



BORGARTING LAGMANNSRETT

gjør vitterlig:

DOM

av 22 desember 2003

i straffesak nr 03-00731 M/02 (Oslo lagsogn)

Den offentlige påtalemyndighet
(Førstestatsadvokat Inger Maric Sunde)

mot

Jon Lech Johansen
(Forsvarer: Advokat Halvor Manshaus)

Rettens medlemmer: 1 Lagdommer Wenche Skjæggestad, formann
2 Kst.lagdommer Endre Stavang
3 Ekstraordinær lagdommer Hjalmar Austbø

Meddommere: 1 Institusjonssjef Bente Brunvatne
2 Platearbeider Morten Midtun
3 Seniorkonsulent Dag Asheim
4 Høgskolelektor Martin Gilje Jaatun

Kan gjengis offentlig

Jon Lech Johansen er født 18. november 1983 og bor i Agmund Boltsvei 62, 0664 Oslo. Han er student, ugift og uten forsørgelsesbyrde.

Ved tiltalebeslutning utferdiget av statsadvokatene ved Økokrim, endret to ganger, sist 13 desember 2002, er Jon Lech Johansen satt under tiltale ved Oslo byrett for overtrødelse av:

Straffeloven § 145 annet jf tredje ledd og fjerde ledd

for ved å ha brutt en beskyttelse eller på lignende måte uberettiget skaffet seg adgang til data som er lagret eller som overføres ved elektroniske eller andre tekniske midler og ved å ha voldt skade ved erverv eller bruk av slik uberettiget kunnskap, eller å ha medvirket hertil.

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til dette

I perioden september 1999- 24. januar 2000, via Internett fra bopæl i Lardal, deltok Jon Lech Johansen i knekkingen av det tekniske beskyttelsessystemet Content Scrambling System ("CSS"), lisensiert av DVD Copy Control Association Inc, for å beskytte DVD-filmer produsert av Motion Pictures Association mot kopiering. En DVD-film er en film som er lagret elektronisk på en DVD-plate. Basert på kunnskap om hemmelig algoritme og spillenøkler inkorporert i CSS, laget Jon Lech Johansen Windows-programmet DeCSS. Ved bruk av DeCSS fremstilles en ubeskyttet kopi av DVD-filmen. Jon Lech Johansen benyttet DeCSS på egne DVD-filmer, og han spredte DeCSS flere ganger i flere versjoner via Internett (både) i nevnte periode. Ved det beskrevne forhold skaffet Jon Lech Johansen seg uberettiget adgang til det hemmelige nøkkellageret i CSS. Videre brøt Jon Lech Johansen kopibeskyttelsen på DVD-filmene og skaffet seg og andre adgang til dataene på DVD-platene i ubeskyttet form. Adgangen var uberettiget fordi DVD-filmene var solgt med forutsetning om at brukeren skulle bruke autorisert avspillingsutstyr og respektere kopibeskyttelsen. Tilegnelsen av filmene i ubeskyttet form har voldt skade fordi rettighetshaverne ikke lenger har vern mot uberettiget spredning av filmene.

Almenne hensyn krever påtale.

Oslo tingrett avsa 7. januar 2003 dom med slik domsslutning:

I

Jon Lech Johansen, født 18. november 1983, frifinnes.

II

Påstand om inndragning tas ikke til følge.

III

Saksomkostninger ilegges ikke.

Om det nærmere saksforhold og tiltaltes personlige forhold vises til Oslo tingretts dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Påtalemyndigheten, Økokrim, har i rett tid påanket dommen til Borgarting lagmannsrett. Anken, som gjaldt lovanvendelsen under skyldspørsmålet, saksbehandlingen samt deler av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, ble henvist til ankeforhandling ved lagmannsrettens beslutning av 17 februar 2003.

Ankeforhandling ble avholdt i tidsrommet 2. til og med 11. desember 2003. To av de fire meddommerne, seniorkonsulent Dag Asheim og høgskolelektor Martin Gilje Jaatun er datafagkyndige og oppnevnt utenfor utvalgene, jf domstolloven § 88. Tiltalte og syv vitner avga forklaring. Fire av vitnene ble avhørt som sakkyndige uten oppnevning. Dokumentasjonen fremgår av rettsboken.

Aktors påstand:

1. Jon Lech Johansen, f. 18 11 83, dømmes i samsvar med tiltalen til en straff av fengsel i 90 – nitti dager, som gjøres betinget med en prøvetid på 2 – to år, jf strl § 52 flg.
2. Jon Lech Johansen, f 18 11 83, dømmes til å tåle inndragning av
 - a. Ett stk PC-kabinett Pentium III 500 Mhz (beslag A-2), jf strl § 35 annet ledd.
 - b. 8 stk CD-rom inneholdende diverse ulisensiert programvare (beslag A-4-6), jf strl § 35 annet ledd.
3. Jon Lech Johansen, f 18 11 83, dømmes til å bære sakens omkostninger med kr 20 000 – kronertyvetusen.

