forhold til den konkrete retsanvendelse.

Vanskeligheden ved den konkrete anvendelse af proportionalitetsprincippet kan ses i den svenske sag om anvendelse af fingeraftryk til identifikation af elever i forbindelse med udlevering af skolemad. Den svenske Datainspektion og Länsrätten i Stockholm kommer frem til, at behandlingen strider mod personuppgiftslagens grundlæggende krav om relevans og proportionalitet. Kammarrätten kommer frem til det modsatte resultat, men via en argumentation, som må karakteriseres som fejlagtig. Den pågældende retsinstans er af den opfattelse, at kommunens berettigede interesse i et smidigt og enkelt kontrolsystem vejer tungere end hensynet til

14 Ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 151f.

eleverne. Indgrebet anses ikke for at være nævneværdigt i forhold til den personlige integritet. Kammarrätten gør ikke proportionalitetsvurderingen færdig. For det *første* sættes kommunens berettigede interesse ikke i forhold til nødvendighedskravet, og for det *andet* inddrages de grundlæggede krav til behandling af personoplysninger ikke i vurderingen. Man kan kun håbe på, at den svenske forvaltningsdomstol antager sagen til realitetsbehandling og kommer frem til det *rigtige* resultat, således at proportionalitetsvurderingen gøres færdig.

11.2 Nødvendighedskravet i § 5, stk. 5

Det krav om nødvendighed, som findes i persondatalovens § 5, stk. 5, medfører overordnet set, at indsamlede oplysninger ikke må opbevares på en måde, der giver mulighed for at identificere den registrerede i et længere tidsrum end det, der er *nødvendigt* af hensyn til de formål, hvortil oplysningerne behandles. Der skal med andre ord foretages en vurdering af nødvendigheden af den periode, hvor oplysninger opbevares eller er registreret, i forhold til formålet med indsamlingen af de pågældende oplysninger. Det tidsmæssige krav om nødvendighed er reelt set en yderligere indskrænkning i en konkret behandling, som er blevet vurderet til at være nødvendig i forhold til de generelle behandlingsregler i §§ 6-8.

Den tætte sammenhæng mellem bestemmelserne i persondatalovens § 5, stk. 3, og § 5, stk. 5, understreges i Datatilsynets praksis, hvor det i sagen om videoovervågning i Høje-Taastrup Kommune[15] blev understreget, at et yderligere element til sikring af overholdelse af proportionalitetsprincippet var, at de foretagne tvoptagelser blev slettet inden for en kortere periode. Altså reelt set en regulering efter persondatalovens § 5, stk. 5, og ikke, som der gives udtryk for i afgørelsen, efter § 5, stk. 3, 2. led.

I forhold til den konkrete behandlingssituation medfører bestemmelsen, at Datatilsynet har reduceret den periode, hvori oplysninger opbevares. I sagen om videoovervågning af busserne i Århus[16] fandt Datatilsynet, at det ikke ville være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, at oplysningerne blev opbevaret i 14 dage, men at opbevaring i syv dage ville være i overensstemmelse med princippet. I sagen om digital tilmelding til og ansøgning om opta-

15 2003-313-0149, ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 143.
16 2003-52-2308, ovenfor i afs. 3.3.4, s. 155.

gelse på uddannelser[17] finder Datatilsynet det tvivlsomt, om der er den fornødne proportionalitet mellem registrering af alle eksamensbeviser i Danmark i 60 år og opfyldelsen af formålet om lettere tilmelding til ungdomsuddannelserne og ansøgning om optagelse på videregående uddannelser. Tilsynet finder, at der ved fastsættelsen af en rimelig sletningsfrist er mulighed for at sikre den del af de registrerede, der inden for et nærmere fastsat tidsrum ikke benytter optagelsessystemet, mod at skulle være registreret i eksamensdatabasen. Sletningsfristen fastsættes til 30 år efter, at oplysningerne er lagt i databasen.

Som det er fremhævet i afhandlingens afsnit 8.2.2, inddrages spørgsmålet om tidsmæssig nødvendighed også i forhold til ekspropriation. Det er således ikke i overensstemmelse med grundlovens § 73, hvis der blot eksproprieres for at ekspropriere, og der således ikke er lagt konkrete planer for det eksproprierede areal. I modsætning hertil vil det ikke være muligt blot at indsamle personoplysninger for at have disse liggende. Finalité-princippet medfører, at der altid skal være angivet et formål med en indsamling af oplysninger.

11.3 De øvrige vurderingskriterier i proportionalitetsprincippet

11.3.1 Egnethed

Foranstaltningerne skal være *egnede* til at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser.

I forhold til videoovervågning betyder princippet om, at oplysninger skal være egnede og stå i forhold til de formål, der søges opfyldt, ifølge art. 29-Gruppen, at CCTV og lignende former for overvågning kun må anvendes som supplement. Formålet med behandlingen af oplysninger skal virkelig berettige anvendelsen, og andre fysiske eller generelle foranstaltninger uden billedoptagelse skal tydeligt have vist sig utilstrækkelige og uegnede i forhold til det opstillede formål. Dette forhold gør sig også gældende for så vidt angår valget af passende teknologi, kriterier for den konkrete anvendelse af udstyret samt regler for adgang til og opbevaring af oplysninger. Art. 29-Gruppens sammenfatning på problemstillingen er meget sigende for vurderingen: *"Det er med andre ord nødvendigt på en sag-til-sag-basis at anvende* ***princippet om egnethed*** *i forhold til de for-*

[17] 2004-54-1396, ovenfor i afs. 3.3, s. 104.

mål, der søges opfyldt, hvilket medfører en slags ***datamineringspligt*** *for den registeransvarlige."*[18] [Min fremhævelse]. Denne udtalelse peger i retning af en streng egnethedsvurdering på det persondataretlige område. Sagen om Århus Sporveje er lige netop et typeeksempel på disse opstillede krav. I sagen har man forsøgt med anvendelse af overfaldsknap, men denne metode har vist sig utilstrækkelig og uegnet. Kameraovervågningen må således betragtes som en passende teknologi i den konkrete sag. Ligeledes er der opstillet kriterier for den konkrete anvendelse af udstyret, som kun konsulteres i tilfælde af overfald eller hærværk, og som er placeret i den enkelte bus.

I tysk ret er det som tidligere nævnt et krav, at alle tre led i proportionalitetsprincippet er opfyldt, for at en given foranstaltning kan siges at være i overensstemmelse med princippet som helhed. Ifølge Bundesverfassungsgericht er kravet om egnethed opfyldt, blot det kan godtgøres, at indgrebet overhovedet kan bidrage til at nå det forfulgte formål. Eller sagt med *Gentz'* ord, når man med dets hjælp når til det ønskede resultat.

EF-Domstolen har været forholdsvis mild i de krav, der stilles til retsfølgens evne til at realisere målet. Der er således ikke tale om, at retsakten kun er gyldig, hvis den udstedende myndighed vælger den mest egnede retsfølge. Det er tilstrækkeligt, at den ikke må anses for klart uegnet.[19]

I Schröder[20] satte EF-Domstolen en meget lav undergrænse for vurderingen af en foranstaltnings egnethed. I den konkrete sag er der tale om komplicerede erhvervsmæssige foranstaltninger, og det er Domstolens opfattelse, at disse foranstaltninger kræver et vist spillerum ved bedømmelsen af hensigtsmæssigheden, og at disse foranstaltninger ofte frembyder usikkerhedsfaktorer med hensyn til de mulige virkninger. Disse forhold medfører, at det er tilstrækkeligt at fastslå, at de pågældende foranstaltninger ved udstedelsen ikke er åbenbart uegnede til virkeliggørelsen af det tilstræbte mål.

Jeg er ikke overbevist om, at undergrænsen for egnetheden skal sættes lige så lavt ved behandling af personoplysninger. I hovedparten af de situationer, hvor der behandles personoplysninger, er der grundlæggende tale om indgreb i den enkeltes personlige integritet, og således et indgreb i den enkeltes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Derfor vil det være naturligt at sætte undergrænsen for egnetheden højere, end det er gjort fra EF-Domstolens side i Schröder.

