

Virksomheden og myndighederne

A. Proportionalitetsprincippet¹

Af Charlotte Bagger Tranberg

1. Introduktion

Proportionalitetsprincippet anvendes overalt inden for juraen. Princippet er umiddelbart vanskeligt at konkretisere, fordi det anvendes på så mange områder. På det mest abstrakte plan er der tale om et princip, hvorefter det kræves, at påtænkte foranstaltninger skal være proportionale i forhold til et på forhånd opstillet formål. Hvis man forestiller sig et billede af fru Justitia, der står med vægten i hånden, er proportionalitetsprincippet medvirkende til, at vægten balancerer.

Nærværende fremstilling behandler proportionalitetsprincippet fra *flere vinkler* – dansk ret, EU-retten, menneskeretten – men går også på tværs internt i princippet og ser på det som en overordnet afvejningsnorm og som en detaljeret treleddet vurdering.²

1. Nærværende fremstilling er en koncentreret og bearbejdet version af del III (s. 325-493) i forfatterens ph.d.-afhandling, med titlen *Nødvendig behandling af personoplysninger*, Forlaget Thomson 2007, hvortil der uddybende henvises.
2. Da nærværende er et udvalg af juridiske områder, hvorpå proportionalitetsprincippet anvendes, kan fremstillingen ikke karakteriseres som fuldstændig.

2. Princippet oprindelse

Grundstenen til det proportionalitetsprincip, som anvendes på mange retsområder i dag, blev lagt i det tyske retssystem i slutningen af det 19. århundrede.³ På dette tidspunkt afsagde den Preussiske Overforvaltningsdomstol (Preussisches Oberverwaltungsgericht) flere domme inden for det politiretlige område,⁴ hvor domstolen anvendte proportionalitetsprincippet i forbindelse med politiets prøvelse af området for offentlig lov og orden.⁵

I begyndelsen af 1900-tallet satte den tyske jurist *Fleiner* 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.⁶

På trods af proportionalitetsprincippets tidlige oprindelse i tysk ret er det først efter 2. verdenskrig, at den tyske forfatningsdomstol indleder udviklingen af en egentlig treleddet vurdering.⁷ Den treleddede vurdering ses for første gang i forfatningsdomstolens praksis i 1958.⁸ I tysk ret er det den almindelige opfattelse, at proportionalitetsprincippet kun er overholdt, hvis alle tre led er opfyldte. Dette betyder, at en foranstaltning er proportional, hvis

3. Princippet kan dog spores helt tilbage til oldtidens Grækenland med udtrykket *pan metron ariston*, som betyder *alle gode ting med måde*.
4. 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.
5. Nicolas, Emiliou: The Principle of Proportionality in European Law, s. 23.
6. Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht (1928), s. 404f, citeret i von Krauss: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, s. 5.
7. Indtil 2. verdenskrig ses udviklingen primært i praksis fra den tyske forvaltningsdomstol, jf. ovenfor i note 3 om princippet oprindelse i politiretten.
8. BverfGE 7, 377, Apotheken-Urteil, hvor den tyske forfatningsdomstol anvender begreberne *Geeignetheit*, *Erforderlichkeit* og *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne* om de tre underled i proportionalitetsvurderingen.

den er både *egnet, nødvendig og forholdsmæssig* i forhold til et på forhånd opstillet formål.

I dansk ret ses enkelte spor af *noget*, der tenderer proportionalitetsvurderinger, helt tilbage i 1930'erne, hvor Højesteret kommer med følgende begrundelse i en sag om et forbud udstedt på baggrund af en regel i den dagældende sundhedsvedtægt: »... at det ikke er oplyst, at Forbudet gaar ud, over, hvad Formaalet kræver«. ⁹

Ligesom det er tilfældet i tysk ret, sker proportionalitetsprincippet primære indtog i dansk ret via forvaltningsretten. Poul Andersen behandler udelukkende proportionalitetsafvejningen i forbindelse med politiets magtanvendelse i sin forvaltningsretlige fremstilling fra 1965. 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. Det betyder, at i de situationer, hvor den mildere slags magt er tilstrækkelig, skal den anvendes frem for den strengere. Yderligere må magtanvendelsen på ingen måde være uforholdsmæssig set i relation til den offentlige interesse, som søges beskyttet. ¹⁰

Ved valget mellem flere mulige udformninger af afgørelsens indhold er forvaltningen forpligtet til ikke at gå videre med hensyn til at påføre borgerne byder, end formålet tilsiger. ¹¹

Proportionalitetsprincippet har fået øget betydning på det politiretlige område i de senere år. Indtil vedtagelsen af *politiloven i 2004* gjaldt princippet som et uskrevet vurderingskriterium. ¹² I dag fremgår proportionalitetsprincippet implicit af lovteksten i forbindelse med reglerne om politiets magtanvendelse. Magtanvendelsen skal være *nødvendig og forsvarlig* og må alene ske med midler og i den udstrækning, der står i et *rimeligt forhold* til den interesse, der søges beskyttet. Magtanvendelsens forsvarlighed skal vurderes i forhold til risikoen for, at udenforstående kommer til skade. ¹³ Magt skal videre anvendes så skånsomt, som omstændighederne tillader, og så

9. UfR 1936.1030 H.

10. Andersen, Poul: Dansk forvaltningsret, 5. udg., s. 548.

11. Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udg., s. 302 og s. 372.

12. Lov nr. 444 af 9. juni 2004 om politiets myndighed. Det lovfæstede proportionalitetsprincip i politiloven er bygget over de regler i straffeloven (§§ 13 og 14), som tidligere var alene om at regulere politiets magtanvendelse.