Forsvarers påstand:

Anken forkastes.

Lagmannsretten skal bemerke:

Etterforskning mot Jon Lech Johansen ble igangsatt i januar 2000 etter at Motion Picture Association og DVD Copy Control Association Inc., (heretter kalt DVD CCA) hadde inngitt anmeldelse til Økokrim. Stiftelsen DVD CCA ble formelt dannet i slutten av 1999. Formålet var å administrere en kontrollordning som bl a skulle hindre piratkopiering av DVD-filmer. Det er på det rene at piratkopiering er et stort problem for filmbransjen. Filmbransjen lanserer de fleste filmer til ulik tid på de forskjellige markeder. Økonomisk sett er det viktig for filmselskapene å bestemme over i hvilken rekkefølge markedene får tilgang til den enkelte film. I følge vitnet Marsha King, Warner Home Video, koster det i gjennomsnitt medlemmene av Motion Picture

Association, 88 millioner USD å produsere og markedsføre en spillefilm. Bare ca 20% av filmene går med overskudd. Video- og DVD-markedet har etter hvert blitt de markeder som genererer de største inntektene. For Warner Brothers del utgjør inntekten fra disse markeder ca 60%. DVD utgjør ca 80% av dette.

Sonekoding er et viktig virkemiddel for selskapene. Det har vært problematisk å utgi filmer på alle markeder samtidig. Blant annet var det tidligere vanskelig å lage tilstrekkelig antall "masterkopier". Filmene må i mange land dubbles eller tekstes. Filmselskapene ønsker også ofte å se an om filmen selger i USA, for tradisjonelt er det retningsgivende for salgsmulighetene også på andre kontinenter. Endelig kan sensur i det enkelte land skape problemer for samtidig utgivelse.

Blant annet det faktum at filmene lanseres til forskjellig tid, har skapt et marked for piratkopiering. Denne form for kopiering har lenge vært et stort og kostbart problem for filmbransjen. Det er utarbeidet svært rigorøse retningslinjer for hvordan selskapene selv behandler sine filmkopier. Det alvorligste som kan skje, er at det foretas uautorisert kopiering av en film som ennå ikke er sluppet på alle markeder. Mange illegale metoder har vært tatt i bruk, og det har bl a blitt oppdaget kopiering ved hjelp av håndholdte videokameraer under filmfremvisninger. Denne metoden gir imidlertid en kopi av dårligere kvalitet enn originalen.

DVD-mediet er digitalt, hvilket gjør det mulig å lage perfekte kopier hvis man kommer til innholdet på DVD-plater. Av åpenbare grunner var derfor filmselskapene innledningsvis svært reserverte i forhold til å benytte DVD-plater som medium før det var mulig å beskytte innholdet mot kopiering. På denne bakgrunn ble CSS – Content Scrambling System - utviklet.

Etter avtale mellom de største filmselskapene i USA og DVD CCA, ble det utarbeidet en lisensieringsordning. DVD-filmer skulle bare kunne spilles av på spillere med Content Scrambling System som var produsert etter lisens gitt av DVD CCA. Lisensregimet var åpent i den forstand at hvem som helst kunne få lisens til å produsere spillere mot å betale en årlig avgift, samt mot å forplikte seg til å følge et bestemt regelverk. Lisenshavere fikk utlevert en eller to spillernøkler og forpliktet seg til å beskytte denne/disse. At man ikke vet sikkert om det er en eller to spillernøkler som utleveres, skyldes at DVD CCA ikke har vært villig til å utlevere programmet til Økokrims sakkyndige vitner fordi spillernøklerne blir ansett for å være forretningshemmeligheter. Hvis en DVD-spiller eller et avspillingsprogram på en PC med DVD-stasjon ikke er slik innrettet at nøkkelen/nøklerne er godt nok beskyttet mot kopiering, vil lisenshaveren i henhold til lisensvilkårene kunne pålegges å betale et større erstatningsbeløp til DVD CCA. I tillegg til kryptering består systemet av en autentiseringsmekanisme som skal hindre at uautoriserte spillere får tilgang til nøkkelmaterialet på DVD-platen. Autentiseringen innebærer at komponentene må kjenne hverandre igjen før avspilling kan skje.