---

18 WP 89, s. 19.

19 Fenger: Forvaltning og fællesskab, s. 632.

20 Sag 40/72, ovenfor afs. 7.4.3, 415ff.

Fastsættelsen af undergrænsen for egnethedsvurderingen er dog ikke afgørende i forhold til det samlede proportionalitetsprincip. Hvis man får sat undergrænsen for lavt, vil de to øvrige vurderingskriterier, nødvendighed og forholdsmæssighed, formodentlig indskrænke antallet af mulige foranstaltninger yderligere, så resultatet i sidste ende bliver det samme. I forhold til behandling af personoplysninger vil det være hensigtsmæssigt at sætte undergrænsen højere end *åbenbar uegnethed*, da mange egnede foranstaltninger vil vanskeliggøre den vurdering, som efterfølgende skal foretages af nødvendigheden. Undergrænsen vil tilsvarende skulle flyttes i opadgående retning, hvis der er tale om følsomme oplysninger, som der grundlæggende er forbud mod behandling af. Dette udgangspunkt stemmer også overens med det af art. 29-Gruppen udstukne.

Hvis vi står med den situation, at der kun findes én egnet foranstaltning til opfyldelse af et formål, er spørgsmålet, om man så bare skal anvende denne ene egnede foranstaltning og ikke forholde sig yderligere til de øvrige led i proportionalitetsvurderingen. Ligesom det har været påpeget tidligere i relation til kravet om nødvendighed, er det vigtigt, at proportionalitetsvurderingen gøres færdig. Det er alle tre led i princippet, som skal være opfyldt, for at princippet kan siges at være overholdt. Det vil sige, at hvis der kun findes én egnet foranstaltning til opfyldelse af et konkret formål, vil det stadig skulle vurderes, om denne ene egnede foranstaltning opfylder kravene om nødvendighed og forholdsmæssighed.

Afslutningsvis skal det påpeges, at der i mange situationer vil kunne ses en meget tæt sammenhæng mellem kravene om egnethed og nødvendighed. Denne sammenhæng medfører, at det første krav i nogle tilfælde indfortolkes i det sidste. I de tilfælde, hvor undergrænsen for egnethedsvurderingen sættes lavt, vil det derfor ikke være afgørende for en vellykket proportionalitetsvurdering, at egnethedsvurderingen gennemføres konkret. På grund af selve behandlingens indgribende karakter er jeg ikke sikker på, at det ubetinget vil være hensigtsmæssigt at indfortolke egnethedskravet i nødvendighedskravet i forbindelse med behandling af personoplysninger.

11.3.2 Forholdsmæssighed

Kravet om forholdsmæssighed medfører, at foranstaltningerne ikke må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål. Vurderingen af en given behandlings forholdsmæssighed i forhold til for-

målet er således det sidste led i en vurdering, som hele tiden indsnævres.

Formål kan godt være saglige og anerkendelsesværdige, uden at der er proportionalitet mellem det opstillede formål og den foretagne behandling af personoplysninger. Dette vil være tilfældet, hvis der indsamles og opbevares oplysninger om en stor del af den danske befolkning med det formål at lette eksempelvis en tilmeldingssituation for en mindre del af befolkningen. En stor del af de indsamlede oplysninger vil således aldrig blive anvendt af de registrerede personer.[21]

Når man ser isoleret på persondataloven og denne lovs anvendelse af proportionalitetsprincippet med tilhørende underprincipper, ser det for en umiddelbar betragtning ud, som om loven formår at anvende princippet. § 5, stk. 3, 2. led indeholder et overordnet proportionalitetsprincip. De centrale behandlingsbestemmelser i §§ 6-8 indeholder i langt overvejende grad krav om, at en given behandling skal vurderes op mod et nødvendighedskriterium. Ud over disse bestemmelser, som har været behandlet tidligere i afhandlingen, indeholder persondatalovens § 29, stk. 3, bestemmelser om, at oplysningspligten i § 29, stk. 1, kan undlades, hvis det viser sig *uforholdsmæssigt* vanskeligt – en form for afvejning, som minder meget om det tredje led i proportionalitetsvurderingen. Man skal dog være opmærksom på, at nødvendighedsvurderingen i de centrale behandlingsbestemmelser skal foretages i forhold til formålet med en given behandling. Forholdsmæssighedsvurderingen skal i højere grad ses som en mulig undtagelse til den dataansvarliges oplysningspligt.

Det fremgår hverken af lovteksten eller af direktivets art. 11, stk. 2, at udtrykket medfører, at der skal foretages en proportionalitetstest eller forholdsmæssighedsvurdering. Direktivets præambel giver dog vejledning. Efter pkt. 40 skal der tages hensyn til *"antallet af registrerede, oplysningernes alder samt de kompensatoriske foranstaltninger, der kan træffes"*. Indholdet af begrebet fremgår dog tydeligere, hvis andre sproglige versioner af direktivet konsulteres. Den engelske version anvender udtrykket *disproportionate*, den tyske *unverhältnismäßigen*, den franske *disproportionnés* og endelig den svenske *oproportionerligt*. I alle tilfælde er der tale om begreber som i langt højere grad end det danske leder tanken i retning af en proportionalitetsvurdering.

Med udtrykket *uforholdsmæssigt vanskelig* fastsættes ifølge betænk-

21 2004-54-1396, ovenfor i afs. 3.3, s. 104.

ningen, at der gælder et proportionalitetsprincip ved vurderingen af, om en meddelelse som foreskrevet i stk. 1 skal gives. I denne forbindelse vil der skulle ske en afvejning af på den ene side betydningen af en sådan underretning for den registrerede og på den anden side den arbejdsindsats hos den dataansvarlige, der vil være forbundet med en sådan underretning. Det skal afgøres i den enkelte situation, i hvilket omfang underretning af registrerede personer er uforholdsmæssigt vanskelig eller endog umulig. Det må tillægges betydning, hvor betydelige de interesser er, af hensyn til hvilke oplysninger behandles.[22] I denne forbindelse vil det være af betydning, om behandlingen af oplysninger foretages som led i enkeltsagsbehandling, eller om behandlingen foretages i en række identiske sager. Hvis der er tale om enkeltsagsbehandling, vil der være en formodning for, at det ikke vil være uforholdsmæssigt vanskeligt at opfylde oplysningspligten, navnlig ikke hvis opfyldelsen heraf kan ske i forbindelse med iværksættelsen af sagsbehandlingsskridt mv. over for den registrerede. Hvis der er tale om et større antal identiske sager, vil det derimod ofte kunne være uforholdsmæssig vanskeligt at opfylde oplysningspligten. Der må dog stilles krav om et meget betydeligt antal sager, førend forholdet kan begrunde, at oplysningspligten ikke skal opfyldes. Der skal under alle omstændigheder foretages en afvejning over for den registreredes interesser i, at oplysningspligten bliver efterlevet.[23]

Den vurdering som ligger til grund for afvejningen i forhold til undtagelsesreglen i persondatalovens § 29, stk. 3, er efterprøvet i Datatilsynets praksis i flere tilfælde.

Datatilsynet har fastsat den *øvre* grænse for undtagelsesbestemmelsen i forhold til oplysningspligt over for børn og unge. Bestemmelsen kan ikke anvendes på de sociale og familieretlige sager vedrørende børn og unges meget personlige forhold.[24]

En art *nedre* grænse for § 29, stk. 3, ses i en afgørelse om tv-overvågning af statsvejene fra 2001,[25] hvor det er Datatilsynets opfattelse, at de bilister, som tv-overvåges, må betragtes som bipersoner.

---

22 Betænkning nr. 1345/1997, s. 297 og 478.

23 Vejledning nr. 126 af 10. juli 2000 om registreredes rettigheder efter reglerne i kapitel 8-10 i lov om behandling af personoplysninger, pkt. 2.3.3.

24 2003-321-0243 Det drejer sig om sager om forældremyndighed og samvær, sager vedrørende foranstaltninger vedrørende børn og unge efter den sociale lovgivning. I disse sager behandles mange fortrolige og følsomme oplysninger om de pågældende. I en række tilfælde skal de pågældende endog inddrages i behandlingen.

25 2001-321-0132.

Det er således ikke den enkelte trafikant men den samlede trafik, som er overvågningens genstand. Underretning af den enkelte om, at der sker tv-overvågning, vil således kunne betragtes som uforholdsmæssig vanskeligt. Datatilsynet anser det for positivt, hvis der gives en generel information om overvågningen, og henstiller til Vejdirektoratet, at der findes en passende form for denne information.

