

LJN: AS9237, Hoge Raad , 02337/04

Datum 19-04-2005

uitspraak:

Datum 19-04-2005

publicatie:

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: 's Hofs oordeel dat het bewezenverklaarde - het doen van een betaling via een betaalautomaat met gebruikmaking van een giropas en de daarbij behorende pincode door een ander dan de daartoe gerechtigde - oplevert diefstal waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht d.m.v. valse sleutels, getuigt, mede gelet op de conclusie van de plv. PG (o.m. overzicht rechtspraak), niet van een onjuiste rechtsopvatting. Van tegenstrijdigheid tussen de vrijspraak van de tenlastegelegde opzetheling en de bewezenverklaring van de - latere - diefstallen is geen sprake, aldus HR in afwijking van conclusie plv. PG.

Uitspraak

19 april 2005

Strafkamer

nr. 02337/04

SG/SM

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 9 oktober 2003, nummer 22/002630-03, in de strafzaak tegen:

[verdachte], geboren te [geboorteplaats] (Joegoslavië) op [geboortedatum] 1979, wonende te [woonplaats].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Politierechter in de Rechtbank te Rotterdam van 27 maart 2002 - de verdachte ter zake van 1 primair: "schuldheiling" en 2."diefstal door twee of meer verenigde personen, waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van valse sleutels" veroordeeld tot twee maanden gevangenisstraf. Voorts heeft het Hof de vordering van de benadeelde partij toegewezen en aan de verdachte een betalingsverplichting opgelegd een en ander zoals in het arrest vermeld.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. S.F.J. Smeets, advocaat te Utrecht, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De plaatsvervangend Procureur-Generaal Fokkens heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad het bestreden arrest zal vernietigen en de zaak zal terugwijzen of verwijzen naar een ander Hof teneinde op het bestaande beroep te worden berecht en afgedaan. De conclusie is aan dit arrest gehecht.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Het middel behelst de klacht dat de redelijke termijn als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM in de cassatiefase is overschreden.

3.2. De verdachte heeft op 14 oktober 2003 beroep in cassatie ingesteld. Blijkens een op de inventaris van de stukken aangebracht stempel zijn deze op 17 augustus 2004 ter griffie van de Hoge Raad binnengekomen. Dat brengt mee dat de redelijke termijn als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM in de cassatiefase is overschreden.

Gelet op de aan de verdachte opgelegde straf als hiervoor onder 1 vermeld en de mate waarin de redelijke termijn is overschreden, is er geen aanleiding om aan het oordeel dat de redelijke termijn is overschreden enig rechtsgevolg te verbinden en zal de Hoge Raad met dat oordeel volstaan.

4. Slotsom

Nu het middel niet tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

De Hoge Raad heeft daarbij het volgende in aanmerking genomen. Het oordeel van het Hof dat hetgeen onder 2 is bewezen verklaard - kort gezegd - het doen van een betaling via een betaalautomaat met gebruikmaking van een giropas en de daarbij behorende pincode door een ander dan de daartoe gerechtigde - oplevert diefstal waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van valse sleutels, getuigt, mede gelet op hetgeen in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 tot en met 17 is weergegeven, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Van tegenstrijdigheid tussen de vrijspraak van de tenlastegelegde opzetheling en de bewezenverklaring van de - latere - diefstallen is geen sprake.

5. Beslissing

De Hoge Raad verworpt het beroep.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.J.G. Bleichrodt als voorzitter, en de raadsheren A.J.A. van Dorst en H.A.G. van Splinter-van Kan, in bijzijn van de waarnemend griffier J.D.M. Hart, en uitgesproken op 19 april 2005.

Conclusie

Nr. 02337/04

Mr Fokkens

Zitting: 8 maart 2005

Conclusie inzake:

[verdachte]

1. Verdachte is door het Gerechtshof te 's-Gravenhage veroordeeld tot twee maanden gevangenisstraf wegens 1. "schuldhealing" en 2. "diefstal door twee of meer verenigde personen, waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van een valse sleutel". Voorts heeft het Hof de vordering van de benadeelde partij toegewezen tot een bedrag van € 660,39 en voor dat bedrag tevens een schadevergoedingsmaatregel opgelegd.

2. Tegen deze uitspraak heeft verdachte cassatieberoep doen instellen.

3. Namens verdachte heeft mr S.F.J. Smeets, advocaat te Utrecht, één middel van cassatie voorgesteld.

4. Het middel klaagt dat de inzendtermijn in de cassatiefase is overschreden. Dat is juist. Nadat op 14 oktober 2003 cassatieberoep was ingesteld, zijn de stukken eerst op 17 augustus 2004 ingekomen ter griffie van de Hoge Raad en dat is te laat. Indien de Hoge Raad met mij van oordeel is dat de uitspraak van het Hof niet in stand kan blijven, zal de rechter die na verwijzing over de zaak moet oordelen bij een veroordeling moeten beoordelen of en zo ja welke rechtsgevolgen aan deze overschrijding moeten

worden verbonden.