Det er på det rene at krypteringsalgoritmen i CSS er svak. På det tidspunkt filmbransjen og forbrukerelektronikkbransjen gikk sammen om å utarbeide et system for sikker distribusjon av innholdet på en DVD-plate, forbød den amerikanske eksportlovgivningen at det ble brukt mer enn 40 bit kryptering. Det byr ikke på alt for store problemer å knekke en slik kryptering. Lagmannsretten legger til grunn at en relativt sikker kryptering må være på i alle fall 64 bit. Bankene sikrer informasjon over nettet med 128 bit, som regnes som svært sikkert. Da vitnet Stevenson i slutten av november 1999 foretok en kryptoanalyse av CSS-algoritmen med sikte på å få ut filmnøkkelen, viste det seg at den i realiteten kun representerte en effektiv beskyttelse tilsvarende 16 bit. Krypteringen må etter dette betegnes som svært svak. Basert på denne kryptoanalysen laget for øvrig Stevenson et program som kunne knekke en vilkårlig CSS nøkkel på mindre enn ett sekund, noe som tillot avspilling av DVD-plater på ulisensierte DVD-spillere uten bruk av spillernøkler overhodet.

Som gjennomgått ovenfor, er piratkopiering et meget stort problem for både film- og musikkbransjen. I Sør-Øst Asia er det lokalisert fabrikker som produserer DVD-plater legalt om dagen og hvor de samme lokalene brukes til illegal produksjon om natten. Med spesialutstyr er det også mulig å kopiere en DVD-plate direkte slik at også krypteringen blir liggende på piratkopien. Begge disse metoder gir kopier av like høy kvalitet som originalen. I International Intellectual Property Alliance 2001 Special 301 Report vedrørende Taiwan, ble det rapportert at et økende antall fabrikker engasjerte seg i uautorisert produksjon av digitale medieprodukter. Produksjonskapasiteten var astronomiske 1,8 milliarder plater pr år.

Kopiering av filmer over Internett var derimot ikke særlig praktisk i 1999. Overføringskapasiteten var ikke god nok, idet det tok ca 12 døgn å overføre en hel ukomprimert spillefilm over ISDN-linje. Bredbånd var ikke særlig utbredt. En spillefilm opptok inntil 8 gigabytes i lagringsplass, hvilket var mye med datidens lagringskapasitet på PC-er. Kopiering var heller ikke særlig praktisk. En DVD-brenner kostet i 1999 ca kr. 20.000, og DVD-plater for brenning hadde for liten kapasitet til en hel film, i tillegg til at de var vanskelig å få kjøpt. Kopiering til vanlige CD-er var enklere og rimeligere, men en film opptok lagringsplass på minimum 3 – 4 CD-er, og kvaliteten ble dårligere enn på originalen. Verken prismessig eller kvalitetsmessig var det altså noe særlig poeng i kopiering. Lagmannsretten legger derfor til grunn at piratkopiering ikke har vært noe primærsmål med utvikling av en spiller utenfor DVD CCA-systemet. Dette fremgår for øvrig av de fremlagte samtalelogger hvor bl a Jon Lech Johansen uttaler seg svært negativt om piratkopiering.

De fremlagte samtalelogger viser at det var flere uavhengige grupper og enkeltpersoner med datakunnskaper som engasjerte seg i å utvikle en DVD-spiller utenfor DVD CCA lisensieringssystemet. Den første som etter de fremlagte opplysninger lyktes med å omgå kodingen, var en russer kjent som "Landy". I slutten av april 1999 lyktes han

etter det opplyste med å tappe dekypterte filmdata fra en Power DVD-spiller mens filmen ble avspilt.

Årsakene til at mange ønsket å utvikle en uavhengig DVD-spiller var flere. Lagmannsretten legger til grunn at knekking av krypteringen i seg selv representerte en utfordring, men det var også andre grunner. Mange forbrukere likte dårlig sonekontrollsystemet. Dette systemet sikret at filmselskapene kunne prise filmene forskjellig i de forskjellige markedene. DVD-filmer var ca 50% billigere i USA enn i Europa. I tillegg var det flere forhandlere i Norge som kjøpte inn filmer beregnet på andre markeder. Alle DVD-covere har soneangivelse, men opplysningen var vanskelig å oppdage for en vanlig forbruker, og det må legges til grunn at det ikke ble gitt opplysninger om sonekode av forhandleren. Det medførte at norske brukere kunne risikere å kjøpe en DVD-film av en norsk forhandler som ikke lot seg avspille på det utstyret de hadde. Det er fremlagt eksempler på dette med filmer innkjøpt hos Akers Mic i Oslo og hos en forhandler i Arendal. Samme problem fikk personer som hadde kjøpt DVD-filmer i utlandet for avspilling i Norge. Dette problemet har etter hvert blitt så åpenbart at man i dag kan få kjøpt lisensierte spillere med programmer som, i strid med lisensen, eliminerer sonekodingen.