13. Jf. politilovens § 16, stk. 1.

eventuelle skader begrænses til et minimum.¹⁴ Kravet om nødvendig og forsvarlig magtanvendelse betyder, at der som udgangspunkt ikke må anvendes skydevåben, stav eller andre kraftigere midler i de situationer, hvor almindelig fysisk magt er tilstrækkelig. Der vil dog være tale om en samlet vurdering af den konkrete situation.¹⁵ I nogle situationer vil det være tilstrækkeligt at udstede et påbud, for at en politiforretning kan gennemføres. Det vil således ikke være nødvendigt at gribe til magtmidler i det hele taget. Kravet om anvendelse af forsvarlig magt medfører, at der skal være et rimeligt forhold mellem den magt, der udøves, og det mål, der forfølges. Sagt med andre ord skal magtanvendelsen være proportional. Dette betyder, at en unødvendig magtanvendelse altid vil være uforsvarlig, men det betyder ikke, at der kan sluttes modsætningsvis – en nødvendig magtanvendelse behøver således ikke at være forsvarlig.¹⁶

Vurderingen skal tage 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 der ikke er gas til rådighed, når politiet skal standse et voldeligt opløb, kan det blive nødvendigt at benytte skydevåben i nødværgeøjemed. Dette var tilfældet under Nørrebro-urolighederne i 1993. Når vurderingen af magtanvendelsens forsvarlighed skal foretages, skal også indgå muligheden for at afvente situationen, indtil der er kommet assistance fra et tilstrækkeligt antal politifolk, eller indtil gassen er fremskaffet.¹⁷

Den anden del af proportionalitetsbestemmelsen i relation til politiets magtanvendelse vedrører *rimeligheden* i forholdet mellem magtanvendelsen og den interesse eller det gode, der søges beskyttet. Rimelighedsvurderingen bliver dermed til en præcisering af kravene om nødvendig og forsvarlig magtanvendelse. Det betyder, at der godt kan tænkes situationer, hvor det mindst indgribende af de tilstrækkelige midler er for indgribende. Her skal der tages hensyn til den aktuelle lovovertrædelse og det forhold, at politiet må afstå fra at anvende magt. Magtanvendelsens egnethed skal også indgå i vurderingen. Endelig indebærer princippet om det mindste middel, at magtmidlet – ud over at være det mindst indgribende – skal være tilstrækkeligt til at opfylde formålet i den konkrete situation.¹⁸

14. Jf. politilovens § 16, stk. 2.

15. Betænkning nr. 1410/2002, s. 215 og ligeledes Henricson, Ib: Politiloven med kommentarer, s. 118.

16. Henricson, Ib: Politiloven med kommentarer, s. 117.

17. Henricson, a.st., s. 118.

18. Henricson, a.st., s. 119.

I juni 2004 blev proportionalitetsprincippet direkte nævnt i en overskrift til en bestemmelse i en dansk lov.¹⁹ Dette skete med Folketingets vedtagelse af *retssikkerhedsloven*, der normerer forvaltningens tvangsindgreb uden for strafferetsplejen. Der er tale om en lovfæstning af det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip. Selv om bestemmelsen har et forholdsvis snævert anvendelsesområde, skal det ikke undervurderes, at der nu er åbnet op for, at proportionalitetsprincippet ikke længere anvendes på ulovreguleret grundlag eller fremgår implicit af lovbestemmelser, som det er bl.a. er tilfældet i politiloven ovenfor. Efter den omtalte bestemmelse må forvaltningen kun anvende tvangsindgreb, hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke er tilstrækkelige, og hvis indgrebet står i rimeligt forhold til formålet med det. Det medfører, at en myndighed – inden iværksættelsen af et kontrolindgreb – skal overveje, om det konkrete indgreb eventuelt kunne erstattes af andre og mindre indgribende kontrolmåder. Det skal derfor overvejes, om de oplysninger, som kan tilvejebringes ved gennemførelse af tvangsindgrebet, i stedet vil kunne indhentes via en mere formløs henvendelse til parten, hvor myndigheden anmoder om, at de relevante dokumenter indsendes til myndigheden.²⁰

Niels Fenger har fremsat følgende meget rammende generelle karakteristik af proportionalitetsprincippet 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.«²¹

19. Lov nr. 442 af 9. juni 2004 om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt, § 2.
20. 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.
21. Fenger, Niels: *Forvaltning & Fællesskab*, s. 638.

3. Det overordnede indhold i proportionalitetsprincippet

3.1 Betydningen af formålsspecifikationen

Uanset om en proportionalitetsvurdering foretages som en overordnet afvejning af forholdet mellem mål og midler eller som en detaljeret treleddet vurdering, rettes fokus sjældent mod specifikationen eller afgrænsningen af formålet med den foranstaltning, hvis proportionalitet skal vurderes. Uanset hvilke af de ovenstående proportionalitetsvurderinger der skal foretages, vil specifikationen af formålet have stor betydning i relation til en succesfuld proportionalitetsvurdering.

Yderligere gør der sig det forhold gældende, at kravet om specifikation af formålet med en given foranstaltning yderst sjældent er lovfæstet²² og dermed yderligere konkretiseret. Selve specifikationen af formålet med en foranstaltning kan give anledning til problemer ved en efterfølgende prøvelse af proportionaliteten. Specifikationen kan blive for bred eller for smal. Et formål, som er specificeret for *smalt*, vil medføre en indskrænket proportionalitetsvurdering, hvor foranstaltninger, som egentlig opfylder kravet om proportionalitet, vælges fra, og den konkrete foranstaltning ses som uproportional i forhold til det opstillede formål. I modsætning hertil vil formål, som er specificeret for *bredt*, medføre en udvidet proportionalitetsvurdering. Dette betyder, at foranstaltninger, der ikke er proportionelle i forhold til det reelle mere indskrænkede formål, vil blive anset som proportionelle. Dette gælder, uanset om princippet anvendes som overordnet afvejningsnorm eller som en detaljeret treleddet vurdering, jf. nedenfor.

I den forvaltningsretlige litteratur har *Bent Christensen* givet udtryk for, at proportionalitetsprincippet indebærer, at retsfølgen skal sammenlignes med *noget andet*. Der er imidlertid ikke let at konkretisere dette *noget andet* på et generelt plan.²³ Det praktiske problem er at få målet angivet så klart, at det kan opfylde sin styrende funktion.²⁴

Når kravet om formålsspecifikation er lovfæstet i persondatalovens § 5, stk. 2, er det konkretiseret, at specifikationen – i persondatarelig sammenhæng – skal indeholde krav om, at indsamling af personoplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og at senere behandling ikke må være ufor-

22. Dette er dog tilfældet i persondatalovens § 5, stk. 2, som er behandlet indgående i Tranberg: Nødvendig behandling af personoplysninger, s. 119ff., og andetsteds i denne fremstilling i artiklen *Virksomhed og persondata*, s. xx.