5. Daarmee kom ik bij twee kwesties die ik ambtshalve wil bespreken.

6. Het gaat in deze zaak om het volgende: op 29 maart 2001 wordt bij een woninginbraak onder meer een giropas gestolen. Diezelfde avond worden met die giropas in twee benzinestations door verdachte aankopen betaald voor in totaal 1155 gulden. Verdachte is die avond gebeld door ene [betrokkene 1], een vriend van zijn nicht, die hem vervolgens met de auto heeft opgehaald. Toen verdachte bij hem in de auto stapte zei [betrokkene 1] dat hij eerst ging tanken. In het benzinestation gaf [betrokkene 1] aan verdachte een bankpasje en een stukje papier waarop hij een pincode schreef en vroeg hij aan verdachte om te gaan betalen. Dat heeft verdachte gedaan, waarbij hij, nadat hij was begonnen met pinnen, tegen de kassier zei dat hij, voordat hij de tank volgooide, wilde kijken of zijn pasje werkte. Vervolgens betaalde verdachte nog een aantal blikken motorolie die hij samen met [betrokkene 1] had uitgezocht. Het bankpasje was eerder die dag gestolen giropas. Een uur later kochten zij drie mobiele telefoons in een ander benzinestation en ook daar werd door verdachte afgerekend door een pinbetaling met de gestolen giropas. Verdachte wordt op grond van deze feiten vervolgd ter zake van 1. opzetheling, subsidiair schuldheiling van de gestolen giropas, meer subsidiair diefstal van die giropas en andere goederen bij de woninginbraak en 2. diefstal met behulp van een valse sleutel uit betaalautomaten van de bedragen van deze pinbetalingen. Het hof heeft vrijgesproken van de opzetheling en heeft verdachte veroordeeld wegens 1. schuldheiling en 2. diefstal met behulp van een valse sleutel.

7. De eerste vraag die ambtshalve de aandacht verdient is of een pinbetaling met een gestolen bankpas kan worden beschouwd als diefstal van het betaalde bedrag. Als dat zo is, is de tweede vraag of de motivering van de bewezenverklaring niet onbegrijpelijk is, nu het Hof heeft vrijgesproken van de tenlastegelegde opzetheling van de gestolen pinpas en vervolgens het gebruik van die pinpas bij betaling heeft bestempeld als diefstal van het betaalde bedrag.

8. Ten laste van verdachte is onder 2 bewezen verklaard dat:

"hij in de periode 29 maart 2001 tot en met 30 maart 2001 in Nederland meermalen, tezamen en in vereniging met een ander, met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening uit hierna te noemen betaalautomaten heeft weggenomen de hierna te noemen geldbedragen, toebehorende aan [het slachtoffer], te weten:

- uit een betaalautomaat van benzinestation Q8, gelegen op of aan het Rivium Noord te Capelle aan den IJssel, een (totaal)bedrag van Fl. 408, 30 en
- uit een betaalautomaat van benzinestation Esso te 's-Gravenhage een (totaal)bedrag van fl. 1047,-

waarbij verdachte of zijn mededader de weg te nemen geldbedragen, onder hun bereik hebben gebracht door middel van een valse sleutel, te weten door telkens een gestolen giropas (op naam van [het slachtoffer]) in de bovengenoemde betaalautomaten in te voeren en vervolgens de aan de rechtmatige houder van die giropas opgegeven (geheime) pincode in te toetsen"

9. Het Hof heeft het onder 2 bewezenverklaarde gekwalificeerd als:

"Diefstal door twee of meer verenigde personen, waarbij de schuldige het weg te nemen goed onder zijn bereik heeft gebracht door middel van valse sleutels."

10. Bij een zogenaamde pinbetaling wordt geen contant geld overhandigd aan de verkoper maar wordt de pinpas door de betaalautomaat gehaald en het te betalen bedrag tussen klant en winkelier verrekend. Wanneer de pinpas door de automaat is gehaald en de pincode is ingetoetst, zoekt de betaalautomaat contact met Interpay. Het netwerk van Interpay verbindt vervolgens alle betrokken computersystemen, zowel bij Interpay als bij de banken, met elkaar. De pintransactie wordt direct doorgeschakeld naar de bank van de houder van de pinpas voor autorisatie. De bank checkt het saldo, de daglimiet en of de pas niet gestolen is. Het antwoord van de bank wordt via Interpay weer aan de betaalautomaat doorgegeven en vervolgens vindt, wanneer een en ander in orde is, de betaling plaats. Wanneer dat niet het geval is, verschijnt: "Betaal AUB op andere wijze" in het display van het

pinapparaat.(1) De verwerking van een pintransactie kan per bank verschillen maar geschiedt in beginsel zo spoedig mogelijk; zo wordt het geld soms dezelfde dag al van de rekening geschreven.(2)