Lagmannsretten legger til grunn at ikke alle produsenter av software kunne akseptere de lisensvilkår som DVD CCA fastsatte. Produsenter av programmer under operativsystemet Linux baserer seg på prinsippet om åpen kildekode, slik at andre kan se hvordan programmene er bygget opp. Formålet med dette er å oppmuntre andre til å videreutvikle programmene. Høsten 1999 fantes det ingen DVD-spiller under dette systemet, og lisens fra DVD CCA var ut fra filosofien om åpen kildekode ikke mulig å oppnå.

Jon Lech Johansen var en av mange som ventet på at det skulle utvikles en spiller under operativsystemet Linux. Gjennom samtalekanalen Relay Chat (heretter kalt IRC), kom han i kontakt med likesinnede. 11 september 1999 hadde han en samtale med "mdx" om hvordan man kunne finne krypteringsalgoritmen i CSS ved å finne frem til en programvarebasert spiller som hadde dårlig beskyttelse av spillernøklene. Av en samtale mellom de samme 22 september, opplyser "mdx" at "the nomad" hadde funnet programkoden for dekrypteringsalgoritmen i CSS, og at "mdx" nå sendte denne til Jon Lech Johansen. "The nomad" skulle ha funnet dekrypteringsalgoritmen gjennom såkalt omvendt utvikling av en Xing DVD-spiller hvor spillernøklene lå mer eller mindre åpent tilgjengelig. På denne måten fikk han ut informasjon som gjorde ham i stand til å lage koden `CSS_scramble.cpp`. Det fremgår av samtalelogger datert 4 november 1999 og 25 november 1999 at "the nomad" utførte den omvendte utviklingen på en Xing-spiller han har betegnet som ikke lovlig. Slik saken er opplyst for lagmannsretten, var imidlertid dette ukjent for Jon Lech Johansen frem til 4 november.

Når det gjelder autentiseringskoden, legger lagmannsretten til grunn at "the nomad" fikk denne via e-postlisten LiVid (Linux Video) på Internett, og at den var utarbeidet av Derek Fawcus. Det fremgår av en LiVid-posting datert 6 oktober 1999 at Derek Fawcus på denne datoen leste igjennom kildekoden til DeCSS, og sammenlignet den med sin autentiseringspakke. Det fremgår videre: "Forfatterne har tatt den nesten ordrett – det eneste de gjorde var å fjerne min copyright-topptekst og et avsnitt med kommentar og gi funksjonene nye navn". Navnet var `CSS_auth.cpp`.

Det må etter dette legges til grunn at det programmet John Lech Johansen senere programmerte, brukergrensesnittet (Graphical User Interface), besto av "the nomad"s dekrypteringsalgoritme og Derek Fawcus' autentiseringspakke. Utarbeidelsen av et brukergrensesnitt gjorde programmet tilgjengelig også for brukere uten spesialkunnskap om programmering. Programmet ble første gang publisert på Internett 6 oktober 1999, etter at Jon Lech Johansen hadde testet det ut på filmen "The Matrix". I den forbindelse lastet han ned ca 2,5% - 200 megabytes - av filmen til harddisken på sin PC. Denne nedlastingen er det eneste Jon Lech Johansen har lagret av film på sin PC. Programmet, DeCSS, ble etter hvert forbedret og lagt ut i flere versjoner. Siste versjon ble etter det som er opplyst, lagt ut 9 november 1999. Programmet virket under operativsystemene Microsoft Windows 98 og Windows 2000.

Jon Lech Johansen har anført at hans hensikt med å lage programmet var å bidra til utviklingen av en Linux spiller. Lagmannsretten legger dette til grunn, og finner at årsaken til at programmet som ble lagt ut, var et program som virket på Microsoft Windows operativsystem, var at det på det daværende tidspunkt ikke var noen ferdig utarbeidet støtte for filsystemet UDF på Linux. Johansen hadde ikke kunnskaper nok om Linux til å bidra i dette arbeidet. Vitnet Stevenson uttalte at det arbeidet Jon Lech Johansen utførte, gjorde det lettere for andre å teste ut sine komponenter, slik at man kom nærmere utviklingen av en Linux-spiller. Ved en feil fra Johansens side ble også kildekoden til DeCSS gjort tilgjengelig på Internett den 6 oktober 1999. Den ble trukket tilbake samme dag. Kildekoden ville han i utgangspunktet holde hemmelig, fordi han ellers var redd for at Xing-nøklene ville bli trukket tilbake. Skjedde det, ville DeCSS slutte å virke. Imidlertid gjorde en anonym kilde koden tilgjengelig igjen på LiVid den 25 oktober. Det fremgår av utskrift av samtaleloggen på denne dato at Johansen i samtale med "the nomad" var irritert over at koden ble "sluppet", men at de på dette tidspunkt hadde annen tilgang til flere nøkler, slik at det ikke spilte noen praktisk rolle. Brian Demsky, som lastet ned kildekoden den 6 oktober, hadde nemlig i mellomtiden laget et program som fant frem til spillernøkler. Denne teknologien var ikke Johansen kjent med, men han videreformidlet spillernøkler til "the nomad", som testet dem ut. Det er også på det rene at Frank Stevenson lastet ned kildekoden den 25 oktober. Han laget et program som helt eliminerte behovet for kunnskap om spillernøkler.

