

# HØJESTERETS KENDELSE

## afsagt torsdag den 14. februar 2019

**Sag 92/2018**

Anklagemyndigheden

mod

T

(advokat Kåre Traberg Smidt)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Københavns Byret den 10. november 2017 og af Østre Landsrets 17. afdeling den 7. marts 2018.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Marianne Højgaard Pedersen, Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

### **Påstande**

T har nedlagt påstand om, at ransagningen af hans mobiltelefon den 10. oktober 2017 kendes ulovlig.

Anklagemyndigheden har påstået stadfæstelse.

### **Sagsfremstilling**

T blev den 10. oktober 2017 anholdt og sigtet for i forening med en række andre personer at have medvirket til grov skatte- og momssvig efter straffelovens § 289.

Ved anholdelsen blev det hotelværelse, T opholdt sig på, ransaget, og man fandt bl.a. den omhandlede mobiltelefon.

Ved anholdelsen blev han gjort bekendt med sin ret til at få kontakt til en advokat, hvilket han ikke ønskede. Senere samme dag blev han forsøgt afhørt om sigtelsen, men han ønskede ikke at udtale sig, før han havde talt med sin forsvarer. Han meddelte endvidere, at han ikke ønskede at oplyse koderne til de mobiltelefoner, som var blevet fundet ved ransagningen af hotelværelset, herunder den omhandlede mobiltelefon.

Politiet besluttede at ransage mobiltelefonen uden forudgående retskendelse. Af politirapport af 1. november 2017 fremgår bl.a.:

”I forbindelse med anholdelsesaktionen blev T anholdt. I den forbindelse blev der fundet 3 mobiltelefoner ...

Efter indbringelsen ønskede politiet at få adgang til disse 2 telefoner. Anholdte blev bedt om at hjælpe til med at åbne dem med fingeraftryk, hvilket han gjorde i detentionslokalet/venterummet. Han gjorde det dog forkert flere gange, hvilket ville vanskeliggøre politiets muligheder for at åbne telefonen. Derfor besluttede politiet med fornøden magt at presse Ts tommelfinger mod en af telefonerne, således at den blev åbnet.”

Ved mail af 23. oktober 2017 anmodede advokat Kåre Traberg Smidt politiet om at indbringe ransagningen af Ts telefon for retten.

Under byrettens behandling af spørgsmålet forklarede T bl.a.:

”De spurgte, om han ville åbne sin telefon, hvilket han svarede nej til. Senere kom 10 betjente ind i cellen. Han fik hænderne om på ryggen og fik håndjern på. Han medvirkede ikke hertil. Tre betjente holdt ham fast. Han lå på maven på madrassen, hvor han blev holdt nede. Han sagde til betjentene, at han ikke kunne trække vejret. Han mærkede, at de tog fat i en af hans fingre, som de pressede mod en telefon. Betjentene tog flere gange fat i hans fingre og trykkede dem mod en telefon. Efterfølgende tog de håndjernerne af ham.”

Ved kendelse af 10. november 2017 godkendte Københavns Byret ransagningen af mobiltelefonen. I byrettens kendelse hedder det bl.a.:

”Under hensyn til oplysningerne i rapport af 2. november 2017 lægges det til grund, at der ved forsøg på at udlæse data fra en smartphone uden brug af rette pinkode eller rette fingeraftryk er risiko for, at data kan gå tabt og ikke kan genskabes. Det lægges endvidere til grund, at fingeraftrykket kun kan benyttes i et af producenten eller brugeren bestemt tidsinterval, som er ukendt for politiet. Under disse omstændigheder tiltrædes det, at undersøgelsens øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes.

Herefter og da retten finder, at politiets brug af Ts fingeraftryk under hensyn til sagens alvorlige karakter – medvirken til momssvig og skattesvig for mange millioner kroner – ikke er et uforholdsmæssigt indgreb, findes betingelserne i retsplejelovens § 796, stk. 3, jf. § 794, stk. 1 og 2, at være opfyldt, og den foretagne ransagning godkendes.”

Ved kendelse af 7. marts 2018 stadfæstede landsretten byrettens afgørelse. I landsrettens kendelse hedder det:

”Landsretten kan af de grunde, der er anført af byretten, tiltræde godkendelsen af den foretagne ransagning, samt at undersøgelsens øjemed ville forspildes, såfremt retskendelse skulle afventes. Hertil bemærkes, at det ikke følger af retsplejeloven, at ransagninger på øjemedet ikke kan gennemføres, førend sigtede har haft lejlighed til at drøfte sagen med sin forsvarer.

Det fremgår ikke af politirapporten af 1. november 2017, om politiet i henhold til retsplejelovens § 798, stk. 2, har vejledt T om muligheden for at få ransagningen på øjemedet indbragt for retten. Manglende overholdelse af denne bestemmelse kan dog ikke føre til, at ransagningen kendes ulovlig. Den omstændighed, at der ikke var et vidne til stede i forbindelse med ransagningen, kan ikke føre til et andet resultat.

For så vidt angår spørgsmålet om politiet har været beføjet til ved magtanvendelse at presse Ts tommeltot mod telefonen for at låse denne op, finder landsretten, at der er tale om et tvangsindgreb, som må sidestilles med legemsbesigtigelse i form af optagelse af fingeraftryk, jf. retsplejelovens § 792, stk. 1, nr. 1, og at politiet, når betingelserne for ransagning er opfyldt, vil kunne foretage indgrebet, såfremt betingelserne i retsplejelovens kapitel 72 tillige er opfyldt, hvilket er tilfældet i denne sag.

Landsretten stadfæster herefter byrettens kendelse.”

Til brug for sagens behandling i Højesteret har en politiassistent i mail af 6. september 2018 oplyst bl.a.:

”Fingeraftryklæseren fungerer sådan, at ... man godt kan obstruere oplåsning med sit fingeraftryk, hvilket var det som [T] gjorde. Derved var der brugt for mange forsøg, og muligheden for at låse telefonen op ved brug af fingeraftryk var forpasset. Det er min helt klare overbevisning, at T gjorde [det] bevidst, så vi ikke kunne komme ind i hans telefon.

Derfor fik T håndjern på ryggen, lagt på maven på en madras, hvorefter jeg tog hans ene tommelfinger og fik låst hans anden telefon op. Dette foregik i roligt kontrolleret tempo. Jeg husker det som om vi var 3-4 betjente.”

Anklagemyndigheden har under sagens behandling fremlagt to rapporter, der navnlig omhandler politiets tekniske muligheder for at få adgang til data på smartphones. Af politirapport af 2. november 2017 hedder det:

*”Emne: Vedrørende adgang til data på smartphones*

Denne rapport er begrænset i nogen form, da politiet ikke ønsker at tilkendegive præcist hvilke tekniske muligheder politiet har for at sikre beviser eller spor fra mobiltelefoner.

Oplysningerne i denne rapport kan være ændret om kort tid da de omhandler et foranderligt område, som er i konstant udvikling.

Der benyttes i dag primært to styresystemer til smartphones: Android (Samsung, HTC, LG etc.) samt iOS (Apple iPhone).

Generelt gælder nedenstående for begge styresystemer:

En telefon kan indstilles således, at man i stedet for sin pinkode kan benytte fingeraftryk via en sensor på telefonen. Hvis fingeraftrykket ikke er benyttet i et af producenten eller brugeren bestemt tidsinterval, eller hvis telefonen har været genstartet (eks. ved en opdatering eller den løber tør for strøm), skal der indtastes pinkode før fingeraftryksfunktionen igen kan benyttes.

Ovenstående tidsinterval kan variere fra alt mellem få timer til flere døgn afhængigt af producent, software version, brugerindstillinger, hvornår telefonen sidst har været tilgængeligt osv.

Det er ikke muligt for politiet at fastslå på tværs af platforme om data kan udlæses fra en given telefon, medmindre der er foretaget en grundig undersøgelse af denne på forhånd. Ved forsøg på at udlæse data uden rette pinkode, er der en risiko for at data går tabt og ikke kan genskabes.

Af hensyn til dette vil udlæsning af data altid foretrækkes, når telefonen ikke er låst.”

I politirapport af 23. august 2018 hedder det bl.a.:

*”Emne: Vedrørende oplåsning og adgang til data på smartphones ved hjælp af indbygget fingeraftrykssensor.*

Denne rapport har til formål at belyse spørgsmål, i forbindelse med kæreskrift fra Jane Ranum af 8. august 2018 [i Højesterets sag 123/2018], samt at tydeliggøre sagen for Højesteret.

Det er generelt svært at give entydige ja/nej svar på Ad 2, Ad 3 og fjernsletning da alt afhænger af hvilken producent, hvilket styresystem, hvilken version og også eventuelle indstillinger som brugeren selv har sat på sin telefon.

...

*Ad 2):*

”At touch-åbningen ikke kan ligestilles med åbning med rette pinkode eller overflødig-gøre brug af rette pinkode”:

I alle tilfælde vil en oplåsning (med touch) give adgang til brugerfladen (det som brugeren oplever) på telefonen, og dermed give Politiet mulighed for at tage billeder af skærmen og de beviser som måtte findes. Denne metode benyttes jævnligt, og stadig stigende, da flere applikationer (app's) har krypteret deres data.

Nogle af disse applikationer er designet til at forhindre en egentlig datasikring, og det er generelt et teknisk ”kap-løb” mellem producenter og myndigheder for at afdække f.eks. kommunikation.

Der findes flere applikationer som er knyttet op på en konto, og hvor denne konto er afhængig af, at brugeren er ”logget ind”. Dette kunne eksempelvis være ”Snapchat”, hvor indholdet kun kan ses når telefonen har dataforbindelse. Ved ”Snapchat” kan kun 1 bruger være logget ind på brugerprofilen, og det er ved flere undersøgelser konstateret, at brugeren er logget af når Politiet får låst telefonen op. Dette har betydet at Politiet er gået glip af indholdet.

Et andet eksempel kunne være den krypterede applikation ”Wickr”, som også bliver benyttet meget. Ved denne kan man indstille sine beskeder til at slette sig selv helt ned til få sekunder efter, at de er læst. Ved denne undersøgelse benyttes fotografering af skærmen, da det er den eneste mulighed for at sikre indhold.

Generelt kan man sige, at oplåsning af en telefon ved hjælp af fingeraftryk i de fleste tilfælde vil være nok til at kunne udlæse telefonen, alternativt manuelt tilgå indholdet (fotografering af skærmen).

Altså kan det i visse tilfælde sidestilles med oplåsning ved brug af pinkode, og dermed også overflødig-gøre brugen af pinkode.

*Ad 3)*

At risikoen for datatab består i alle tilfælde, hvor telefonen åbnes uden rette pinkode – uanset om telefonen er låst op med touch-funktionen:

Da der er tale om teknik, er der altid en risiko for data tab. Denne risiko er situations bestemt, og kan ikke generaliseres.

Et eksempel kunne være, at der er 1% strøm tilbage, og telefonen låses op med touch. Her vil skærmen blive aktiveret, hvilket kræver strøm, hvorefter telefonen automatisk lukker ned for at beskytte sine databaser.

### *Supplerende omkring fjernsletning eller anden sletning*

Fjernsletning kan i visse tilfælde undgås ved at fjerne telefonens batteri, men det vil aldrig være at foretrække. I størstedelen af alle smartphones, er batteriet nemlig umiddelbart utilgængeligt. Flere nye telefoner er limet sammen, hvorfor fjernelse af batteriet typisk vil tage lang tid og kræve specialværktøj.

Typisk vil udtagelse af telefonens sim-kort være en bedre løsning for at forhindre fjernsletning. Dette er dog datasikringsmæssigt heller ikke ønskeligt, men kan være nødvendigt i forhold til andre omstændigheder.

Det er ikke alle låste telefoner, som man kan sætte på flytilstand uden koden.

I forhold til at sikre telefonens indhold, er det ikke ønskeligt, men kan i visse tilfælde være nødvendigt, at fjerne batteriet eller tage sim-kortet ud.”

### **Anbringender**

T har anført navnlig, at der ikke er hjemmel til det foretagne tvangsindgreb, der derfor bør kendes ulovligt.

Retsplejelovens § 796, stk. 3, jf. § 794, stk. 1 og 2, hjemler ikke ransagning af en mobiltelefon ved hjælp af tvangsmæssig åbning med fingeraftryk eller ansigtsgenkendelse.

Der er heller ikke hjemmel i retsplejelovens § 792, stk. 1, nr. 1, til at foretage et tvangsindgreb, som må sidestilles med legemsbesigtigelse i form af optagelse af fingeraftryk, ved at tvinge en person til at åbne sin telefon ved brug af fingeraftryklæseren eller ansigtsgenkendelse (Face ID).

Sagen handler reelt ikke om selve ransagningen af telefonen, men det principielle i at man tvinger nogen til at afgive fingeraftryk eller ansigtsscanning for at få adgang til information. Sagen omhandler derfor rettere legemsbesigtigelse og tvangsindgreb frem for ransagning.

Anvendelsen af fingeraftryk og ansigtsgenkendelse er ikke alene et accessorium til en ransagning, men et indgreb rettet mod en del af kroppen. Man ransager således heller ikke blod for at finde alkoholen i blodet, og man ransager heller ikke spyt for at finde dna eller spor af euforiserende stoffer. Tvangsmæssig anvendelse af en persons fingeraftryk til at åbne en telefon kan derfor heller ikke sammenlignes med det tvangsindgreb, politiet foretager, når de fratvin-

ger en person en nøgle til at åbne et hus. Der er desuden en grundlæggende ret til ikke at inkriminere sig selv.

Et indgreb som det foreliggende kræver en klar lovhjemmel, jf. Højesterets dom af 25. januar 2013 (UfR 2013.1153/2) og Norges Høyesteretts kendelse af 30. august 2016 i sag nr. 2016/908.

Han skulle i øvrigt have haft mulighed for at tage stilling til et muligt samtykke i samråd med advokaten, have et uvildigt vidne til stede samt for at få spørgsmålet indbragt for retten inden for 24 timer, jf. retsplejelovens § 796 og § 798. Advokaten var ikke blevet orienteret – heller ikke efter indgrebet fandt sted.

Det bestrides også, at data på mobiltelefonen går tabt, hvis man ikke gør brug af den rette kode. Konsekvensen er alene, at man ikke kan få adgang til data på mobiltelefonen uden ejerens samtykke eller den rette kode. Det er hermed ikke dokumenteret, at øjemedet ville forspildes, såfremt indgrebet havde afventet retskendelse.

Der er i øvrigt intet sted i verden, hvor det pålægges virksomheder at åbne for adgang til telefoner for tredjemand, herunder myndigheder, når indehaveren af telefonen ikke vil angive koden til telefonen, og selv om der er hjemmel til at ransage telefonen. Når dette ikke pålægges virksomheder, bør det heller ikke pålægges enkelte borgere tvangsmæssigt at åbne telefonen med brug af fingeraftryk, hvilket i denne sammenhæng er at sidestille med en pinkode.

Anklagemyndigheden har anført navnlig, at betingelserne for ransagning er opfyldt, jf. retsplejelovens § 794, stk. 1 og 2. Ved forsøg på udlæsning af data fra en telefon uden rette pinkode er der risiko for, at data vil gå tabt og ikke kan genskabes. Hvis fingeraftryksfunktionen ikke har været benyttet i en for politiet ukendt periode, vil der skulle indtastes en pinkode, før fingeraftryksfunktionen igen kan benyttes. Der er også risiko for, at andre personer kan tilgå telefonen via internettet og derigennem ændre eller fjerne indhold fra telefonen. T ønskede ikke at oplyse politiet om pinkoden til telefonen, og da han forsøgte at åbne telefonen med fingeraftryk, gjorde han det forkert flere gange, hvilket kunne have ført til, at telefonen alene kunne åbnes med pinkode. Der var derfor risiko for, at vigtige beviser i sagen kunne gå tabt, hvorfor betingelserne for ransagning på øjemedet er opfyldt, jf. retsplejelovens § 796, stk. 3.

Indgrebet udgør ikke et legemsindgreb efter reglerne i retsplejelovens kapitel 72, men er et accessorium til ransagningen. Det følger således af forarbejderne til retsplejelovens regler om tvangsindgreb samt af retspraksis, at et indgreb i visse tilfælde kan udgøre et accessorium til et andet indgreb, f.eks. politiets tingsødelæggelse i forbindelse med ransagning, politiets midlertidige rådighed over genstande ved ransagning, politiets kortvarige frihedsberøvelse ved legemsindgreb mod en person, politiets mulighed for at skaffe sig adgang til en lokalitet i forbindelse med opsætning af aflytningsudstyr samt politiets mulighed for at skaffe sig adgang til edb-udstyr ved installering af udstyr til dataaflysning.

Der er heller ikke i øvrigt i retsplejelovens forstand tale om et legemsindgreb, som efter retsplejelovens forarbejder forudsætter et tvangsindgreb, hvorved der tilvejebringes og fastholdes oplysninger. Politiet har ikke tilvejebragt og fastholdt oplysninger om Ts fingeraftryk, men alene midlertidigt anvendt fingeraftrykket som en ”teknisk nøgle” til at åbne telefonen. Denne situation må sidestilles med, at politiet under en ransagning af en mistænks bolig midlertidigt fratager den mistænkte nøglen til boligen med magt for at skaffe sig adgang hertil. Politiets magtanvendelse er i den forbindelse hjemlet direkte i politilovens § 15, nr. 3.

Der er – uanset politiet i denne sag måtte anvende magt for at fremtvinge, at T afgav sit fingeraftryk for at åbne telefonen – tale om en foranstaltning af meget lidt indgribende karakter, og som indebærer ringe eller ingen ubehag eller ulejlighed for den pågældende.

Der gælder efter reglerne om legemsbesigtigelse af en sigtet i retsplejelovens § 792 a, stk. 1 – til en vis grad – et lempeligere kriminalitetskrav end ved ransagning efter § 794, stk. 1 og 2.

En samlet vurdering af omstændighederne i denne sag bør derfor føre til, at indgrebet alene behandles efter reglerne i retsplejelovens kapitel 73 om ransagning og ikke som anført af landsretten tillige kapitel 72 om legemsindgreb. Oplysningerne om politiets fremgangsmåde ved ransagningen skal alene indgå som led i en samlet vurdering af, om ransagningen var et proportionalt og tilstrækkeligt skånsomt indgreb, jf. § 797, stk. 1, og § 798, stk. 1, hvilket er tilfældet i denne sag.



## Højesterets begrundelse og resultat

### *Sagens problemstillinger*

Sagen angår, om politiets ransagning af Ts mobiltelefon den 10. oktober 2017 kan godkendes.

Ransagningen er foretaget i forbindelse med anholdelsen af T og uden forudgående retskendelse. Ransagningen er gennemført ved, at Ts tommelfinger ved brug af magt blev presset ned på mobiltelefonens fingeraftryklæser.

T har anført, at der ikke er hjemmel til dette indgreb, og at indgrebet i øvrigt kun kunne være foretaget efter forudgående retskendelse.

Anklagemyndigheden har anført, at der er hjemmel til indgrebet i retsplejelovens bestemmelser om ransagning, og at der bestod en risiko for, at data på telefonen ville være utilgængelige eller gå tabt, hvis retskendelse skulle afventes.

### *Hjemmelen for tvangsindgrebet*

Formålet med tvangsindgrebet var for politiet at skaffe sig adgang til data, der befandt sig på Ts mobiltelefon. Der er derfor tale om en ransagning omfattet af retsplejelovens kapitel 73.

T ville ikke oplyse pinkoden til telefonen eller åbne telefonen ved brug af sit fingeraftryk. Højesteret finder, at den magt, der kortvarigt har været anvendt ved at anbringe Ts tommelfinger på mobiltelefonen, så indholdet på telefonen kunne udlæses eller i øvrigt dokumenteres, var nødvendig for at gennemføre ransagningen, og at den derfor som et accessorium er omfattet af det straffeprocessuelle tvangsindgreb, der er hjemlet i retsplejelovens § 794, stk. 1 og 2, jf. § 793, stk. 1, nr. 1, om ransagning af bl.a. aflåste genstande. Det svarer til, at politiet under en ransagning af en mistænks bolig midlertidigt fratager den mistænkte nøglen til boligen med magt for at skaffe sig adgang hertil. Også i andre sammenhænge kan et straffeprocessuelt tvangsindgreb i visse tilfælde udgøre et accessorium til et andet indgreb, f.eks. politiets kortvarige frihedsberøvelse af en person ved legemsindgreb og politiets mulighed for at skaffe sig adgang til en lokalitet i forbindelse med opsætning af aflytningsudstyr.

Højesteret finder, at indgrebet ikke tillige skal bedømmes efter retsplejelovens regler om legemsbesigtigelse. Højesteret bemærker i den forbindelse, at legemsindgreb (herunder legemsbesigtigelse) efter forarbejderne til retsplejelovens bestemmelser herom (betænkning nr. 1104/1987 s. 36) omfatter indgreb, hvorved der tilvejebringes og fastholdes oplysninger om et levende menneskeligt legeme eller dele heraf – herunder f.eks. fingeraftryk – eller oplysninger om, hvorvidt genstande er anbragt på eller i legemets hulrum, samt visitation af tøj og optagelse af personfotografi med henblik på identifikation, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

Højesteret tiltræder – og det er i øvrigt uomtvistet – at grundbetingelserne i retsplejelovens § 794, stk. 1 og 2, jf. § 793, stk. 1, nr. 1, for at foretage ransagning af Ts mobiltelefon er opfyldt.

Det er herudover i retsplejelovens § 797 fastsat, at ransagning ikke må foretages, såfremt det efter undersøgelsens formål, sagens betydning og den krænkelse og ulempe, som undersøgelsen må antages at forvolde, ville være et uforholdsmæssigt indgreb. Ved vurderingen af, om dette proportionalitetskrav er opfyldt, må indgå den fysiske magtanvendelse, der er nødvendig for at anbringe den mistænkte finger på den pågældendes mobiltelefon for at låse den op, sammenholdt med den lovovertrædelse, den pågældende er mistænkt for. I den foreliggende sag, der angår grov kriminalitet, som typisk indebærer brug af mobilkommunikation, finder Højesteret, at proportionalitetskravet utvivlsomt er opfyldt.

De materielle betingelser for indgrebet er derfor opfyldt.

#### *Fravigelse af kravet om forudgående retskendelse*

Afgørelse om ransagning vedrørende de genstande og lokaliteter, der er nævnt i retsplejelovens § 793, stk. 1, nr. 1, træffes ved rettens kendelse, jf. § 796, stk. 2. Såfremt undersøgelsens øjemed ville forspildes, dersom retskendelse skulle afventes, kan politiet træffe beslutning om at foretage ransagningen, jf. § 796, stk. 3.

Efter de foreliggende tekniske oplysninger består der et formentligt relativt kort – men ukendt – tidsrum, hvor åbningen af en mobiltelefon med fingeraftrykslæser kan gennemføres ved brug af fingeraftryk, og der består en risiko for, at indholdet på mobiltelefonen fjernslettes.

Højesteret lægger derfor til grund, at der var risiko for, at politiets mulighed for at skaffe sig oplysninger fra Ts mobiltelefon ville gå tabt, hvis ransagning af telefonen skulle afvente indhentelse af retskendelse. Højesteret tiltræder derfor, at betingelsen om, at undersøgelsens øjemed ville forspildes, såfremt retskendelse skulle afventes, er opfyldt, jf. retsplejelovens § 796, stk. 3.

#### *Andre formelle betingelser*

Efter retsplejelovens § 798, stk. 2, skal politiet vejlede den mistænkte om adgangen til at få spørgsmålet om ransagningens lovlighed indbragt for retten, når ransagningen er foretaget uden forudgående retskendelse, og den mistænkte kan kræve, at et af den pågældende udpeget vidne er til stede under ransagningen, medmindre tidsmæssige eller efterforskningsmæssige grunde taler herimod.

Politiet burde som foreskrevet i bestemmelsen have vejledt om adgangen til at få spørgsmålet om ransagningens lovlighed indbragt for retten. Højesteret finder endvidere, at det forhold, at T ikke fik adgang til at udpege et vidne til at være til stede i forbindelse med den tvangsmæssige åbning af mobiltelefonen med hans fingeraftryk, ikke var berettiget ud fra tidsmæssige eller efterforskningsmæssige hensyn.

Disse formelle fejl kan imidlertid efter omstændighederne ikke føre til, at ransagningen ikke godkendes.

#### *Konklusion*

Højesteret stadfæster herefter landsrettens kendelse om godkendelse af ransagningen.

### **Thi bestemmes:**

Landsrettens kendelse stadfæstes.