Den mest omfattende behandling af undtagelsesbestemmelsen i persondatalovens § 29, stk. 3, findes i en udtalelse i forbindelse med anmeldelse af *Digital tilmelding til og ansøgning om optagelse på uddannelser* fra 2004.[26] Det er Datatilsynets opfattelse, at det ikke kan siges at være uforholdsmæssigt vanskeligt for Undervisningsministeriet at give de personer, der bliver registreret løbende i det pågældende register fra og med det år, ordningen igangsættes, underretning. I denne forbindelse lægges vægt på, at det vil være relativt enkelt at give hver enkelt underretning om de oplysninger, der kræves efter § 29, stk. 1. Underretningen vil kunne gives skriftligt på eksamensbeviserne eller i forbindelse med udlevering af disse. Med hensyn til konverterede eksamensbeviser fra alle gymnasie- og hf-elever fra perioden 1997-2003 lægges til grund, at disse ikke har fået meddelelse i henhold til § 29. Datatilsynet finder, at det *ikke* kan siges at være uforholdsmæssigt vanskeligt for Undervisningsministeriet at give de registrerede underretning. I denne forbindelse tillægges det vægt, at Undervisningsministeriet allerede har kendskab til de registreredes identitet. Yderligere må det tillægges vægt, at oplysningspligten ikke er blevet iagttaget ved registreringen, samt at der er tale om at opbevare oplysningerne i 30 år i eksamensdatabasen.

Datatilsynet er i flere sager kommet frem til, at det ikke anses for uforholdsmæssigt vanskeligt at informere personale om, at der videoovervåges. Kravet om underretning udstrækkes til at omfatte alle de personer, som udfører fast arbejde på de overvågede områder. Dette gælder, uanset om den pågældendes ansættelseskontrakt er indgået med det firma, som er dataansvarlig i forhold til overvågningen, eller med en anden virksomhed, eksempelvis et rengøringsfirma. Den dataansvarlige kan lade den anden virksomhed, som den pågældende person er ansat i, give underretningen, men det er den dataansvarlige, som i sidste ende har ansvaret for at opfylde oplysningspligten over for den registrerede.[27]

---

26 2004-54-1396.

27 2003-42-0523 i DÅ 2003, s. 95ff. (videoovervågning i S-tog), ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 147ff.

I forbindelse med kameraovervågning af S-tog og busser er det i modsætning hertil antaget, at underretning af passagererne må anses for at være uforholdsmæssigt vanskelig. Generelt kan det siges, at det anses for uforholdsmæssigt vanskeligt at skulle informere hver enkelt person, som kommer inden for kameraets område, også selv om der kun er tale om en standardmeddelelse, som indeholder de oplysninger, der kræves efter § 29, stk. 1. Den uforholdsmæssige vanskelighed bunder i tre forhold. For det *første* er disse via den skiltning, som kræves efter tv-overvågningsloven, blevet informeret om, at der finder en overvågning sted. For det *andet* lægges vægt på, at det ville være praktisk umuligt og yderst ressourcekrævende at give hver enkelt rejsende en standardmeddelelse med de påkrævede oplysninger. Endelig vil passagererne for det *tredje* ikke nødvendigvis bemærke og gøre sig bekendt med indholdet i en uddybende tekst, hvis denne fandtes i sammenhæng med skiltningen. På trods af dette udgangspunkt giver Datatilsynet udtryk for, at den dataansvarlige i det mindste bør foretage *kompensatoriske foranstaltninger* ud over skiltningen for at informere de registrerede på anden vis end via individuel meddelelse. Et eksempel på en såkaldt kompensatorisk foranstaltning er annoncer i dagblade, pjecer eller lignende.[28] Datatilsynet trækker dog en grænse i forhold til den situation, hvor en kommune undtagelsesvis overvåger inden- eller udendørsarealer på kommunens skoler eller daginstitutioner i den almindelige åbningstid. Her er det tilsynets opfattelse, at kommunen skal give forældrene, de faste brugere samt større børn meddelelse i henhold til persondatalovens § 29, stk. 1. Det anses for relativt enkelt at give de pågældende grupper de oplysninger, som er opregnet i § 29, stk. 1, i eksempelvis almindeligt informationsmateriale, som alligevel skal udarbejdes til de pågældende.[29]

Afgrænsningen af den forholdsmæssighedsvurdering, der findes i persondatalovens § 29, stk. 3, er yderligere foretaget af Datatilsynet i en udtalelse vedrørende *Arbejdsdirektoratets oplysningspligt i forbindelse med rådighedstilsyn* fra december 2004.[30] Efter at Datatilsynet har berørt muligheden for undtagelse fra underretning efter § 29, stk. 2, 2. led og afvist denne, undersøges muligheden for at undlade

---

2004-52-2442 (videoovervågning Brøndby Kommune), ovenfor i afs. 3.3.3.2, s. 145ff., og
2003-52-2308 (videoovervågning Århus Sporveje), ovenfor i afsnit 3.3.3.2, s. 146ff. og i afs. 3.4.3.2.2, s. 178.

28 Op cit.

29 2004-52-2442 (videoovervågning Brøndby Kommune).

30 2004-321-0316.

at opfylde oplysningspligten efter § 29, stk. 3. I denne forbindelse er det Datatilsynets umiddelbare vurdering, at betingelserne for at fravige oplysningspligten med hjemmel i denne bestemmelse ikke kan anses for at være opfyldt i det konkrete tilfælde. Tilsynet har navnlig lagt vægt på omfanget og karakteren af de oplysninger om borgeren, som Arbejdsdirektoratet indhenter og registrerer i forbindelse med rådighedstilsynet, og at direktoratets behandling kan føre til ændringer i forhold til borgeren, hvis der er tale om en forkert bebyrdende afgørelse. Datatilsynet har endvidere lagt vægt på formålet med oplysningspligten og det forhold, at Arbejdsdirektoratet opretter en sag for hver enkelt borger, hvis sag indgår i rådighedstilsynet. Endelig har tilsynet ikke grundlag for at antage, at det vil være forbundet med en uforholdsmæssigt stor arbejdsindsats at underrette de omhandlede personer.

Sammenfattende kan man sige, at det kun er i meget sjældne tilfælde, at den dataansvarlige kan undlade at give den registrerede meddelelse med hjemmel i persondatalovens § 29, stk. 3. Der er således tale om en streng forholdsmæssighedsvurdering. Selv i de tilfælde, hvor meddelelsen efter § 29, stk. 1, skal gives til en stor gruppe af registrerede, kan meddelelse ikke undlades med hjemmel i bestemmelsens tredje stykke. Fra praksis kan kun fremdrages enkelte situationer, hvor pligten til meddelelse kan undlades. I de tilfælde, hvor der kameraovervåges i busser og S-tog, anses det for uforholdsmæssigt vanskeligt at informere alle passagererne om, at der behandles oplysninger om dem. Det kræves dog, at den dataansvarlige foretager kompensatoriske foranstaltninger vedrørende den pågældende behandling af personoplysninger. I forbindelse med kameraovervågning af statsvejene blev det anset for uforholdsmæssigt vanskeligt at informere hver enkelt bilist om, at der blev foretaget overvågning. Formålet med den pågældende overvågning var at øge trafiksikkerheden, og billederne blev anvendt til at studere trafikken, så Vejdirektoratet kunne få informationer om kødannelser og uheld. Da den enkelte bilist ikke var interessant i forbindelse med overvågningen, blev denne betragtet som biperson. Det var den samlede trafik, der var overvågningens genstand.

Herefter bliver spørgsmålet, om forholdsmæssighedsvurderingen bliver lige så streng, når situationen vedrører forholdsmæssigheden mellem det eller de opstillede formål og indsamlingen og den efterfølgende behandling af personoplysninger. Når de to situationer for forholdsmæssighedsvurderinger skal sammenlignes, skal man være opmærksom på, at undtagelsen i § 29 vedrører en

afvejning af modsatrettede interesser, medens den forholdsmæssighedsvurdering, som udgør det sidste led i proportionalitetsprincippet, skal foretages i forholdet mellem behandlingsformålet og selve behandlingen.

Umiddelbart kunne man formode, at der også ville være tale om en snæver forholdsmæssighedsvurdering i de tilfælde, hvor behandlingsformålet spiller ind. Denne antagelse stemmer også overens med den nødvendighedsvurdering, som er skitseret ovenfor i kapitel 10. En snæver egnetheds- og nødvendighedsvurdering vil naturligt kræve en snæver forholdsmæssighedsvurdering. I alle tilfælde er der tale om foranstaltninger, som rammer private interesser, og dette i særdeleshed ved behandling af følsomme oplysninger.