Jon Lech Johansen er tiltalt for overtredelse av straffeloven § 145 annet, tredje og fjerde ledd. Bestemmelsen rammer den som uberettiget bryter en beskyttelse eller på annen lignende måte skaffer seg adgang til data eller programutrustning som er lagret eller som overføres ved elektroniske eller andre tekniske midler. Bestemmelsen er plassert i straffelovens kapittel 13 som omhandler forbrytelser mot den almindelige orden og fred.

Spørsmålet blir først hva som ligger i uttrykket "data". Lagmannsretten legger til grunn at i denne saken må uttrykket omfatte både filmen og Content Scrambling System-programmet. Forstått slik kan det ikke være tvilsomt at saken omhandler "data" i lovens forstand.

Det neste spørsmålet blir hva som ligger i uttrykket "uberettiget". Jon Lech Johansen har kjøpt alle sine DVD-filmer på regulær måte, og har rett til å avspille dem. Skal de kunne avspilles, må filmene dekrypteres. Forutsetningen for produsenten var imidlertid at filmene i kryptert stand skulle være intakt etter avspillingen, mens Jon Lech Johansens program DeCSS tillater lagring av filmene i ukryptert stand på harddisk. En lagret film kan mangfoldiggjøres, f. eks ved at den brennes på en DVD-plate eller på CD-plater, og det var nettopp dette krypteringen skulle forhindre. Lagmannsretten har ovenfor lagt til grunn at Jon Lech Johansen ikke selv har lagret film for senere kopiering på sin harddisk, men det må likevel tas standpunkt til om det å skaffe seg en slik mulighet i tillegg til avspillingsmuligheten, er uberettiget. I forarbeidene, Ot.prp.nr.35 (1986-1987) Om endringer i straffeloven fremgår det på side 20 nederst:

"Ved at "på lignende måte" er føyd til, blir tolkningen av vilkåret om å bryte en beskyttelse ikke så avgjørende. Poenget er at § 145 bare skal ramme tilfelle hvor det å skaffe seg adgang til data må karakteriseres som kvalifisert uberettiget."

Ordlyden i § 145, sammenholdt med at enhver bruk av DeCSS innebærer at det fremstilles en ubeskyttet versjon av de krypterte filmdataene som lagres på brukerens harddisk, taler for at det må påvises et grunnlag som gjør bruken av DeCSS rettmessig. En slik hjemmel er åndsverksloven § 12 som gir rett til eksemplarframstilling. Ordlyden tyder på at retten er ukvalifisert, men det fremgår av motivene at bestemmelsen må tolkes innskrenkende, se uttalelsene i Ot. prp.nr.15 (1994-95) Om lov om endringer i åndsverksloven med mer side 38 annen spalte nederst. Til belysning av vurderingstemaet sies:

"Hvor stor del av et verk og antall eksemplær som kan fremstilles, vil bero på omstendigheter i det konkrete tilfelle - bl. a. hva slags verk det er tale om, verkets omfang, hvor stor del av verket som gjengis på eksemplaret, arten av det eksemplar som fremstilles og om eksemplaret gjengir verket i samme form som gjengivelsen det fremstilles fra, og hva slags bruk det tas sikte på. For eksempel vil det normalt ikke være adgang til for personlig bruk å fremstille selv én enkelt kopi av en hel bok, eller et helt tidsskrift som er å få i handelen..."

Slik lagmannsretten ser det, er det en vesensforskjell mellom å kopiere en spillefilm og å kopiere et helt tidsskrift eller en hel bok. Spillefilmen er lagret på et medium som er utsatt for å få skader, f.eks. riper, hakk og sprekker, mens en bok eller et tidsskrift kan leses om og om igjen uten at det går ut over kvaliteten. Lagmannsretten legger til grunn at en DVD-plate er så utsatt for å få skader at kjøperen må være berettiget til å ta en kopi, for eksempel av en film han er spesielt interessert i å bevare. Det kan ikke sees at bruken av DeCSS utgjør noen stor fare for illegal eksemplarframstilling av DVD-plater i konkurranse med filmselskapene. Forarbeidene og Bernkonvensjonen art. 9 gir anvisning på en interesseavveining, men i denne saken er det tolkningen av åndsverksloven § 12 som ledd i en straffbarhetsvurdering som er temaet, og i en slik sammenheng må den ubetingede form ordlyden har fått, etter lagmannsrettens vurdering, tillegges stor vekt.