11. In het Duitse strafrecht valt een dergelijke pinbetaling niet onder diefstal ("Diebstahl", art. 242 e.v. Strafgesetzbuch) maar onder oplichting ("Betrug", art. 263 e.v. Strafgesetzbuch). In het Strafgesetzbuch is daarvoor na artikel 263 artikel 263a betreffende "Computerbetrug" ingevoerd. Dit artikel luidt:

"Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflußt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

Dit artikel ziet op vormen van computercriminaliteit in brede zin. Ook misbruik van een pas met pincode door iemand die daartoe geen recht heeft, is daaronder begrepen. Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan het opnemen van geld met een pinpas maar eveneens aan "der Mißbrauch einer Karte im electronic-cash-Zahlungsverfahren durch einen Nichtberechtigten", Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, 2001, p. 2111.

12. In Nederland kennen we niet een dergelijke afzonderlijke bepaling. De rechtspraak van de Hoge Raad heeft tot nu toe uitsluitend betrekking op het met behulp van een gestolen pinpas opnemen van contant geld bij een geldautomaat. In die rechtspraak wordt de geldopname uit de geldautomaat van een bank door middel van een (gestolen) Eurochequepas en de daarbij behorende pincode nu eens opgevat als oplichting; de bank wordt door listige kunstgrepen bewogen tot afgifte van geld (HR 19 november 1991, NJ 1992, 124), dan weer als diefstal met behulp van een valse sleutel (HR 8 december 1992, NJ 1993, 323 en HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 63, rov. 3.3). In het laatste geval gaat het om het wegnemen van geld dat toebehoort aan de rekeninghouder.

13. De vraag of een pinbetaling door iemand die daartoe geen recht heeft, bijvoorbeeld met een gestolen pas, diefstal oplevert wordt in de rechtspraak verschillend beantwoord. Zo oordeelde het Hof Arnhem, anders dan het Haagse Hof in deze zaak, dat het pinnen door een daartoe niet gerechtigde ter betaling geen diefstal als bedoeld in artikel 310 Sr oplevert nu het geen feitelijk wegnemen van geld betreft, Hof Arnhem 19 november 2004, parketnummer 21-003545-04, niet gepubliceerd.

14. Voor de beantwoording van de vraag of een pinbetaling door een daartoe niet gerechtigd persoon diefstal van het betaalde geldbedrag kan opleveren is in de eerste plaats van belang in hoeverre giraal geld kan worden beschouwd als een goed dat kan worden weggenomen.

15. In HR 11 mei 1982, NJ 1982, 583, rov. 5, is giraal geld aangemerkt als een goed dat vatbaar is voor wederrechtelijke toe-eigening:

"Dit verweer, dat blijkens de bewezenverklaring door het Hof niet is aanvaard, stelt de rechtsvraag aan de orde, of een in zogenaamd giraal geld bestaand geldbedrag dat abusievelijk door een ander op iemands bankrekening is overgemaakt al dan niet kan worden aangemerkt als een "goed" dat als "toebehorende aan die ander vatbaar is voor "toeeigening" - een en ander in de zin van art. 321 Sr, waarop de steller van de telastelegging kennelijk het oog had - door de rekeninghouder.

Door op die vraag geen gemotiveerde beslissing te geven heeft het Hof de bewezenverklaring niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

Zulks behoeft echter niet tot cassatie te leiden.

Gelet op de functie van zogenaamd giraal geld in het maatschappelijk verkeer brengt redelijke uitleg van voornoemd artikel immers mede, dat evenbedoelde vraag bevestigend beantwoord moet worden."

16. Verder is HR 28 januari 1992, NJ 1993, 363 van belang. Daarin had de verdachte - kort gezegd - door zich voor te doen als koopman in diamanten en als "zichthouder" van een firma in Londen zijn slachtoffers bewogen tot overboekingen van giraal geld op zijn rekening, hetgeen als oplichting door het Hof bewezen was verklaard. Naar aanleiding van de klacht dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kon volgen dat verdachte zijn slachtoffers had bewogen tot afgifte van geld, aangezien slechts zou

blijken dat ten gunste van hem geld zou zijn overgemaakt, overwoog de Hoge Raad:

"5.1 Met betrekking tot het door de raadsman van de verdachte in hoger beroep gevoerde verweer dat thans in de middelen wordt herhaald heeft het hof overwogen en beslist als volgt:

5.2 "Naar het oordeel van het hof houdt het met eenparigheid van stemmen bewezen verklaarde feitelijke handelen van de verdachte, waarbij de aangevers telkens bewogen zijn tot het doen van overboekingen van giraal geld op de rekening van verdachte, telkens in het bewegen van de aangevers tot afgifte van enig goed. In het maatschappelijk verkeer is thans immers algemeen aanvaard dat girale betaling als een normale wijze van voldoening van een geldsom moet worden beschouwd. In verband met die maatschappelijke opvatting - waarvan ten tijde van het tot stand komen van art. 326 Sr uiteraard geen sprake kon zijn - en nu bovendien niet aannemelijk is dat de wetgever wat betreft de strafbaarheid onderscheid zou hebben willen maken tussen afgifte van enig goed en girale betaling zoals in het onderhavige geval, moet worden geoordeeld dat te dezen art. 326 Sr van toepassing is".

5.2 Daar de aldus gemotiveerde beslissing niet getuigt van een verkeerde rechtsopvatting falen de middelen"

Dit betekent dat de overboeking van giraal geld kan worden gekwalificeerd als afgifte van enig goed.

17. Deze rechtspraak brengt mij tot de slotsom dat een pinbetaling met gebruik van een (gestolen) giro- of bankpas met de daarbij behorende pincode door iemand die daartoe geen recht heeft, in ieder geval kan worden beschouwd als oplichting van de bank. Op dit punt zie ik geen wezenlijk verschil met HR NJ 1992, 363. Vervolgens rijst de vraag of, zoals in geval van het opnemen van contant geld met behulp van een gestolen pinpas ook diefstal door middel van een valse sleutel in aanmerking komt, ook hier kan worden gedacht aan diefstal van geld dat toebehoort aan de betreffende rekeninghouder. Ik meen dat er geen goede reden is om een pinbetaling wel als het bewegen tot afgifte van een goed te beschouwen en niet als het wegnemen van een goed, zoals het Hof in Arnhem oordeelde. Dat lijkt mij een redelijke uitleg van het begrip wegnemen van geld in het licht van het moderne betalingsverkeer. In de winkel wordt ook gevraagd: "hoe betaalt u, contant of pinnen" en als men pint verschijnt in het display van het pinapparaat de tekst: "u heeft betaald". Kortom een pinbetaling staat gelijk aan een contante betaling. En zoals degene die van een onder zijn beheer staande rekening van het bedrijf waar hij werkt door een overboeking naar zijn eigen rekening zich een goed, te weten giraal geld, toe-eigent, neemt degene die met de pas van een ander via internet geld van die ander op zijn eigen rekening overboekt, of zoals hier een pin-betaling doet, giraal geld weg.

18. Voor meer algemene beschouwingen over de vraag of dit nog een geoorloofde uitleg van art. 310 is en het bevestigende antwoord op die vraag verwijs ik naar de conclusie van mijn voormalig ambtsgeenoot Meijers voor HR NJ 1992, 363 en de door hem in die conclusie genoemde literatuur.

19. Daarmee kom ik bij de tweede vraag: is de motivering van de bewezenverklaring van diefstal door middel van een valse sleutel begrijpelijk nu het Hof heeft vrijgesproken van de tenlastegelegde opzetheling?

20. Ik meen dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord. Zoals hierboven kort uiteen is gezet, heeft verdachte de gestolen pas met pincode overhandigd gekregen om daarmee te gaan betalen bij het tanken van benzine. Als niet bewezen is dat verdachte toen heeft begrepen dat er minst genomen een aanmerkelijke kans bestond dat het hier om een gestolen pas ging (ik merk op dat gelet op de gang van zaken, onder meer zijn opmerking over het proberen van de pas, het niet onbegrijpelijk zou zijn geweest als het Hof opzetheling had aangenomen), is het zonder nadere motivering niet begrijpelijk hoe het Hof tot de conclusie is gekomen dat verdachte bij de direct daarop volgende betaling met behulp van die pas heeft gehandeld met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Dit laatste impliceert immers dat verdachte zich ervan bewust was dat (de aanmerkelijke kans bestond dat) de rechthebbende niet instemde met het gebruik van de pas door verdachtes mededader die hem de pas had overhandigd met het verzoek daarmee te betalen. Om die reden kan de bestreden uitspraak niet in stand blijven.

21. Deze conclusie strekt ertoe dat de bestreden uitspraak wordt vernietigd en dat de zaak wordt teruggewezen of verwezen naar een ander hof teneinde op het bestaande hoger beroep te worden berecht en afgedaan.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden,

plv.

1 Zie "Hoe gaat een PINbetaling" op www.pin.nl.

2 "Valutering - Inzicht in het betalingsverkeer", ABN-AMRO, p. 5.