I sagen om et udkast til en samtykkeerklæring forfattet af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer[31] finder Datatilsynet, at der ikke er den fornødne proportionalitet mellem omfanget af oplysninger og det fastsatte formål med registreringen. Der er tale om, at Datatilsynet anvender det sidste led i proportionalitetsvurderingen og vurderer kravet om forholdsmæssighed. Det tillægges betydning, at behandlingen omfatter offentliggørelse på internettet. Det, som er særegent ved sagen, er, at registreringen og udleveringen af de omhandlede oplysninger end ikke kan ske med samtykke. Der er også tale om en meget indgribende form for behandling med en meget vidtgående forpligtelse til registrering og videregivelse af oplysninger, både fortrolige og følsomme. Behandlingen omfatter ikke kun videregivelse til en myndighed i USA, men også offentliggørelse på internettet. Tilsvarende oplysninger er ikke offentligt tilgængelige i Danmark, hvor oplysningerne kun offentliggøres i begrænset omfang og i delvist anonymiseret form.

I EF-Domstolens dom i Fedesa berører generaladvokaten spørgsmålet om hensyntagen til bevarelsen af den offentlige sundhed og kommer frem til, at ved afvejningen af skadelige indgreb i individuelle rettigheder over for de for almenheden skabte fordele vil bevarelsen af den offentlige sundhed være afgørende i enhver situation. I denne dom er der også tale om indskrænkning af individuelle rettigheder, så det kunne tyde på, at EF-Domstolen vil foretage en snæver forholdsmæssighedsvurdering i forhold til behandling af personoplysninger. Der skal dog tages forbehold for denne snævre forholdsmæssighedsvurdering, hvis modhensynet i vurderingen er en anden grundlæggende rettighed, som eksempelvis ytringsfriheden.

---

31 2003-233-0028, ovenfor afsnit 3.3, s. 104.

I forbindelse med ekspropriation er det ligeledes spørgsmålet, om ekspropriation af en begrænset ret havde været tilstrækkelig til opfyldelse af ekspropriationsformålet. Ligesom det er tilfældet i de situationer, som er berørt ovenfor, er det karakteristisk, at der er tale om foranstaltninger, som er særdeles indgribende for eksproprianten, så med baggrund i dette forhold vil der være tale om en streng vurdering.

God databehandlingsskik afstikker som tidligere nævnt de ydre rammer, som enhver form for behandling af personoplysninger skal ske inden for. Det område, inden for hvilket behandling af personoplysninger skal foregå, vil for en meget stor dels vedkommende blive dækket af proportionalitetsprincippet, sådan som dette princip er kommet til udtryk i persondatalovens § 5, stk. 3, 2. led. Den tætte sammenhæng mellem bestemmelserne i persondatalovens § 5, stk. 1-3, er også kommet til udtryk i tilsynets praksis, hvor de tre bestemmelser i flere tilfælde behandles under ét. Man kan sige, at kravet om god databehandlingsskik bliver til det absolut nederste *sikkerhedsnet* til at opfange eventuelle former for behandling af oplysninger, som skulle være opfanget i de øvrige grundlæggende betingelser for behandling af personoplysninger. Man kan også sige, at kravets blotte eksistens medfører, at den dataansvarlige er klar over, hvor de ydre rammer for behandling af personoplysninger findes.

Nærværende afhandlings klarlægning af nødvendighedskravet i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser har overordnet vist, at der er tale om skærpet vurdering, da der er tale om foranstaltninger, som er særligt indgribende for den enkelte i relation til dennes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Behandlingernes særligt indgribende karakter medfører, at undergrænsen i forbindelse med behandling af almindelige oplysninger skal sættes relativt højt.

På trods af, at det nødvendighedskriterium, som findes i persondatalovens centrale behandlingsbestemmelser, umiddelbart står alene, har nærværende fremstilling vist, at dette reelt set ikke er tilfældet. Man kan sige, at den nødvendigheds- og proportionalitetsvurdering, som skal foretages efter persondatalovens §§ 5-8, i høj grad er overensstemmende med den treleddede proportionalitetsvurdering, som har sin oprindelse i tysk ret og efterfølgende er udviklet på forskellige retsområder i forskellige retssystemer.

For det *første* medfører finalité-princippet krav om fastsættelse af formålet med behandling af personoplysninger. Finalité-princippet indeholder også yderligere krav til selve formålet. Dette lovfæstede krav til formålsangivelsen medfører, at der er større chance for, at

selve proportionalitetsvurderingen lykkes, da det er formålet, som er styrende for denne vurdering, fordi alle tre led i princippet skal sættes i forhold til denne.

For det *andet* er den konkrete form for behandling og kategori af oplysninger afgørende. Kravet om nødvendighed skal indsnævres, således at kravet indsnævres ved følsomme oplysninger og indgribende behandlingsformer. Kravet til nødvendighedsvurderingen er således ikke så højt ved indsamling af almindelige oplysninger til den dataansvarliges eget brug. Kravet er derimod højt ved videregivelse af særdeles følsomme oplysninger.

For det *tredje* er der i hovedparten af de relevante bestemmelser opstillet en behandlingssituation, som nødvendighedsvurderingen skal foretages op imod. Den eneste bestemmelse, som ikke har en klart afgrænset behandlingssituation, er interesseafvejningsreglen i § 6, stk. 1, nr. 7. I denne forbindelse bør det bemærkes, at der som tidligere nævnt[32] også findes regler for så vidt angår videregivelse af de semi-følsomme oplysninger, som indeholder krav om en afvejning af interesser, men at denne afvejning ikke efterfølgende skal vurderes i forhold til et nødvendighedskriterium. Reglerne findes i § 8, stk. 2, nr. 2, og § 8, stk. 5, 2. led. Det forhold, at Datatilsynet i sagen om Mærsk Olie og Gas implicit indfortolkede et krav om nødvendighed efter at have udført interesseafvejningen, gør måske alligevel bestemmelserne interessante her. Man kunne også argumentere for, at nødvendighedsvurderingen ligger implicit i proportionalitetsprincippet i lovens § 5, stk. 3, 2. led.

For det *fjerde* afrunder det generelle proportionalitetsprincip i § 5, stk. 3, 2. led, i sammenhæng med tidsbegrænsningsprincippet i § 5, stk. 5, en samlet proportionalitetsvurdering. I forhold til kameraovervågning og biometri er det antaget, at proportionalitetsprincippet indeholder et krav om vurdering af forholdsmæssighed, selv om dette ikke er direkte nævnt. EMD's afgørelse i Peck viser, hvad en konkret form for behandling kan ende ud i, hvis proportionalitetsvurderingen ikke samler op.

32 Ovenfor i afs. 3.6.3, s. 231ff. og afs. 3.6.4, s. 238ff.

Kildefortegnelse

Bøger

Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, Gjellerup, 2005, 2. udg.
Andersen, Mads Bryde, *Grundlæggende aftaleret. Aftaleretten I*, Gjellerup, 2002, 2. udg.
Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph, *Lærebog i obligationsret I*, Thomson/GadJura, 2005, 2. udg.
Andersen, Poul, *Dansk statsforfatningsret*, 1965, 5. udg.
Art. 29-gruppen, *WP 37: Beskyttelse af privatlivets fred på Internettet*
Art. 29-gruppen, *WP 80: Arbejdsdokument om biometri*
Art. 29-gruppen, *WP 89: Udtalelse nr. 4/2004 om behandling af personoplysninger i forbindelse med videoovervågning*
Basse, Ellen Margrethe m.fl., *Miljøretten I Almindelige emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, 2. udg.
Berlin, *Den danske statsforfatningsret, anden del*, København, 1943
Bernitz, Ulf og Nergelius, Joakim (red.), *General Principles of European Community Law*, Kluwer, 2000
Blangstrup, Christian (red.), *Salmonsens Konversationsleksikon*, J.H. Schultz Forlagsboghandel, 1924, 2. udg.
Blume, Peter, *Behandling af persondata – en kritisk kommentar*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003
Blume, Peter, *Databeskyttelsesret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 2. udg.
Blume, Peter, *Personregistrering*, Akademisk forlag, 1996, 3. udg.
Blume, Peter, *Personoplysningsloven*, Greens§Jura, 2000
Blume, Peter m.fl., *Databeskyttelse på arbejdsmarkedet*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2002
Bønsing, Sten, *Brancheregler og brancheproces*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001
Christensen, Bent, *Forvaltningsret. Prøvelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994, 2. udg.
Christensen, Bent, *Forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 2. udg.