Det neste spørsmål blir om bruk av DeCSS likevel er rettsstridig fordi filmene selges med forbud mot kopiering. Forbudet fremgår av coveret, men det må legges til grunn at det ikke finnes noen standardisert tekst som kan gjenfinnes på alle covere. Teksten er oftest på engelsk, men kan også være på et annet språk, f.eks. fransk. Teksten er vanskelig tilgjengelig, og den er skrevet med svært liten skrift.

Et forbehold om forbud mot kopiering ville beskjære forbrukerens rettigheter i forhold til åndsverksloven § 12, som tillater at enkelte eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk når slik fremstilling ikke skjer i ervervsøyemed. Lagmannsretten legger til grunn at ensidige forbehold mot bruk som er tillatt etter åndsverksloven ikke kan anses for å være gyldige. Det vises til NOU 1983:35 Endringer i åndsverksloven m.v. hvor det på side 63, første spalte heter:

”Utvalget mener at det som gjeldende rett må legges til grunn at ensidige forbehold mot bruk som er tillatt etter åndsverksloven, i alminnelighet ikke kan anses gyldige. Dette standpunkt støttes av reelle hensyn. Slike forbehold synes å kunne sammenlignes med privat lovgivningsvirksomhet som lett kan forrykke den interesseavveining som loven bygger på. Dette synspunkt har i særlig grad gyldighet overfor forbehold knyttet til eksemplarer av åndsverk som er fremstilt som masseartikler. For at private forbehold skal være gyldige, må utgangspunktet være at de er kontraktsmessig vedtatte.”

Lagmannsretten kan heller ikke se at det fremgår noe sted på DVD-platens cover at Johansen var bundet til kun å bruke autorisert avspillingsutstyr. Hvis det skulle være slik som anført av påtalemyndigheten at denne forutsetning fremgår av merkingen ”DVD” på coveret, kan heller ikke denne forutsetning anses for å være kontraktsmessig vedtatt av forbrukeren.

Spørsmålet blir dernest om selve dekrypteringsprogrammet var skaffet til veie på ulovlig vis. Hvis det kan påvises, må det tas standpunkt til om dette gjør at adgangen til dataene blir uberettiget.

Påtalemyndigheten har for det første anført at den omvendte utviklingen eller dekompileringen som "the nomad" utførte, ikke var omfattende nok til å kunne betegnes som omvendt utvikling. Det han gjorde var å dissekere programmet, såkalt dekompilering. Lagmannsretten kan ikke se at dette er noe poeng i saken. I Ot.prp.nr.84 (1991-92) Om lov om endringer i lov 12 mai 1961 nr 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen, står det i punkt 3.4.6.3. Merknader til endringsforslaget, bl a følgende:

"...Datamaskinprogrammer fra forskjellige produsenter opererer ofte med ulike standarder. Et program i såkalt objektversjon (maskinkode) vil ikke avsløre ideer eller prinsipper for erververen, og man er derfor avhengig av å kunne foreta en omvendt utvikling av programmets objektversjon til en kildeversjon for å kunne forstå programmets bakenforliggende logikk."

"...En annen metode er å foreta såkalt omvendt utvikling, eller "dekompilering", som direktivet benevner det. Dekompilering innebærer at man oversetter datamaskinprogrammets maskinlesbare kode tilbake til skriftlig kildekode, eller noe som tilsvarer den opprinnelige kildekode. Herfra kan man da foreta den nevnte analyse av grensesnittet og de prinsipper som ligger bak."

Slik lagmannsretten forstår dette, er "dekompilering" og "omvendt utvikling" synonyme slik uttrykkene er anvendt i Ot.prp.nr 84 (1991-92).

Utgangspunktet etter åndsverksloven § 4 er at en opphavsmann ikke kan sette seg imot at andre benytter hans åndsverk på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår. Åndsverksloven § 39i gir hjemmel for å fremstille eksemplar av en datamaskins kode og oversette kodens form når dette er en forutsetning for å skaffe til veie de opplysninger som er nødvendige for å oppnå funksjonelt samvirke mellom et selvstendig utviklet datamaskinprogram og andre programmer, dersom handlingen utføres av en person som har rett til å bruke et eksemplar av et program, opplysningene ikke tidligere har vært lett tilgjengelige og handlingene er begrenset til de deler av det opprinnelige program som er nødvendige for å oppnå funksjonelt samvirke.