23. Bent Christensen: Forvaltningsret, 2. udg., s. 202.

24. Bent Christensen: Domstolsprøvelsens grundlag belyst ved prøvelse af en lokalplan, UfR 1982B.209 (s. 217).

enelig med de oprindeligt angivne formål. Der afstikkes således retningslinjer for princippet generelle indhold, og det vil efterfølgende være lettere at opfylde kravet om specifikation af formålet med en given foranstaltning i den konkrete retsanvendelse, fordi de overordnede krav til udfyldelsen er fastlagt. Retsanvenderen kan således koncentrere sig om selve udfyldelsen og ikke om, hvilke elementer der skal tillægges betydning, for at kravet opfyldes.

Man kunne også forestille sig den situation, hvor proportionalitetsvurderingen blev foretaget i forhold til det forkerte formål. I denne situation bliver det selvsagt vanskeligt at foretage en meningsfuld proportionalitetsvurdering, når den ikke foretages i forhold til det *rigtige* formål.²⁵

3.2 Den tilnærmede proportionalitetsvurdering

På trods af det ovenstående tyske udgangspunkt om, at proportionalitetsprincippet indeholder tre led, som alle skal være opfyldte i forhold til en given foranstaltning, er det langt fra altid, at dette er tilfældet i forbindelse med den konkrete retsanvendelse.

Også hvis man tager udgangspunkt i en given lovtekst i stedet for i den konkrete retsanvendelse, vil man kunne sige, at der findes en tilnærmet proportionalitetsvurdering i alle de lovbestemmelser, som indeholder krav om, at en given foranstaltning må gennemføres, hvis denne er *nødvendig*.²⁶ Det er åbenbart, at der kun er tale om ét af tre led i vurderingen, men egnethedskravet kan dog i visse tilfælde indfortolkes i nødvendighedsbetingelsen. Det er spørgsmålet, om en given foranstaltning kan anses for proportional, fordi den er nødvendig, eller om der er mulighed for at differentiere vurderingen alt efter den konkrete foranstaltnings karakter.

Praksis fra EF-Domstolen viser en klar tendens i retning af, at ovenstående udgangspunkt vedrørende de tre led i proportionalitetsprincippet ikke følges konsekvent. I flere tilfælde indleder Domstolen sine præmisser med at fastslå, at proportionalitetsprincippet er et grundlæggende princip i fællesskabet, og

25. Dette var tilfældet i den svenske Barsebäck-sag, hvor den svenske Regeringsrätten godt nok foretog en treleddet proportionalitetsvurdering efter europæisk forbillede, men vurderingen blev ikke foretaget i forhold til *formålet* med afviklingen af kernekraften, men i forhold til *midlet*. Det medførte en indskrænket prøvelse af foranstaltningens proportionalitet, jf. yderligere i Nødvendig behandling af personoplysninger, s. 484ff.
26. Dette er eksempelvis tilfældet i de centrale behandlingsregler i persondatalovens §§ 6-8, hvor det i flere tilfælde er et krav, at en konkret behandling af personoplysninger er nødvendig i forhold til et på forhånd fastsat formål. Det er også tilfældet i forvaltningslovens bestemmelser om videregivelse af oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold, jf. § 28, stk. 2, nr. 4.

at det indeholder tre underled, men i den efterfølgende vurdering af de konkrete foranstaltningers proportionalitet er Domstolen imidlertid ikke konsekvent i forhold til, at en given foranstaltning vurderes i forhold til alle tre underled.²⁷

Det er vanskeligt at se, hvorvidt der er en linje eller rød tråd i EF-Domstolens praksis. Det er muligt, at den fremtidige praksis vil udskille bestemte typer af sager som sager, hvor proportionalitetsvurderingen er treleddet – ligesom andre typer af sager med andre karakteristika alene indeholder den tilnærmede vurdering. I denne forbindelse bør der fokuseres på, at alle led i vurderingen måske ikke nødvendigvis skal tillægges samme vægt i alle sammenhænge. Det er navnlig vigtigt at se på, hvorvidt og i givet fald hvilken betydning det har, om den tilnærmede vurdering består af ét eller to led.

4. Proportionalitetsprincippet i menneskeretten

Følgende udsagn fra den juridiske menneskeretlige litteratur er meget dækkende i forhold til en karakteristik af proportionalitetsprincippet store betydning på retsområdet.

Rehof og Trier karakteriserer proportionalitetsprincippet som *»centralt, ja måske som den væsentligste maksime ved fastlæggelsen af den konkrete klagers rettigheder«*.²⁸

Werlauff tillægger proportionalitetsprincippet følgende betydning i menneskeretlig sammenhæng: *»Hele EMRK gennemses af proportionalitets-hensyn i alle tilfælde, hvor der er tale om at gøre indskrænkninger i en rettig-hed eller frihed.«*²⁹

Proportionalitetsprincippet anvendes i forbindelse med staters indgreb i konkrete frihedsrettigheder i EMRK. Det drejer sig især om frihedsrettighederne i konventionens art. 8-11, som omfatter:

- retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondance,
- retten til at tænke frit og til religions- og samvittighedsfrihed,
- retten til ytringsfrihed,

27. Sag 265/87 Schröder, Sag C-157/96 National Farmers Union, Sag C-118/89 Lingenfelter, sag C-114/76 Bela-Mühle, sag C-125/83 OBEA, sag C-266/84 Denkvit France, sag C-122/78 Buitoni, sag C-66/82 Fromançais.

28. Rehof og Trier: Menneskeret, s. 124.

29. Werlauff: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 74.

- retten til forsamlings- og foreningsfrihed.³⁰

Et konkret indgreb i de opregnede frihedsrettigheder skal for det første være i overensstemmelse med loven eller foreskrevet ved lov. Der er således tale om et legalitetskrav, som skal være opfyldt, for at et indgreb kan være i overensstemmelse med loven.