Christensen, Bent, *Myndighedsopgaver og udlicitering*, Responsum til Ud- liciteringsrådet, 1997

Craig & de Búrca, *EC Law, text, cases, & materials*, Clarendon Press, 1995

Datalagskommittén, *Integritet. Offentlighet. Informationsteknik (SOU 1997:39)*, 1997

Det danske sprog- og litteraturselskab, *Ordbog over det danske sprog*, 15. bind, Gyldendal, 1968

Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, Universitetsforlaget, 2003, 7. udg.

Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law – a Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996

Engsig Sørensen, Karsten & Runge Nielsen, Poul, *EU-retten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004, 3. udg.

Erichsen, Hans-Uwe (bearbejdet af Badura m.fl.), *Allgemeines Verwaltnungsrecht*, Walter de Gruyter, 1998, 11. udg.

Evald, Jens, *Om retsprincipper i formueretten* i Dalberg-Larsen, Jørgen og Kristiansen, Bettina Lemann: Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Evald, Jens og Schaumburg-Müller, Sten, *Retsfilosofi, retsvidenskab & retskildelære*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Evald, Jens, *Retsmisbrug i formueretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001

Fenger, Niels, *Forvaltning & fællesskab. Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004

Frihagen, *Forvaltningsrett I*, Forlaget A. Frihagen, 1991

Fuss. Ernst-Werner, *Der Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften aus Deutscher Sicht*, Verlag UGA, 1975

Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, 2. udg.

Garde m.fl., *Forvaltningsret. Almindelige emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, 4. udg.

Germer, Peter, *Statsforfatningsret*, 2001, 3. udg.

Gomard, Bernhard, *Civilprocessen*, Thomson/GadJura, 2000, 5. udg.

Greve, Vagn m.fl., *Straffeloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005, 8. udg.

Gulmann, Claus m.fl., *EU ret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, 3. udg.

Gulmann, Claus m.fl., *Folkeret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, 3. udg.

Hasselbalch, Ole, *Foreningsret,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, 3. udg.
Hasselbalch, Ole, *Kollektivarbejdsretten,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999, 2. udg.
Hasselgaard, Ole m.fl., *Retssikkerhedsloven med kommentarer,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005
Heine, Kasper m.fl., *Internetjura,* Forlaget Thomson/GadJura, 2002, 2. udg.
Henricson, Ib, *Politiloven med kommentarer,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005
Henricson, Ib, *Politiret,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999, 2. udg.
Henricson, Ib, *Politiret,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004, 3. udg.
Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit,* Verlag Otto Schwartz & Co, 1981
Haagen Jensen, Claus og Nørgaard, Carl Aage, *Administration og borger,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1988, 3. udg.
Haagen Jensen, Claus, *i Dansk Miljøret III,* Akademisk Forlag, 1977
Illum, Knud, *Den kollektive arbejdsret,* Ejnar Munksgaards Forlag, 1939
Ipsen, Hans Peter, *Europäisches Gemeinschaftsrecht,* J. C. B. Mohr Tübingen, 1972
Jakobs, Michael Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit,* Carl Heymanns Verlag KG, 1985
Jellinek, Walter, *Verwaltnungsrecht,* Lehrmittel-Verlag GmbH, 1948, 3. udg.
Jensen, Michael H., *Proportionalitetsprincippet i EF-retlig belysning,* G. E. C. Gad, 1990
Jensen, Orla Friis, *i Dansk miljøret IV,* Akademisk Forlag, 1978
Jensen, Orla Friis, *i Miljøretten I Almindelige emner,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, 2. udg.
Jensen, Svend Gram, *Alm. retslære – en introduktion,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udg.
Kjølbro, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005
Korfits Nielsen, Henrik & Waaben, Henrik, *Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001
Krarup, Ole, *Øvrighedsmyndighedens grænser,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1969

Köbler, Gerhard, *Juristisches Wörterbuch,* Verlag Franz Vahlen München, 1991, 5. udg.

Larsen, Egon, *Tvungen ejendomsafståelse,* Nyt Nordisk Forlag Arnold Busk, 1940

Lerche, Peter, *Übermass und Verfassungsrecht,* Carl Heymanns Verlag KG, 1961

Lassen, Julius, *Forelæsninger over romersk Privatret*

Lind, Martin Gräs, *Medarbejderes integritetsbeskyttelse i dansk ret – med særligt fokus på databeskyttelse, kontrol og overvågning i den private sektor,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006

Lindencrone, Lars og Werlauff, Erik, *Dansk retspleje,* Thomson/GadJura, 2005, 3. udg

Lorenzen, Peer m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 1-10),* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, 2. udg.

Louw, Nana og Thomsen, Tina, *Tilbageholdsret,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001

Magnussen, *Naboretlige studier,* København, 1950

Matzen, *Statsret III,* 1899

Moëll, Christina, *Proportionalitetsprincipen i skatterätten,* Juristförlaget i Lund, 2003

Naundrup Olesen, Karsten, *Samfundsloddet. Obligationsretten og kontrakter af samfundsmæssig interesse,* Thomson/GadJura, 2003

Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, *EU ret,* Thomson/Gad Jura, 2005, 4. udg.

Nergelius, Joakim, *Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt,* Norstedts Juridik, 2000

Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv,* Norstedts Juridik, 1996

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., *Retskilder og retsteorier,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005

Norges Offentlige Utredninger, *Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger (NOU 1997:19),* Statens Forvaltningstjeneste, 1997

Olsen, Birgitte Kofod, *Identifikationsteknologi og individbeskyttelse – en øvelse i juridisk teknologivurdering,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998

Olsen, Birgitte Kofod og Jørgensen, Rikke Frank (red.), *Overvågning eller omsorg – privatlivets grænser,* Thomson/GadJura, 2005

Personuppgiftslagsutredningen, *Översyn av personuppgiftslagen (SOU 2004: 6),* 2004

Politikommissionen, *Betænkning nr. 1410/2002 om politilovgivning*

Rasmussen, Hjalte, *EU-ret i kontekst,* Thomson/GadJura, 2003, 5. udg.

Rasmussen, Louise Nan og Schønberg, Søren, *EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret,* Karnov, 1993

Registerlovsudvalget, *Delbetænkning nr. 687/1973 om private registre*

Registerlovsudvalget, *Delbetænkning nr. 767/1976 om offentlige registre*

Rehof og Trier, *Menneskeret,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990

Ross, Alf, *Dansk statsforfatningsret II* ved Ole Espersen, Nyt Nordisk Forlag, 1980, 3. udg.

Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed,* Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1953

Rønsholdt, Sten, *Forvaltningsret,* Thomson/GadJura, 2001

Schwaze, Jürgen, *European Administrative Law,* Sweet & Maxwell, 1992

Steiner, Josephine & Woods, Lorna, *Textbook on EC Law,* Oxford University Press, 2003, 8. udg.

Timmermann Pedersen, Jan, *Proportionalitetsprincippet,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000

Udvalget om registerlovgivningen, *Betænkning nr. 1345/1997 om behandling af personoplysninger*

Udvalget vedr. ændringer i ombudsmandsloven, *Betænkning nr. 1272/1994 – Ombudsmandsloven,* Statens Information, 1994

Ussing, Henry, *Aftaler,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1950, 3. udg.

Vinding Kruse, *Ejendomsretten I,* Nyt Nordisk Forlag Arnold Busk, 1929

Vogter, John, *Forvaltningsloven med kommentarer,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999, 3. udg.

van Dijk, P. og van Hoff, G.H.J., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,* Kluwer Law, 1998, 3. udg.

von Krauss, Rupprecht, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit – in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltnungsrecht,* Kommisswionsverlag Ludwig Appel, 1955

Weatherill & Beaumont, EU Law, Penguin Books, 1999, 3. udg.

Wegener, Morten, *Juridisk metode,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 3. udg.

Werlauff, Erik, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring,* Gjellerup, 2006

Werlauff, Erik, *Udlicitering og medarbejdere,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, 4. udg.

Wyatt & Dashwood, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2000, 4. udg.
Zahle, Henrik, *Dansk forfatningsret 3*, Christian Ejlers' Forlag, 2003, 3. udg.
Zahle, Henrik (red.), *Grundloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, 2. udg.
Öman og Lindblom, *Personuppgiftslagen – en kommentar*, Norstedts Juridik AB, 2001, 2. udg.
Betænkning nr. 759/1976 om Visse strafferetlige og civilretlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter
Betænkning nr. 1227/1991 om Udlicitering af offentlige drifts og anlægsopgaver

Artikler

Andersen, Jon, *Persondataloven og den offentlige tavshedspligt* i Juristen 2003, s. 281ff.
Bernt, Jan Fridthjof, *Utenforliggende hensyn som ugyltighetsgrunn* i Tidsskrift for Retsvitenskab 1978, s. 241ff.
Blume, Peter, *Behandlingsbegrebet i databeskyttelsesretten* i Ugeskrift for Retsvæsen 2000 litterær afdeling, s. 425ff.
Blume, Peter, *Beskyttelse af oplysninger om bipersoner* i Ugeskrift for Retsvæsen 2002 litterær afdeling, s. 112ff.
Blume, Peter, *Databeskyttelse i den digitale forvaltning* i Ugeskrift for Retsvæsen 2005 litterær afdeling, s. 372ff.
Blume, Peter, *Databeskyttelse og anden ret* i Juristen 2004, s. 28ff.
Blume, Peter, *Databeskyttelse og ytringsfrihed* i Ugeskrift for Retsvæsen 2003 litterær afdeling, s. 215ff.
Blume, Peter, *Databeskyttelsens harmonisering* i Ugeskrift for Retsvæsen 2004 litterær afdeling, s. 45ff.
Blume, Peter, *Indsamling af personoplysninger* i Ugeskrift for Retsvæsen 2002 litterær afdeling, s. 456ff.
Blume, Peter, *Samtykke i databeskyttelseretten* i Ugeskrift for Retsvæsen 2000 litterær afdeling, s. 77ff.
Blume, Peter, *Tv-overvågning* i Juristen 2001, s. 144ff.
Bülow, Jens-Christian og Pedersen, René Dejbjerg, *Nye love. Retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter* i Juristen 2005, s. 216ff.
Cohen-Jonathan, G., *Respect for Private and Family Life* i Macdonald, R. st. J, m.fl. (ed.): The European System for the Protection of Human Rights, s. 405ff.

de Búrca, Grainne, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law* i Yearbook of European Law, 1993, s. 105ff.

Eissen, Marc-André, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights* i Macdonald, R. st. J, m.fl. (ed.): The European System for the Protection of Human Rights, s. 126ff.

Gentz, Manfred, *Zur Verhältnismaässigkeit von Grundrechtseingriffen* i Neue Juristische Wochenschrift, 1968, s. 1600ff.

Grabitz, Eberhard, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* i Archiv des öffentlichen Rechts, 1973, s. 568ff.

Graver, Hans Petter, *Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser* i Lov og Rett 1995, s. 287ff.

Herdegen, Matthias, *The Relation between the Principles of Equality and Proportionality* i Common Market Law review 1985, s. 683ff.

Holst-Christensen, Nina, *EF-Domstolens anvendelse af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol siden 1991* i Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, s. 151ff.

Jacobs, Francis G., *Recent Developments in the Principle of Proportionality in the European Community Law* i Ellis, Evelyn (ed.): The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s. 1ff.

Jacobsen, Bjørn Dilou, *Domstolsprøvelse af en forvaltningsafgørelses egnethed* i Justitia, nr. 6, 2000, s. 49ff.

Jensen, Michael H., *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning* i Ugeskrift for Retsvæsen 1994 litterær afdeling, s. 335ff.

Jensen, Michael H., *Ekspropriation og proportionalitet* i Ugeskrift for Retsvæsen 2000 litterær afdeling, s. 435ff.

Kutscher, Hans, *Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften* i Kutscher m.fl.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäïschen Rechtsordnungen

Laursen, Charlotte Bagger, *Finalité-princippets betydning for forvaltningsretten* i Ugeskrift for Retsvæsen 2003 litterær afdeling, s. 41ff.

Lind, Martin Gräs, *Persondataloven og lov om tv-overvågning - gennemtænkt samspil?* i Rettid 2003

Lundblad og Wärnsby, *Proportionalitetsprincipen inom förvaltningsrätten efter Barsebäckdomen* i Europaretligt Tidsskrift 2000, s. 209ff.

Macdonald, R. st. J, *The Margien of Appreciation* i Macdonald, R. st. J, m.fl. (ed.): The European System for the Protection of Human Rights, s. 83ff.

McBride, Jeremy, *Proportinality and the European Convention on Human Rights* i Ellis, Evelyn (ed.): The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s. 23ff.

Munch, Mogens, *Trykkefrihed og forbud* i Ugeskrift for Retsvæsen 1982 litterær afdeling, s. 61ff.

Rasmussen, Ørnulf, *Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten* i Lov og Rett 1995, s. 307ff.

Ress, Georg, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht* i Kutscher m.fl.: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europaïschen Rechtsordnungen

Revsbech, Karsten, *Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav* i Ugeskrift for Retsvæsen 1990 litterær afdeling, s. 400ff.

Sterzel, Fredrik, *Proportionalitetsprincipen* i Fågelperspektiv på rättsordningen. Vanbok til Staffan Westerlund, s. 319ff.

Temple Lang, *Legal Certainty and Legitimate Expectations as General Principle of Law* i Bernitz og Nergelius: General Principles of European Community Law

Tridimas, Takis, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny* i Ellis, Evelyn (ed.): The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, s. 65ff.

Trolle, Jørgen, *Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-december 1966* i Ugeskrift for Retsvæsen 1967 litterær afdeling, s. 77ff.

Warnling-Nerep, Wiweka, *Barsebäck och proportionalitetsprincipens egentliga innebörd* i Festskrift til Ulf Bernitz, s. 169ff.

Winter, J.A., *Direct applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law* i 9 CMLRev(1972), s. 425ff.

Werlauff, Erik, *Menneskeretlige modhensyn – om undtagelserne til menneskerettighedernes 'stk. 2'* i Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, s. 393ff.

Westerlund, Steffan, *Proportionalitetsprincipen – verklighet, missförstånd eller nydaning?* i Miljörättslig tidskrift 1996:2, s. 248ff.

Westman, Daniel, *Personuppgiftsskydd och yttrandefrihet* i Lov&Data nr. 67 (september 2001), s. 13ff.

Westman, Daniel, *EG-domstolen och dataskyddsdirektivet* i Lov&Data nr. 77 (marts 2004), s. 21ff.

Westman, Daniel, *Sista ordet om Bodil* i Lov&Data nr. 78 (juni 2004), s. 10ff.

Domme og afgørelser

Danske domme

KFE 1993.215 *444*
KFE 1996.132 *444*

UfR 1935.1040 *440*
UfR 1936.1030H *454*
UfR 1952.781H *446*
UfR 1957.311H *457*
UfR 1964.714H *457*
UfR 1969.693H *458*
UfR 1978.751Ø *445*
UfR 1981.300H *39*
UfR 1985.766H *39*
UfR 1986.886H *445*
UfR 1988.33H *442*
UfR 1999.689Ø *160*
UfR 1999.1798H *438, 535*
UfR 2000.577H *447*
UfR 2002.1118Ø *459*
UfR 2003.1660H *458*
UfR 2004.2204Ø *125*
UfR 2005.2979V *142*

Tyske domme

PrOVG 44, 342 *333*
PrOVG 9, 353 Kreuzberg *332*

BVerfGE 7, 377 Apotheken-Urteil *336, 341, 342, 345*
BVerfGE 17, 306 Mitfahrzentrale *329, 341*
BVerfGE 19, 330 Sachkundenachweis *336, 343, 346*
BVerfGE 19, 342 Wecker *330*
BVerfGE 27, 344 Ehescheidungsakten *336, 346*
BVerfGE 30, 292 Erdölbevorratung *341, 343, 346*
BVerfGE 37, 271 Solange BeslußI *69, 70*

BVerfGE 48, 402 *340*
BVerfGE 73, 339 Solange BeslußII *70*
BVerfGE 89, 155 Mastrict *70*
BVerfGE 90, 145 Cannabis *343, 346*
BVerfGE 95, 173 Warnhinweise für Tabakerzeugnisse *71*
BVerfGE 102, 147 Bananenmarktordnung *71*

EU domme

Sag 4/53 *Belgien mod Den Høje Myndighed 385*
Sag 8/55 *Fèdèration Charbonnière 385*
Sag 1/58 *Stork 66*
Sag 14/59 *Pont-à-Mousson 370*
Sag 19/61 *Mannesmann 370*
Forenede sager 5-11, 13-15/62 *San Michele 387*
Sag 26/62 *Van Gend en Loos 52*
Sag 13/63 *Italien mod Kommissionen 371*
Sag 6/64 *Costa v. ENEL 55, 68, 360*
Sag 29/69 *Stauder 67*
Sag 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft 67, 352, 360, 361, 387, 413, 414*
sag 31/70 *Deutsche Getreide- und Futtermittel 354*
Sag 62/70 *Bock 366, 367, 368*
Sag 1/72 *Frilli 371*
Sag 40/72 *Schröder 415, 535, 543*
Sag 4/73 *Nold 69*
Forenede sager 63-69/73 *Werhahn 374, 379*
Sag 41/74 *Van Duyn mod Home Office 49, 53*
Sag 29/75 *Kaufhof 366*
Sag 36/75 *Rutili 72*
Forenede sager 83, 94/76 og 15, 40/77 *Bayerische HNL 377*
Sag 114/76 *Bela-Mühle 373, 377, 391*
Sag 116/76 *Granaria 373, 377, 392*
Forenede sager 117/76 og 16/77 *Ruckdeschel 356, 371*
Forenede sager 119, 120/76 *Ölmühle 373, 376, 377, 392*
Forenede sager 124/76 og 20/77 *S. A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson 371*
Forenede sager 103, 145/77 *Royal Scholten Honig 378*
Forenede sager 116, 124/77 *Anylom 379*
Sag 8/78 *Milac 379*
Sag 98/78 *Racke 365*
Sag 101/78 *Granaria 358*
Sag 122/78 *Buitoni 389, 404*
Sag 166/78 *Italien mod Rådet 382*
Forenede sager 212-217/80 *Salumi 364*
Sag 77/81 *Zuckerfabrik Franken 390*
Sag 261/81 *Rau I 389*
Sag 283/81 *CILFIT 75*

Sag 66/82 *Fromançais* *385, 388, 389, 406*
Sag 14/83 *von Colson* *60*
Sag 15/83 *Denkavit Nederland* *380, 394*
Sag 125/83 *OBEA* *395*
Sag 143/83, *Kommissionen mod Danmark* *219*
Sag 283/83 *Racke* *381*
Sag 294/83 *Les Verts* *358*
Sag 1/84R *Ilford* *368*
Sag 152/84 *Marshall* *54*
Sag 181/84 *E. D. and F. Man* *390, 410, 411*
Sag 205/84 *Kommissionen mod Tyskland (Den tyske co-assurancesag)* *425*
Sag 222/84 *Johnston* *390*
Sag 266/84 *Denkavit* *396*
Sag 21/85 *Maas* *411*
Sag 77/86 *National Dried Fruit* *423*
Sag 265/87 *Schräder* *399*
Sag C-331/88 *Fedesa* *385, 386, 403, 420*
Sag C-118/89 *Lingelfelser* *389, 410*
Sag C-155/89 *Phillip Brothers* *389*
Sag C-180/89 *Kommissionen mod Italien* *426*
Sag C-106/91 *Ramrath* *426*
Sag C-19/92 *Kraus* *426*
Forenede sager C-133, 300, 362/93 *Crispoltoni* *389, 403*
Sag C-384/93 *Alpine Investments* *429*
Sag C-55/94 *Gebhard* *426*
Sag C-70/94 *Werber* *429*
Sag C-83/94 *Leifer* *429*
Sag C-193/94 *Skanavi* *428*
Forenede sager C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96 *Molenheide* *430*
Sag C-29/95 *Pastoors* *428*
Sag C-157/96 *National Farmers Union* *401*
Sag C-161/96 *Südzucker* *390*
Sag C-212/97 *Centros* *426*
Sag C-273/97 *Sidar* *390*
Sag C-292/97 *Kreil* *390*
Sag C-356/97 *Molkereigenossenschaft* *389*
Sag C-376/98 *Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet* *258*
Sag C-413/99 *Baumbast* *389*
Sag C-443/99 *Merck, Sharp & Dohme* *389*
Sag C-476/99 *Lommers* *390*
Sag C-52/00 *Kommissionen mod Frankrig* *247*
Sag C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* *426*
Forenede sager C-465/00, C-138/01 og 139/01 *Österreichischer Rundfunk* *255*
Sag C-101/01 *Lindquist* *263*

Norske domme

Rt. 1951, s. 19 *475, 477*
Rt. 1957, s. 1190 *476, 477*
Rt. 1973, s. 460 *474, 476*
2004/894-12 Fjernsynsovervåkning NSB Persontog *180, 311, 316, 531*

Svenske domme

Kammerrätten i Stockholm. Dom af 1. november 2005 i 1982-05 Tallriksautomat Uddevalla *139*
Länsrätten i Stockholm Län. Dom af 2. marts 2005 i 2458-05 Tallriksautomat Uddevalla *139*

NJA 2001, s. 409, Ramsbro *300, 322*

RÅ 1996, ref. 22 *481*
RÅ 1996, ref. 40 *481*
RÅ 1996, ref. 44 *481*
RÅ 1996, ref. 56 *481*
RÅ 1999, ref. 76 *484*
RÅ 2001, ref. 72 *492*

Datainspektionens beslutning af 15. juni 2004 i 42-2004 Tallriksautomat Njurunda *139*
Datainspektionens beslutning af 13. januar 2005 i 1601-2004 Tallriksautomat Uddevalla *139*
Datainspektionens beslutning af 13. januar 2005 i 1602-2004 Tallriksautomat Lerum *139*

Udtalelser fra Folketingets Ombudsmand

J.nr. 2001-3682-813 *460*

Afgørelser fra Datatilsynet

2000-43-0004 Telekommunikationsindustriens advarselsregister (DÅ 2000, s. 43ff.) *123, 243*
2000-43-0013 FDB's advarselsregister over bortviste medarbejdere (DÅ 2000, s. 47ff.) *124, 238*
2000-214-0007 Arbejdsgiveres videregivelse af oplysninger *188, 530*
2000-216-0002 Hjemmesider med oplysninger om medarbejdere og elever (DÅ 2000, s. 33ff.) *165, 174*
2000-216-0010 Ældre Sagen (DÅ 2000, s. 41f.) *191, 529*
2000-216-0016 Dansk Amatørfiskeriforening (DÅ 2000, s. 42f.) *120, 192, 529*

2000-321-0049 Biobanker (DÅ 2000, s. 27f.) *92, 306*
2000-53-0118 Behandling af følsomme oplysninger om misbrugere (DÅ 2001, s. 37ff.) *93, 169, 213, 518*
2000-631-0001 Kontrol med medarbejderes brug internettet (DÅ 2000, s. 31f. gengiver i uddrag) *176*
2000-631-0086 Transmission af live-video fra en pub (DÅ 2002, s. 61ff.) *166*
2000-632-0001 Registrering af medarbejderes brug af internettet *126*
2001-211-0027 Tv-overvågning i supermarkedskæde (DÅ 2002, s. 63ff.) *182*
2001-213-0066 Klage over Bank B's behandling af oplysninger *131, 167*
2001-214-0020 En fagforenings udsendelse af materiale til studerende (DÅ 2001, s. 33ff.) *121*
2001-215-0050 Offentliggørelse af oplysninger om byrådsmedlemmer på internettet (DÅ 2001, s. 38ff.) *174, 298*
2001-321-0132 Tv-overvågning af statsvejene *92, 126, 143, 178, 546*
2001-2221-0019 Sortliste over virksomheder i træbranchen (DÅ 2002, s. 56ff.) *298*
2002-214-0046 Fagforeningers udsendelse af medlemsfortegnelse (DÅ 2002, s. 39f.) *207, 313*
2002-216-0109 Offentliggørelse af situationsbilleder på internettet (DÅ 2002, s. 44ff.) *166, 175*
2002-219-0110 Analog tv-overvågning (DÅ 2003, s. 99ff.) *115*
2002-219-0135 Antipiratgruppen (DÅ 2003, s. 80ff.) *153, 184, 195, 311, 527*
2002-219-0136 Behandling af personoplysninger hos Jubii A/S *105, 162, 169, 521*
2002-311-0150 Silkeborg Politi *126*
2002-321-0155 Lokal-tv fra overvågningskameraer i indkøbscenter (DÅ 2002, s. 42ff.) *298*
2002-321-0168 Terminaladgang til Centralregistreret for Motorkøretøjer (DÅ 2002, s. 59f.) *183, 530, 531, 539*
2002-321-0174 Videregivelse i forbindelse med ansøgninger om boligstøtte (DÅ 2002, s. 69ff.) *185, 195, 199, 311, 530*
2002-631-0086 Transmission af live-video fra en pub (DÅ 2002, s. 61ff.) *104, 126, 177*
2003-42-0523 Videoovervågning i S-tog (DÅ 2003, s. 95ff.) *147, 180, 243, 245, 315, 547*
2003-42-0641 Mærsk Olie og Gas A/S's bortvisningsregister (DÅ 2003, s. 88ff.) *206,239, 313, 319*
2003-52-2308 Videoovervågning Århus Sporveje *147, 155, 178, 308, 309, 315, 531, 539, 541, 548*
2003-211-0053 Klage over offentliggørelse af personoplysninger (IDA) *187, 311, 530*
2003-212-0143 Fingeraftryk på Bornholmerkortet (DÅ 2003, s. 85ff.) *92, 100, 134, 306, 316*
2003-219-148 Debatside på internettet (DÅ 2003, s. 82ff.) *298, 299*
2003-233-0028 Samtykke som hjemmel til behandling af personoplysninger *104, 167, 308, 550*
2003-313-0149 Tv-overvågning i Høje-Taastrup Kommune (DÅ 2003, s. 91ff.) *143, 182, 233, 308, 315, 531, 538, 541*

2003-313-0180 Klage over behandling af oplysninger om parkeringsafgift *200*
2003-321-0225 Økonomi- og Erhvervsministeriets offentliggørelse af løntillæg *188, 530*
2003-321-0243 Oplysningspligt i forhold til børn og unge. *546*
2003-321-0269 Offentliggørelse af oplysninger om mulig jordforurening (DÅ 2003, s. 118ff.) *91, 189*
2003-322-0043 Web-kameraer ved Vidåslusen *179*
2003-323-0101 Videregivelse af ejendomsoplysninger til Randers Energi *91, 133, 191, 305, 531, 539*
2003-631-0106 Socialdemokraternes anvendelse af medlemsoplysninger *120*
2003-631-0118 Indhentelse af kreditoplysninger om stillingsansøgere *104*
2004-52-2442 Udtalelse i forbindelse med anmeldelse af Videoovervågning *126, 145, 548*
2004-52-2610 Videoovervågning af Helsingør Svømmehal *149*
2004-54-1396 Udtalelse i forbindelse med anmeldelse af Digital tilmelding til og ansøgning om optagelse på uddannelser *104, 124, 542, 545, 547*
2004-54-1508 Behandling af oplysninger hos Projekt JANUS *91, 124, 207, 305, 313, 517*
2004-122-0103 Høring over Strukturkommissionens betænkning *100, 106, 115, 238*
2004-219-0208 Behandling af personoplysninger i et biometrisk adgangssystem *92, 100, 306*
2004-311-0406 Sletning i CPR *106*
2004-321-0316 Arbejdsdirektoratets oplysningspligt iforbindelse med rådighedstilsyn *548*
2005-216-0250 Offentliggørelse af afgørelser fra Patientklagenævnet *31*
2005-632-0077 Videregivelse af oplysninger fra CPR til private virksomheder *115*
J.nr. 2000-210-0002 Due diligence (besigtigelse ved virksomhedsoverdragelse) (DÅ 2001, s. 35f.) *173, 529*
J.nr. 2004-219-0208 Behandling af personoplysninger i et biometrisk adgangssystem *135*

Domme fra EMD

Dom af 7. december 1976, Handyside *288*
Dom af 26. april 1979, Sunday Times *289*
Dom af 24. november 1986, Gillow *289*
Dom af 7. juli 1989, *Soering* *78*
Dom af 25. februar 1997, Z vs. Finland *293, 320*
Dom af 27. august 1997, M.S. vs. Sverige *287*
Dom af 16. februar 2000, Amann *26, 79, 287, 320*
Dom af 28. januar 2003, Peck *294, 321, 535*
Dom af 8. april 2004, Hasse *289*

Stikord

abonnement *116, 118*
abonnementsaftale, *244*
abonnementsvilkår, *123, 244*
adgangskontrol, *136, 137, 315*
adgangssystem, *100, 135*
adressefortegnelse, *266, 267*
advarselsregister, *123, 124, 238, 243*
afdøde, *87, 95, 306*
afgift, *191, 539*
afgørelsessager, *112, 122, 157*
aflæsning, *139, 140*
afskedigelse, *187, 311, 457, 507, 516*
afvejning, *47, 89, 129, 133, 170, 241, 261, 269, 292, 299, 306, 375, 484, 526, 545*
afvejningskriterium, *344, 449*
afvejningsnorm, *39, 463, 516, 536, 540*
ajourføring, *107*
alkoholpolitik, *241*
alkoholtest, *207, 240, 313*
almenvellet, *361, 388, 415, 439, 535*
anmeldelse, *204*

beskyttelsesniveau, *26, 245*
bipersoner, *87, 92*
bortvisningsregister, *239*
byplanvedtægt, *445*
byrådsmedlemmer, *174*

CCTV, *144, 148, 294, 321, 542*
chat, *105, 169, 522*
chipkort, *134, 137, 307*

dataansvarlig, *32*
databehandleren, *32*
datakvalitet, *88, 107, 162*
dataophobning, *153, 202*
dataoverførsel, *276, 277*
dekryptering, *94*
direkte virkning, *29*
druer, tørrede, *424*

elektroniske spor, *23*
energisystem, *485, 486, 509*
envejskryptering, *94*
EU-konform fortolkning, *48, 59, 61, 63*
Europa-Rådet, *25*
Europa-Rådets konvention, *25*

fildelingstjeneste, *154*
fingeraftryk, *92, 100, 134, 138, 139, 140, 306, 307, 315*
fingeraftryksskabeloner, *138*
fjernvarme, *191, 539*
forfatningstraktaten, *36, 46, 56, 72, 253*
formålsangivelse, *29*
funktionel afgrænsning, *31*
fysiske karakteristika, *137*

grundrettighederne, *66, 259*

helbredsoplysninger, *93, 213, 232, 287, 293*
Hessen, *23*

hærværk, *233, 522*
hærværkskriminalitet, *180*
hærværkstilfælde, *146*
håndaflæsning, *141*
håndaftryk, *315*

implementeringsfrihed, *26*
importafgift, *424*
indsamlingsfasen, *98*
indsamlingsformål, *102, 131, 521*
informationsteknologi, *23*
interesseafvejning, *89, 297, 309, 490*
isoglucose, *378*

jobansøgere, *104, 219*

kernekraft, *484, 508*
kommunikationsdata, *105, 169*

landbrugspolitik, *393, 418, 422*
live-transmission, *167*
live-tv, *166*
live-video, *104, 177*
logning, *105, 169, 176, 521*
lov om offentlige myndigheders registre, *228, 229*
lønoplysninger, *188*
løntillæg, *188, 530*

markedsføringsmateriale, *120, 121, 191*
markedsordning, *352, 404*
medansvarsafgift, *399*
medlemsfortegnelse, *207, 313*
medlemsoplysninger, *120, 191, 525, 529*
minimumsharmonisering, *247, 270, 276, 519*
motionscentre, *135*

narkotikapolitik, *207, 239, 241*
narkotikatest, *207, 240, 313*
nærhedsprincippet, *36, 352, 362*

OECD, *25*
oplysningspligt, *95, 132, 177, 200, 545*
overvågningskamera, *298, 538*

parkeringsafgift, *200*
persondatadirektiv, *26*
personnummer, *125, 167*
portrætbilleder, *175*

register, *22, 31*
Registerudvalget, *28*
retssikkerhed, *27*

situationsbilleder, *175*
skønsafvejningen, *129*
sletningsfrist, *105, 542*
smørmarkedet, *409*
subsidiaritetsprincippet, *36, 351, 362*
Sverige, *24*

totalharmonisering, *247*
tredjemand, *32*

udligningsafgift, *424, 502*

videoovervågningskamera, *294*
viljeserklæring, *162*
viljestilkendegivelse, *162*

web-kamera, *178, 321*