I den sakkyndige rapporten som er fremlagt i det faktiske utdraget, fremgår det på side 41:

"Den metoden som tilsynelatende oftest blir satt i forbindelse med omvendt utvikling er det som kalles dekompilering av datamaskinprogrammets objektkode. Dette er en prosess som skal forsøke å omforme objekt-koden til noe

som er tilnærmet kildekode på et høyere nivå. Man identifiserer de enkelte instruksjoner i programmet og setter rekker av disse sammen til funksjonsbeskrivelser på et høyere nivå. Man har ingen sikker metode for å komme fram til en nøyaktig representasjon av den originale kildekoden til et program, men vil likevel få meget god kjennskap til de prinsipper som ligger til grunn for utformingen av programmet. Arbeidet med å omarbeide de faktiske maskininstruksjoner i objekt-koden til en representasjon av kildekoden kan regnes inn under den delen av omvendt utvikling som vi har valgt å kalle rekonstruksjon av design."

Lagmannsretten legger til grunn at det som ble utført av "the nomad", var en omvendt utvikling av algoritmen og spillernøkklene. Ved å gjøre bruk av den informasjonen han fikk ut av Xing-spillere og Fawcus' autentiseringskode, var han i stand til å skape et nytt program, og oppnå funksjonelt samvirke med DVD-platen. Opplysningene var ikke tilgjengelige for ham fra andre kilder. En eventuell lisens fra DVD CCA på taushetsplikt om spillernøkler etc., og med filosofien om åpen kildekode i LiVid-miljøet var det en umulighet å underskrive et slikt taushetsløfte. Det program som ble laget svarte ikke i vesentlig grad til det opprinnelige, og opphavsretten til det opprinnelige programmet ble dermed ikke krenket. Om "the nomad" gjorde mer enn det som var nødvendig for å oppnå funksjonelt samvirke, er ikke etterforsket. Det må da legges til grunn at dette vilkår ikke er krenket. Det faktum at han gjorde bruk av Fawcus' autentiseringskode taler under enhver omstendighet for at det bare var de nødvendige deler som ble omvendt utviklet fra Xing-spillere. Det er usikkert om "the nomad" hadde lovlig adgang til det spillerprogrammet informasjonen ble hentet ut fra. Dette punkt blir nærmere gjennomgått nedenfor. Det er imidlertid Jon Lech Johansens forhold som er oppe til pådømmelse, og han fikk ikke kjennskap til at "the nomad" antagelig ikke eide et lovlig eksemplar av Xing-spillere før 4 november 1999. Da hadde DeCSS ligget ute på Internett siden 6 oktober 1999. Koden var også ved en feil offentliggjort, og det må da antas at programmet var kjent i de kretser som interesserte seg spesielt for slike spørsmål, bl a LiVid-miljøet.

Påtalemyndigheten anfører at dckompileringen ble foretatt på et ulovlig eksemplar. Det er i strid med reglene i åndsverksloven. Beviset for at eksemplaret av Xing-spillere var ulovlig, skal være to uttalelser i IRC-loggen. Den 4 november 1999 uttaler f eks "the nomad" : "...og det er nettopp derfor jeg foretrekker å forbli anonym, jeg eier ingen lovlig kopi av xingdvd".

Lagmannsretten kan ikke se at påtalemyndighetens bevisbyrde er oppfylt når det gjelder å klarlegge eierforholdet til Xing-spillere. Det vises til at det programmet det er tale om eierforholdet til, er et program for avspilling av DVD-filmer på en PC, og slike programmer er rimelige i innkjøp. Det er derfor liten grunn til å foreta eksperimenter på en piratkopi. Videre fremgår det flere steder i samtaleloggene, blant annet i logg av

3 november 2000, at "the nomad" ikke har noen kunnskap om hvilke regler som gjaldt for omvendt utvikling. "The nomad" er etter det som er opplyst tysk, og kunne da forholdsvis enkelt ha vært avhørt av tysk politi på vegne av Økokrim, hvis de opplysninger man fant i samtaleloggen ble ansett for å være av avgjørende betydning.

Lagmannsretten finner for sin del, som nevnt ovenfor, at dette ikke er et punkt av betydning for Johansens straffbarhet, i og med at opplysningene, hvis de medfører riktighet, først fremkom nesten en måned etter at Johansen hadde publisert DeCSS på Internett.

For øvrig kan man etter lagmannsrettens syn neppe forlange at den da 15-årige Jon Lech Johansen skulle ha satt seg inn i åndsverkslovens regler om omvendt utvikling. Lagmannsretten viser til at det ikke var ham som utførte dette arbeidet, bl a fordi han ikke hadde tilstrekkelige kunnskaper. Regelverket rundt det hadde han da etter lagmannsrettens syn ingen foranledning til å undersøke. At han hadde svært begrensede kunnskaper på området fremgår for øvrig av en samtalelogg mellom ham og Brian Demsky den 9 oktober 1999. Han blir da spurt av Demsky om han har noen ide om hvor legal den omvendte utviklingen var. Han svarer: "som i hvor? som om han gjorde det i et land der dette er tillatt?" Brian Demsky forklarer at han mener om den omvendte utviklingen var forskjellig nok til ikke å bryte opphavsrettslover. Jon Lech Johansen svarer: "Forskjellig nok?"