Konkrete indgreb i frihedsrettigheder skal for det andet være nødvendige i et demokratisk samfund. Det betyder, at indgrebet skal modsvare et pressende socialt behov, og i særdeleshed at indgrebet er proportionalt i forhold til det fulgte anerkendelsesværdige formål.³¹ Det falder inden for staternes skønsmargin (*margin of appreciation*) at afgøre om indgrebet er nødvendigt.³²

Der hersker ikke enighed i litteraturen, om kravet om nødvendighed er det andet og sidste led i vurderingen af et indgreb i en konventionssikret frihedsrettighed. Jon Fredrik Kjølbro sætter lighedstegn mellem kravet om, at et givet indgreb skal være nødvendigt i et demokratisk samfund, og kravet om proportionalitet.³³ Erik Werlauff behandler kravet om proportionalitet uafhængigt af kravet om nødvendighed, således at det til sidst skal vurderes om indgrebet i frihedsrettigheden ikke er uproportionalt i forhold til de modsatrettede hensyn, indgrebet tilsigter at varetage. I denne forbindelse fokuseres på, om indgrebet er »meget rigoristisk og ufravigeligt, eller om det snarere er fleksibelt formuleret, så det kan tilpasses den konkrete situation og dermed undgå et dybere indgreb end nødvendigt«.³⁴

Med baggrund i det forhold, at der er tale om indgreb i rettigheder, der er grundlæggende og fundamentale for det enkelte menneske, må den sidstnævnte løsning tiltrædes. Som det påpeges senere i denne artikel, er det væsentligt at nå frem til det rigtige resultat i forbindelse med foranstaltninger af personlig karakter. Sandsynligheden for, at proportionalitetsvurderingen lyk-

30. Yderligere frihedsrettigheder, som måske også kunne nævnes er ejendomsretten i EMRK P1, art. 1 og retten til at vælge sit opholdssted i EMRK P4, art. 2.
31. Andet stykke i EMRK art. 8-11 indeholder en opregning af anerkendelsesværdige formål, der kan begrunde indgreb fra offentlige myndigheder i de frihedsrettigheder, der er beskyttet efter de enkelte bestemmelser. Det drejer sig bl.a. om *den offentlige tryghed, den nationale sikkerhed og forebyggelse af uorden eller forbrydelse*.
32. Werlauff, s. 68.
33. Jon Fredrik Kjølbro: Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, s. 429f. og specielt med følgende udsagn ”om et indgreb er nødvendigt i et demokratisk samfund og dermed proportionalt”, jf. s. 430.
34. Werlauff: Menneskeretlige modhensyn i Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, s. 406 og ligeledes Werlauff: Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring, s. 74.

kes, vil øges, når vurderingen af nødvendigheden ikke sammenblandes med proportionalitetsvurderingen, men at de to vurderinger foretages i forlængelser af hinanden. Herved kan fokus bedst rettes mod de elementer, som skal tillægges vægt i relation til den enkelte vurdering.

I forbindelse med vurderingen af, om kravet om nødvendighed er opfyldt i forbindelse med indgreb i en frihedsrettighed, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fremhævet, at det ikke er domstolens opgave at træde i de nationale myndigheders sted ved udøvelsen af deres beføjelser. De nationale myndigheder har fordel af at have direkte kontakt med de involverede og er derfor bedre i stand til at træffe de konkrete afgørelser. I henhold til EMRK er det derimod domstolens opgave at efterprøve de afgørelser, som de nationale myndigheder har truffet ved udførelsen af deres beføjelser. Domstolen ser på, om de nationale myndigheders begrundelser for at foretage de anfægtede indgreb i de frihedsrettigheder, som konventionen beskytter, er *relevante og tilstrækkelige*.³⁵

Domstolens opgave er med andre ord at efterprøve, om afvejningen holder sig inden for visse rammer. Der vil kun blive statueret en krænkelse, hvis disse grænser er overtrådt.³⁶

Når proportionalitetsprincippet overholdelse skal vurderes, har det betydning, om de anvendte foranstaltninger er rimelige og egnede til at opnå det anerkendelsesværdige formål. Hvis staten holder sig inden for disse grænser, er det ikke i sig selv afgørende, om der kan påvises alternative foranstaltninger. Domstolen anser det ikke for sin opgave at afgøre, om den valgte foranstaltning er udtryk for den bedste løsning i det konkrete tilfælde, eller om skønnet burde have været udøvet på en anden måde.³⁷

Konkret kommer interessen til at samle sig om den konkrete afvejning af modsatrettede hensyn, som skal foretages af regelanvendende myndigheder i staten. En afvejning, som på den *ene* side består af en frihedsrettighed, og på den *anden* side nogle modsatrettede hensyn, som enten kan være et eller flere hensyn i den konkrete EMRK-bestemmelse eller som efter omstændighederne kan være en anden eller tilsvarende grundrettighed, der tilkommer andre.³⁸

Bedømmelsen af, om nødvendighedskriteriet er opfyldt, skal baseres på, om der kan henvises til rimelige og objektive kriterier, der kan understøtte *nødvendigheden*. Det er den indklagede stat, som har bevisbyrden for, at indgrebet anses for *nødvendigt*. Statens opgave er at bevise, at der foreligger

35. Kjølbros, s. 430 og Werlauff, s. 70.

36. Werlauff, s. 70.

37. Kjølbros, s. 430.

38. Werlauff, s. 69.

nogle objektive kendetegn som et indicium for, at ét af de relevante modhensyn er til stede og har været bærende for indgrebet i frihedsrettigheden.

Skønsmargin medfører ikke, at staternes afgivelse af, hvad den finder nødvendigt, er endelig. EMD foretager en selvstændig vurdering af dette, hvor der som minimum angives de elementer, som gør, at indgrebet er nødvendigt.³⁹

Som det er antydnet tidligere, er det hensigtsmæssigt, at et indgreb i en frihedsrettighed, der er fundet lovligt og nødvendigt, skal passere en sidste test, hvor det undersøges, om indgrebet er proportionalt i forhold til de modsatte hensyn, som indgrebet tilsigter at varetage. EMD foretager en ganske indgående prøvelse af, om kravet om proportionalitet er opfyldt, og flere indgreb er blevet forkastet som uoverensstemmende med konventionen som følge af manglende proportionalitet.⁴⁰

5. Proportionalitetsprincippet i EU-retten

5.1 Oprindelse

Ligesom det var tilfældet med proportionalitetsprincippet indtog i tysk og dansk ret, skete udvikling og formningen af princippet over tid. Man kan se spor af princippet i EF-Domstolens tidligste praksis,⁴¹ men det var først med domstolens dom i Internationale Handelsgesellschaft⁴² at princippet blev en del af fællesskabsretten. Princippet havde status som et *generelt princip på ulovreguleret niveau* indtil vedtagelsen af Amsterdamtraktaten.

I forbindelse med den videre udvikling af det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip i retning af en egentlig treleddet proportionalitetsvurdering⁴³ er

39. Werlauff, s. 72 og 73.

40. Werlauff, s. 74 og 75. Et eksempel er den irske abortsag. Dom af 29. oktober 1992, Case of open door and Dublin well women mod Irland, "Open Door". Dommen er indgående behandlet i Werlauff, s. 75.

41. Domstolens dom af 29. november 1956 i Sag 8/55 Fédération Charbonnière (findes ikke på dansk), hvor Domstolen understregede, at den Den Høje Myndighed ifølge en almindeligt anerkendt retsregel skulle afpasse en indirekte reaktion mod en utilladelig handling fra virksomhederne efter handlingens rækkevidde, Samling af Domstolens afgørelser, dansk specialudgave, 1954-1956, s. 30.

42. Dom af 17. december 1970 i Sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Saml. 1970, s. 235ff.

43. Ligesom det er tilfældet for så vidt angår den menneskeretlige proportionalitetsvurdering, er der ikke enighed i litteraturen om antallet af underled. Eksempelvis er nogle forfattere af den opfattelse, at princippet kun indeholder *to* led – egnethed og

EF-Domstolens dom i Fedesa væsentlig.⁴⁴ Sagen handler om gyldigheden af et rådsdirektiv⁴⁵ om forbud mod anvendelse af visse stoffer med hormonal virkning inden for husdyravl. Sagsøgerne fandt ikke, at et totalforbud var brugbart til at fjerne forbrugernes formodede bekymringer i relation til hormonbehandlet kød. EF-Domstolens præmis i forhold til anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet i denne forbindelse lyder:

»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.«⁴⁶ [Min fremhævnng]

Efter den netop citerede præmis fra Fedesa indeholder den fællesskabsretlige variant – ligesom det overordnet set er tilfældet med den tyske variant – af proportionalitetsprincippet følgende tre led, som alle skal være opfyldte, hvis en konkret foranstaltning skal kunne betragtes som proportional i forhold til et opstillet mål.

Når proportionalitetsprincippet er sat på denne treleddede formel, vil man efterfølgende kunne arbejde med vurderingen efter de enkelte led, og i denne forbindelse hvorvidt vurderingen skal differentieres i forhold til en konkret foranstaltnings intensitet. Efter tysk ret vil *kravet om egnethed* være opfyldt,

nødvendighed, jf. Tridimas: The General Principles of EC Law, s. 91f., mens andre forfattere opdeler princippet i lovlighed, egnethed og nødvendighed, jf. Neergaard m.fl.: EU-ret, 4. udg., s. 258.

44. Fra Internationale Handelsgesellschaft til Fedesa er det en formulering tilsvarende den, der findes i Sag 66/82 Fromançais, som Domstolen henviser til i forbindelse med proportionalitetsprincippet: "*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*", jf. pr. 8 [min fremhævnng].
45. Rådets direktiv 88/149/EØF af 7. marts 1988.
46. 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 Domstolens efterfølgende dom i forenede sager C-133/93, C-300/93, C-362/93 Crispoltoni, pr. 40, som i den danske udgave bruger udtrykket *passende* i stedet for *egnede*. I den engelske hhv. den franske udgave af dommen bruges i begge tilfælde ordet *appropriate* hhv. *approprié*.

blot det kan godtgøres, at foranstaltningen overhovedet, positivt, kan bidrage til at nå det forfulgte formål.⁴⁷ Efter fællesskabsretten er det tilstrækkeligt, at foranstaltningen, negativt, ikke må anses for klart uegnet.⁴⁸ I tysk ret kan findes eksempler på, at forfatningsdomstolen og juridiske forfattere har forsøgt at konkretisere *kravet om nødvendighed* yderligere. Eksempelvis vil en foranstaltning ikke opfylde kravet om nødvendighed, hvis man kunne have opnået det samme eller et bedre resultat gennem en mindre indgribende foranstaltning.⁴⁹

Dette udgangspunkt er overensstemmende med det, som findes i fællesskabsretten, jf. ovenstående præmis fra Fedesa. Det *sidste led i proportionalitetsvurderingen* er i tysk ret blevet udlagt som den egentlige vurdering af forholdet mellem middel og mål, eller lidt mere konkret at der ikke må være et tydeligt misforhold mellem disse to størrelser.⁵⁰

Hvis det generelle indhold i de enkelte led bliver for detaljeret, vil det være vanskeligt at anvende det overordnede proportionalitetsprincip i forhold til mange forskelligartede konkrete foranstaltninger, jf. om sondringen mellem formuemæssige og personlige foranstaltninger nedenfor. De netop berørte forsøg på at konkretisere indholdet af de enkelte led leder så at sige *tanken i den rigtige retning*, og det er frugtbart i forhold til en konkret retsanvendelse af princippet.

5.2 Traktatfæstnet rettighed

Med Amsterdamtraktaten blev proportionalitetsprincippet traktatfæstet i TEF art. 5, stk. 3, hvorefter Fællesskabet kun handler i det omfang, det er nødvendigt for at nå 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 foranstalt-

47. BVerfGE 7, 377(409), Apotheken-Urteil (1958), BVerfGE 19, 330(337) Sachkundenachweis (1965), BVerfGE 30, 292(316) Erdölbevorratung (1971), BVerfGE 90, 145(172) Cannabis (1994).

48. Dom af 7. februar 1973 i Sag 40/72, Schröder, Saml. 1973, s. 125ff., pr. 14 og dom af 13. november 1990 i Sag C-331/88 Fedesa m.fl., Saml. 1990, s. 4023ff., pr. 35.

49. Manfred Gentz: Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen i Neue Juristische Wochenschrift, 1968, s. 1600ff. (1603f.) og Michael Ch. Jakobs: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 66.

50. Manfred Gentz, a.st., s. 1604 og ligeledes Lothar Hirschberg: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Verlag Otto Schwartz & Co, 1981, s. 77 og de i note 16 nævnte domme fra Bundesverfassungsgericht.

ninger, 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.⁵¹

5.3 Proportionalitetsprincippet forhold til andre grundlæggende principper

Proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet er tæt forbundne, men de er ikke identiske. Subsidiaritetsprincippet indebærer, at Fællesskabet kun skal handle på et område, hvis den påtænkte handling bedre kan gennemføres på det fællesskabsretlige plan end på det nationale. Der er således tale om et vigtigt princip i forbindelse med fordelingen af kompetencen mellem medlemsstaterne og Fællesskabet. Beslutninger, der berører borgerne, skal træffes så tæt på disse som muligt. Derfor omtales princippet også som *nærhedsprincippet*. Ligesom det er tilfældet med proportionalitetsprincippet, blev subsidiaritetsprincippet traktatfæstet i Amsterdamtraktaten.

TEF art. 5, stk. 2 har følgende ordlyd:

»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 handlingens omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.«

Baggrunden for forbindelsen – men ikke identiteten – mellem subsidiaritets- og proportionalitetsprincippet er for det *første*, at subsidiaritetsprincippet udgør en indskrænkning i EU's bemyndigelse i forhold til medlemsstaterne, mens proportionalitetsprincippet tilvejebringer et kriterium, hvorved intensiteten af EU's foranstaltninger kan vurderes. Proportionalitetsprincippet går for det *andet* et skridt videre end kravet om subsidiaritet. Kravet om subsidiaritet omhandler spørgsmålet, om Fællesskabets foranstaltninger er krævet i det hele taget. Der er tale om et brud på princippet, hvis foranstaltninger på fællesskabsplan ikke behøves.

Proportionalitetsprincippet kommer derimod først ind i billedet, når det er besluttet, at en given fællesskabsmæssig foranstaltning er fornøden. Subsidiar-

51. Wegener: Juridisk metode, s. 205.

ritet angår med andre ord spørgsmålet om, hvem der er ansvarlig for at introducere en konkret foranstaltning. Proportionalitets komplementerer subsidiariteten og tager princippet et skridt videre.⁵²

De to principper kan have en kumulativ effekt på hinanden. Kravet om subsidiaritet tilvejebringer på et effektivt grundlag den indledende berettigelse for en specifik fællesskabsmæssig foranstaltning bestemt ud fra henvisning til målet eller effekten af den foreslåede foranstaltning. Kravet om proportionalitet garanterer, at den konkrete foranstaltning ikke overskrider, hvad der er passende og nødvendigt for at nå det tilsigtede mål.⁵³

Princippet om *lighed for loven* er et af de ældste og mest fundamentale principper i alle retssystemer. Det er fastforankret som et selvstændigt princip i både statsforfatningsretten og forvaltningsretten i ethvert demokratisk forfatningsmæssigt system. Princippet har forskellige udformninger i forskellige lande, men dets gyldighed som retlig maksime er anerkendt i enhver stat i den vestlige verden.⁵⁴

EF-Domstolen introducerede lighedsprincippet i Fællesskabsretten på et meget tidligt tidspunkt. Det første skridt i retning af en udvikling af princippet blev taget i 1959. Domstolens definition er følgende: »*Forskelsbehandling består i at behandle sammenlignelige situationer forskelligt eller i at behandle forskellige situationer på samme måde, medmindre objektive forskelle retfærdiggør en forskelsbehandling.*«⁵⁵ Siden starten af 1970'erne er princippet blevet anset som et af de grundlæggende principper inden for Fællesskabsretten.⁵⁶

Der findes ikke nogen *generel bestemmelse om lighed* i nogle af de gældende traktater, som dog rummer flere *specielle* diskriminationsforbud.⁵⁷

I et traditionelt lys kan relationen mellem det *generelle lighedsprincip og proportionalitetsprincippet* forekomme uortodoks.⁵⁸ I 1977 blev der etableret

52. Emiliou: The Principle of Proportionality in European Law, s. 140.

53. Emiliou, s. 142.

54. Schwartze: Eupoean Administrative Law, s. 545.

55. Sag 14/59 Pont-à-Mousson (1959), sag 13/63 Italien mod Kommissionen (1963) og sag 19/61 Mannesmann (1962).

56. Sag 1/72 Frilli (1972).

57. 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. Eksempler på specielle diskriminationsforbud er forbuddene mod nationalitets- og kønsbestemt forskelsbehandling, jf. TEF art. 12 og 141.

58. Herdegen: The relation between the Principles of Equality and Proportionality, CMLR 1985, s. 685.

en tæt forbindelse mellem principperne i EF-Domstolens praksis.⁵⁹ Vurderingen af, om lighedsprincippet er respekteret, kan komme til at indebære en proportionalitetsvurdering. Forskellig behandling af sammenlignelige situationer vil være i strid med lighedsprincippet, hvis proportionalitetsprincippet ikke samtidig er respekteret. Hvis formålet med foranstaltningen kan opnås uden forskelsbehandling, er den ikke proportional og dermed også i strid med lighedsprincippet.⁶⁰

Selv om principperne om 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.⁶¹ En omkostning, som på overfladen eller på grund af dens størrelse, er åbenbart urimelig, og derfor upassende til at nå det ønskede mål, er disproportional såvel som vilkårlig. Under bestemte betingelser kan en foranstaltning, som overtræder individets eller et foretagnes materielle sfære, krænke begge principper. Således vil en usædvanlig stor omkostning, som forvrider den konkurrencemæssige relation mellem forskellige grupper, være ensbetydende med ulovlig diskrimination. 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.⁶²

5.4 Institutionernes foranstaltninger

Som det tidligere er nævnt er proportionalitetsprincippet i dag traktatfæstet i TEF art. 5, stk. 3. Princippet anvendes også som afvejningsnorm i relation til institutionernes og medlemsstaternes foranstaltninger. Der kan ikke sættes lighedstegn mellem den proportionalitetsvurdering, som foretages i de to

59. Forenede sager 117/76 og 16/77 Skummetmælkspulver (1977). Dommen og den efterfølgende (ikke så klare) praksis er behandlet i Nødvendig behandling af personoplysninger, s. 373ff.

60. Nan Rasmussen og Schönberg: EU-menneskeret, s. 54.

61. Capotori: Community Report i Fédération 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. 160.

62. Herdegen, s. 691 og ligeledes Emiliou, s. 161.

relationer, og derfor behandles institutionernes foranstaltninger i dette afsnit og medlemsstaternes foranstaltninger i det næste.

I en lang række sager har EF-Domstolen understreget, at institutionerne i EU har vidtfavnende skøn på eksempelvis det landbrugspolitiske område⁶³ og i forbindelse med komplicerede økonomiske foranstaltninger.⁶⁴ Det er kun i de situationer, hvor Domstolen betragter de konkrete foranstaltninger som *åbenbart uhensigtsmæssige*⁶⁵ i forhold til formålet med foranstaltningen, at de tilsidesættes som disproportional.

5.5 Medlemsstaternes foranstaltninger

Som det er nævnt i det foregående afsnit, anvender EF-Domstolen også proportionalitetsvurderingen i forbindelse med vurderingen af medlemsstaternes indgreb i de grundlæggende principper i Traktaten: personers, varernes, tjenesteydelsesternes og kapitalens frie bevægelighed samt etableringsfriheden. 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.⁶⁶ Det var dog først i 1986 i Kommissionen mod Tyskland,⁶⁷ 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 tjenesteydelsesternes 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 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 medlemsstat, hvor han er etableret. Det er desuden en betingelse, at kravene er **objektivt nødvendige**⁶⁸ for at*

63. Eksempelvis sag C-265/87 Schröder, pr. 22 og sag C-157/96 National Farmers Union, pr. 67 og 71.

64. Eksempelvis sag C-40/72 Schröder, pr. 14.

65. På engelsk: *The manifestly inappropriate test*.

66. Forenede sager 110 og 111/78 Van Wesemael m.fl. og sag C-279/80 Webb.

67. Sag C-205/84 Kommissionen mod Tyskland (Den tyske co-assurancesag).

68. På engelsk: *The less restrictive alternative test*.

*sikre overholdelsen af de regler, der gælder for det pågældende erhverv, og for at beskytte de hensyn, som varetages med reglerne.*⁶⁹
[Min fremhævelse].

6. Proportionalitet og intensitet

Foranstaltninger af personlig karakter er relateret specifikt til det enkelte menneskes person. Denne type af foranstaltninger kan afgrænses i forhold til *foranstaltninger af formuemæssig karakter*, som udelukkende vedrører økonomiske forhold.

Foranstaltningerne kan ikke betragtes som særlig intensive i forhold til det enkelte menneskes person.

På det helt fundamentale plan er det enkelte menneskes ret til livet beskyttet efter bestemmelsen i EMRK art. 2. Intet menneske må således forsætligt berøves livet undtagen ved fuldbyrdelse af en dødsdom, afsagt af en domstol i tilfælde, hvor der ved lov er fastsat dødsstraf for den pågældende forbrydelse. I bestemmelsens anden stykke understreges det, at der skal anvendes en magtanvendelse, som ikke går ud over den *absolut nødvendige*. Der er altså tale om en skærpet nødvendighedsvurdering (og proportionalitetsvurdering) i forhold til den, som i EMRK art. 8-11 *blot* skal være *nødvendigt i et demokratisk samfund*.⁷⁰

På et mindre *fundamentalt plan* kan foranstaltningerne af personlig karakter være i form af egentlige oplysninger eller i forhold til særlig *følelige* indgreb i forhold til den enkelte.⁷¹ De *egentlige oplysninger* er defineret i persondatalovens § 3, nr. 1, nemlig *»[e]nhver form for information om en identificeret eller identificerbar fysisk person«*⁷²

På trods af denne definition, som er fortolket bredt af både den danske tilsynsmyndighed, Datatilsynet, og EF-Domstolen, er personoplysninger opdelt i forskellige kategorier. Nogle former for oplysninger bliver ud fra inten-

69. Sag 205/84, pr. 27.

70. Peer Lorenzen m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (art. 1-10), 2. udg., s. 101 og ligeledes Kjølbro, s. 138.

71. Trine Schultz: Retsanvendelse og skøn, s. 285.

72. Efter persondatadirektivets (95/46/EØF af 24. oktober 1995) art. 2, litra a skal der ved en 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«*.

sitetsbetragtninger anset som særlig følsomme og er derfor undergivet en strengere regulering end de almindelige personoplysninger. Oplysningstyperne er udtømmende opregnet i persondatalovens § 7, stk. 1.⁷³ Det er som udgangspunkt forbudt at iværksætte foranstaltninger vedrørende de følsomme oplysninger. Hvis der kan iværksættes foranstaltninger vedrørende følsomme oplysninger, kræves specifik tilladelse fra tilsynsmyndigheden.

Foranstaltninger, som indebærer en behandling af personoplysninger, kan eksempelvis finde sted i forbindelse med anvendelse af kameraovervågning eller biometri.

Kameraovervågningens særlige intensitet følger af, at det enkelte menneske kan blive overvåget på steder, hvor den personlige integritet forventes at være intakt. Intensiteten ved anvendelse af biometri fremkommer i forbindelse med lagringen af selve fingeraftrykket. Hvis fingeraftrykket skal anvendes i forbindelse med identifikation, er det en forudsætning, at der i forvejen findes en kopi af fingeraftrykket. Hvis de biometriske oplysninger lagres i en central database, som den registrerede person ikke har selvstændig rådighed over, vil der være risiko for, at oplysningerne misbruges af andre. Misbrugsmulighederne i forhold til de personlige oplysninger, som er indsamlet via kameraovervågning, kan illustreres via EMD-afgørelsen i *Peck-sagen*,⁷⁴ hvor oplysninger om en konkret persons depression og selvmordforsøg i flere tilfælde blev eksponeret på regionalt og landsdækkende tv som en reklame for kameraovervågningens fortræffeligheder.

Foranstaltninger i forhold til den enkelte kan illustreres via den særlige støtte til børn og unge, som kan ydes efter lov om social service.⁷⁵ Formålet med at yde støtte til børn og unge med særligt behov er at skabe de bedst mulige opvækstvilkår for disse børn og unge, så de på trods af deres individuelle vanskeligheder kan opnå de samme muligheder for personlig udfoldelse, udvikling og sundhed som deres jævnaldrende.⁷⁶ De foranstaltninger, som kan iværksættes, spænder lige fra konsulentbistand med hensyn til barnets eller den unges forhold over familiebehandling til egentlig anbringelse af

73. De følsomme oplysninger er oplysninger om »racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold«.

74. Peck vs. United Kingdom af 28. januar 2003.

75. Lbk. nr. 929 af 5. september 2006, kapitel 8 (indtil 31. december 2006 lbk nr. 699 af 7. juni 2006) Til yderligere eksemplificering kan nævnes proportionalitetsprincippets store betydning inden for en speciel del af patientretten, nemlig psykiatrien, jf. Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten, s. 303.

76. Jf. Lov om social service § 46, stk. 2.

barnet uden for hjemmet.⁷⁷ Uanset hvilket af indgrebene som vælges, kan de alle betragtes som særligt intensive i forhold til det enkelte barn eller unge og dennes familie.

I forhold til de foranstaltninger, som er særlig indgribende for den enkelte, vil det være af særlig betydning, at proportionalitetsvurderingen bliver så *rigtig* som muligt, og af denne grund vil fejlmuligheden minimeres, hvis retsanvenderen er konsekvent i brugen af den treleddede proportionalitetsvurdering.

Den særlig intensive karakter af eksempelvis kameraovervågning og biometri understreges også derved, at den europæiske tilsynsmyndighed for persondatabeskyttelse⁷⁸ understreger, at det konkret skal være konstateret, at formålet med anvendelse af biometri ikke kan nås på en måde, som er mindre intensiv i forhold til det enkelte menneske.⁷⁹ Det vil sige, at der i videst muligt omfang skal anvendes løsninger, som indeholder registrering af dele af fingeraftryk i stedet for hele fingeraftrykket, og løsninger, hvor det er den registrerede, som er i besiddelse af det medium, hvorpå oplysningerne er lagret, i stedet for at disse lagres i en central database. I forbindelse med kameraovervågning har tilsynsmyndigheden understreget, at forskellige former for kameraovervågning kun må anvendes som et *supplement* til andre foranstaltninger, og således kun må anvendes til formål, som virkelig berettiger anvendelsen.⁸⁰

I forbindelse med vurderingen i de tidligere omtalte sager om særlig støtte til børn og unge, er det et krav, at der altid vælges den eller de *mindst indgribende formålstjenlige foranstaltninger*, jf. lov om social service § 52, stk. 2, 2. pkt. Den pågældende bestemmelse skal forstås således, at der er tale om det princip, som inden for socialretten kendes som *det mindste indgrebs princip*. I forbindelse med valget af den konkrete foranstaltning understreges det, at der skal tages udgangspunkt i den enkelte familie, og at der skal vælges den indsats, som er egnet til at imødekomme de behov, som er afdækket i den undersøgelse, som går forud for iværksættelsen af indsatsen. Det understreges ligeledes, at det er en selvfølge, at hjælpen ikke skal gå ud over, hvad der er brug for i den enkelte sag, og samtidig at en familie ikke skal gennemgå en række foranstaltninger, som hver især er utilstrækkelige til løsning af proble-

77. Jf. Lov om social service hhv. § 52, stk. 3, nr. 1, nr. 3 og nr. 8.

78. Oprettet med hjemme i persondatadirektivets art. 29.

79. Art. 29-Gruppen: WP 80 Arbejdsdokument om biometri, vedtaget den 1. august 2003.

80. Art. 29-Gruppen: WP 89 Udtalelse nr. 4/2004 om behandling af personoplysninger i forbindelse med videoovervågning, vedtaget den 11. februar 2004.

merne.⁸¹ Princippet om det mindste indgreb skal ses i forhold til det overordnede *princip om formålstjenlighed*, hvorefter der blandt de formålstjenlige foranstaltninger, som kan løse det konkrete problem, vælges den mindst indgribende. I denne forbindelse understreges det ligeledes, at det er den foregående konkrete undersøgelse, som fører til fastsættelse af formålet med indsatsen.⁸² I forhold til den terminologi, som er anvendt i dette kapitels sammenhæng, virker det, som om princippet om formålstjenlighed dækker den del af vurderingen, som går fra formålsbestemmelsen og til nødvendighedsvurderingen, og at det mindste indgrebs princip dækker vurderingen af den konkrete foranstaltnings forholdsmæssighed.

Fejlens særlige tyngde ved de personlige foranstaltninger kommer som tidligere nævnt til udtryk gennem de konsekvenser, som en ufuldstændig proportionalitetsvurdering kan have. I forhold til en konkret foranstaltning er det væsentligt, at det enkelte menneske får den løsning, som er *rigtig* i forhold til denne. Hvis et barn eller en ung, som reelt set har brug en aflastningsfamilie i hver anden weekend, anbringes uden for hjemmet, vil det være at *skyde gråspurve med kanoner*, eller tilsvarende, hvis der anvendes biometri eller kameraovervågning til at kontrollere ansattes arbejdsindsats. Hvis rets-anvenderen i det konkrete tilfælde har den treleddede proportionalitetsvurdering i baghovedet og i denne forbindelse fokuserer på formålets betydning, vil der være større sandsynlighed for, at man når til det resultat, som tjener den enkelte person bedst.

81. Vejledning nr. 10 af 3. februar 2006 om særlig støtte til børn og unge, pkt. 90.

82. Vejl. nr. 10 af 3. februar 2006, pkt. 89 og 90.