Lagmannsretten må dernest ta stilling til om tilegnelsen av spillernøklene i seg selv var uberettiget. Påtalemyndigheten har anført at dette kun er rettighetsadministrative data som ikke var ment for innsyn fra forbruker. Lagmannsretten kan ikke se at denne delen av det som er lagret på DVD-platen nyter særskilt vern. Nøkkellageret representerer beskyttelsen, og vurderingen av hva som kan anses som uberettiget i forhold til straffeloven § 145 annet ledd må, slik lagmannsretten ser det, knyttes til adgangen til selve filmen. Jon Lech Johansen har kun undersøkt om nøklene fra "the nomad"s kode fungerte på enkelte filmer. De øvrige nøklene er ikke anvendt. For øvrig har, som tidligere nevnt, Frank Stevenson utviklet og offentliggjort et program som helt overflødiggjorde kunnskap om nøklene.

Det bemerkes for øvrig at det faktum at beskyttelsessystemet ble kompromittert snarere skyldes at systemet var utilstrekkelig enn at forsøkene var spesielt iherdige. Stevenson betegnet systemets sikkerhet som svært lav, og det sier seg selv at et slikt system lettere vil bli utsatt for forsøk på knekking enn systemer som i utgangspunktet virker robuste.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at da Jon Lech Johansen programmerte brukergrensesnittet til DeCSS, hadde han ikke noen grunn til å tro at den omvendte utvikling eller dekompilering som var foretatt av "the nomad", ikke var lovlig. Lagmannsretten konkluderer etter dette med at adgangen til dataene ikke kan anses som uberettiget.

De to siste spørsmål lagmannsretten må ta standpunkt til, er om Jon Lech Johansen kan straffes for medvirkning eller forsøk på medvirkning til andres bruk av programmet DeCSS.

Lagmannsretten finner, på samme måte som tingretten, at det ikke er ført noe bevis for at andre har brukt DeCSS på ulovlig ervervede DVD-filmer. John Lech Johansen kan da ikke straffes for medvirkning til bruk av programmet.

Spørsmålet blir så om han kan dømmes for forsøk på medvirkning ved at han har offentliggjort et program som gjør det mulig for andre å få uberettiget adgang til dekrypterte DVD-filmer.

Som tingretten, viser lagmannsretten til Erling Johannes Husabø, Straffansvarets periferi – Medvirkning, forsøk, førebuing (1999) side 100 hvor forfatteren tar utgangspunkt i følgende problemstilling: "Nær sagt ei kvar vare kan bli nytta som *middel* til eit brotsverk. Visse varslag medfører jamvel ein påreknelig fare for å bli brukt slik. Men like fullt er det semje om at straffansvar normalt er utelukka både for produsent og selger." Forfatteren viser til at det å omsette f eks våpen og medisiner er eksempler på tillatt risiko. Så lenge varene tjener et lovlig formål, er ikke problemet så mye å begrunne straffrihet, men eventuelt å begrunne at salg til andre kan utløse medvirkeransvar.

Lagmannsretten har tidligere lagt til grunn at Johansens hensikt med å gjøre DeCSS tilgjengelig på Internett var å medvirke til at det ble laget en DVD-spiller for Linux. I henhold til filosofien om åpen kildekode kunne da andre teste programmet og videreutvikle det. Det er lite som tyder på at han ved publiseringen av programmet ønsket å gjøre det lettere for andre å kopiere og å distribuere DVD-filmer, selv om han selvsagt må ha vært klar over at programmet kunne misbrukes. At distribusjon og kopiering var upraktisk i 1999 er gjennomgått ovenfor. I tillegg viser samtalelogger, som tidligere nevnt, at Jon Lech Johansen ikke hadde mye til overs for piratkopiering. Lagmannsretten kan etter dette ikke se at det er ført bevis for at Jon Lech Johansen ved å legge DeCSS ut på Internett har forsøkt å medvirke til andres piratkopiering av spillefilmer. At programmet kan misbrukes endrer ikke denne vurdering.

Anken blir etter dette å forkaste.

Spørsmålet om inndragning og spørsmålet om saksomkostninger er det da ikke aktuelt å behandle.

Dommen er enstemmig.

Slutning:

Anken forkastes.

Wenche Skjæggestad

Endre Stavang

Hjalmar Austbø

Bente Brunvatne

Morten Midtun

Dag Asheim

Martin Gilje Jaatun

Bekreftes for
førstelagmannen: