

LJN: BC9192, Hoge Raad , 01517/07

Datum 08-07-2008

uitspraak:

Datum 08-07-2008

publicatie:

Rechtsgebied: Straf

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: OM-cassatie. Art. 326c Sr. "Gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden." Gelet op de strekking van art. 326c Sr, te weten het voorzien in doelmatige bescherming tegen inbreuken op de economische belangen van degene die de bedoelde dienst tegen betaling aanbiedt, brengt een redelijke uitleg van deze bepaling mee dat onder "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden" ook is begrepen het gebruik van een onderdeel van de aangeboden dienst waaraan – zoals i.c. – een zekere zelfstandige betekenis niet kan worden ontzegd. Aldus blijft immers nog altijd toegang in begrijpelijke vorm geboden tot de beschermde dienst. Daaraan doet niet af dat, zoals het Hof voorts heeft overwogen, het beeld moeilijk manipuleerbaar is, het programma slechts op de computer bekeken kan worden en het niet mogelijk is om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het zogeheten PCTV programma, omdat deze omstandigheden slechts aspecten van het gebruiksgemak van een dienst betreffen. Uit hetgeen het Hof heeft overwogen volgt dat het Hof kennelijk is uitgegaan van een te beperkte uitleg van het in de tll voorkomende begrip "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden."

Uitspraak

8 juli 2008

Strafkamer

nr. 01517/07

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 2 december 2005, nummer 23/002275-05, in de strafzaak tegen: [verdachte], gevestigd te [vestigingsplaats].

1. De bestreden uitspraak

Na verwijzing van de zaak door de Hoge Raad bij arrest van 29 maart 2005, heeft het Hof in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Politierechter in de Rechtbank te Haarlem, van 16 januari 2003 - de verdachte vrijgesproken van het bij inleidende dagvaarding tenlastegelegde.

2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De waarnemend Advocaat-Generaal Bleichrodt heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een aangrenzend Hof om op het bestaande beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

2.2. Na de terechtzitting waarop de conclusie is genomen, is bij de Hoge Raad binnengekomen een

schrijven van de raadvrouw van de verdachte, mr. E.Z. Perez, advocaat te Amsterdam.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Het middel behelst de klacht dat het Hof bij zijn vrijspraak de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten door blijkt te geven van een onjuiste uitleg van de in de tenlastelegging gebezigde, aan art. 326c Sr ontleende, woorden "gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden".

3.2.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat zij, voor zover voor de beoordeling van het middel van belang:

"(...) opzettelijk een voorwerp dat kennelijk bestemd is en/of gegevens die kennelijk bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf om met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen door een of meer technische ingrepen en/of met behulp van (een) valse signalen gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden (artikel 326c lid 1 Wetboek van Strafrecht), openlijk ter verspreiding heeft aangeboden, immers heeft zij (...) het (computer)tijdschrift [A], nummer 15: 13 juli tot 27 juli 2000, welk tijdschrift door haar, verdachte, (...) werd uitgegeven, via het/de haar (...) ten dienste staand(e) verkooppunt(en), te koop, in elk geval openlijk ter verspreiding, aangeboden zulks terwijl in deze aflevering van dit (computer)tijdschrift een artikel was geplaatst met de naam: "gekraakt, Canal+ kijken op uw PC", in welk artikel een vijfstappenplan is opgenomen met de (navolgende) tekst:
"Stap I (...)."

3.2.2. Het Hof heeft de verdachte van het tenlastegelegde vrijgesproken. Het Hof heeft die vrijspraak als volgt gemotiveerd:

"Vrijspraak

Naar het oordeel van het hof is niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen de verdachte is tenlastegelegd, zodat de verdachte hiervan moet worden vrijgesproken.

Het hof heeft hiertoe het volgende overwogen.

Uit de stukken (proces-verbaal paragraaf 2.1.7 opgemaakt op 15 september 2000) blijkt dat verbalisanten hebben onderzocht of door middel van de werkwijze vermeld in het tijdschrift [A] het mogelijk was om Canal+ te ontvangen en te decoderen op een computer. Daartoe werden de volgende handelingen - verkort weergegeven - verricht:

- 1: Bij een reguliere computerwinkel werd een Studio PCTV kaart gekocht ten bedrage van ongeveer Fl. 125,-
- 2: Hierna werd deze PCTV kaart in een computer gemonteerd. Hierbij wordt opgemerkt dat deze computer minimaal voorzien moet zijn van een 200 MMX Pentium processor, 32 megabyte intern geheugen, grafische kaart met 2 megabyte geheugen, een cd-romdrive en het besturingsprogramma Windows 95/98/NT4.0/2000.
- 3: Voorts werd de PCTV software/programmatuur middels de bijgeleverde Cd-rom geïnstalleerd.
- 4: Middels de autoscan-optie in het PCTV-programma, zocht de PCTV-kaart voorts naar de zenders/kanalen die via het lokale Casema kabelnet ontvangen kunnen worden. De betaalzenders Canal+1 en Canal+2 werden handmatig opgezocht en vastgelegd. De kanaalfrequenties/nummering van deze kanalen kon afgelezen worden via teletekst pagina van het Casema informatiekanaal.
- 5: Na het vastleggen van de zenders Canal+1 en Canal+2 was de ontvangst in gecodeerde vorm te zien.
- 6: Vervolgens werd door middel van een computer op het internet gezocht naar het programma CABLECRYPT. Dit programma werd gedownload naar de harde schijf waar het PCTV-programma op was geïnstalleerd.
- 7: Hierna werd het programma CABLECRYPT uitgepakt en geïnstalleerd.
- 8: Vervolgens werd het PCTV opgestart en afgesteld op de zender van Canal+1, zonder dat het programma CABLECRYPT was opgestart. Het beeld van Canal+ werd slingerend (gecodeerd)

weergegeven.

9: Voorts werd het PCTV-programma Canal+1 door middel van het "-"teken boven aan het beeld op de menubalk geminimaliseerd en onder aan het beeld op de taakbalk geplaatst.

10: Hierna werd het programma CABLECRYPT opgestart. Er verscheen een nieuw venster waarin de zender Canal+1 te zien was in gedecodeerde vorm. Door middel van enige toetscorrecties kon de beeldkwaliteit verbeterd worden. Ook was het mogelijk door middel van bepaalde instellingen binnen het CABLECRYPT programma de beeldkwaliteit te verbeteren. Er bleek echter in het geheel geen geluid bij het programma te zijn.

De beeldkwaliteit van het gedecodeerde Canal+ bleef onstabiel en moest regelmatig door middel van toetscombinaties gecorrigeerd worden.

Voorts wordt opgemerkt dat elke keer wanneer door middel van het programma PCTV, Canal+1 of Canal+2 werd opgestart bovengenoemde handelingen moesten worden verricht. Het bleek niet mogelijk te zijn om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het PCTV-programma.

Het programma zoals genoemd in het blad [A] bleek op de gebruikte computer niet te werken. Het programma en versie waarover men in het genoemde blad sprak, betrof CABLECRYPT decoder versie 1.50.

Ten vervolge op vorengenoemd proces-verbaal is onderzocht waarom het programma CableCrypt decoder versie 1.50 niet werkte op de computer van het interregionaal Team Digitale Expertise Haaglanden (proces-verbaal van 13 februari 2001). Na installatie van versie 1.50 van de CableCrypt decoder software op de hardware (computer) van het Interregionaal Team Digitale Expertise bleek, dat deze software niet goed werkte. De reden daarvan is niet goed weer te geven, aldus het proces-verbaal.

Versie 2.04 bleek wel goed te werken met de gebruikte tv kaart. Deze software had een hoger versie nummer en was vermoedelijk later ontwikkeld en was dan ook nieuwer.

In de periode van 14 augustus 2002 tot en met 1 oktober 2002 is een nader onderzoek ingesteld om te onderzoeken of het mogelijk was om Canal+ te ontvangen en te decoderen op een computer (proces-verbaal van 1 oktober 2002). De conclusie was dat het mogelijk bleek, door middel van de genoemde werkwijze in het tijdschriftartikel in het computerblad [A], het beeld stabiel te krijgen evenals de beeldkwaliteit optimaal in te stellen. Er bleek in het geheel geen geluid bij de uitzendingen te worden weergegeven. Voorts werd opgemerkt dat elke keer wanneer het programma CableCrypt 1.50 werd opgestart, alle - complexe - handelingen, vermeld in het proces-verbaal van 1 oktober 2002, weer moesten worden verricht. Het bleek namelijk niet mogelijk te zijn om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van CableCrypt 1.50 of het WinTV-programma.

Canal+ drijft een onderneming die zich bezig houdt met het exploiteren van abonneetelevisie. Het signaal van de zenders die Canal+ exploiteert is gecodeerd, opdat gewaarborgd kan worden dat alleen de daartoe gerechtigde personen (de abonnees) het signaal door middel van een decoder kunnen omzetten in beeld en geluid. Canal+ biedt aldus tegen betaling via telecommunicatie een dienst aan het publiek aan in de zin van artikel 326c, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht.

Aan verdachte is het in het tweede lid van artikel 326c van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde delict ten laste gelegd: dat zij door publicatie van het zogenoemde stappenplan in het tijdschrift [A] openlijk ter verspreiding gegevens heeft aangeboden die kennelijk bestemd zijn tot het zonder betalen gebruik maken van de door Canal+ aangeboden dienst.

Het hof is van oordeel dat, anders dan het gewraakte tijdschriftartikel suggereert, het stappenplan er niet toe leidt dat van de door Canal+ aangeboden dienst gebruik kan worden gemaakt. Uit de hierboven aangehaalde processen-verbaal blijkt immers dat het beeld moeilijk manipuleerbaar is, er is geen geluid beschikbaar en het programma kan slechts op de computer bekeken worden in plaats van op de televisie. Daar komt bij dat het niet mogelijk is gebleken om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het PCTV-programma. Elke keer wanneer het programma

CableCrypt 1.50 werd opgestart moesten alle handelingen (en ruimschoots meer handelingen dan in het stappenplan omschreven staan), vermeldt in het proces-verbaal van 1 oktober 2002, weer worden verricht. Een en ander leidt tot de conclusie dat het resultaat dat verkregen wordt door het volgen van het stappenplan in redelijkheid niet gelijk kan worden gesteld met de televisieprogramma's zoals deze door Canal+ aan haar abonnees via de decoder worden aangeboden. Daaruit volgt dat verdachte door het publiceren van het desbetreffende tijdschriftartikel in [A] niet het ten laste gelegde en in artikel 326c, tweede lid, Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde delict heeft gepleegd."

3.3. Voor de beoordeling van het middel is art. 326c Sr, zoals dat gold tot 1 februari 2006 (maar nadien alleen wat de hoogte van het strafmaximum betreft is gewijzigd), van belang. Die bepaling luidt, voor zover hier van belang:

"1. Hij die, met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen, door een technische ingreep of met behulp van valse signalen, gebruik maakt van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2. Met gevangenisstraf van een jaar of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die opzettelijk een voorwerp dat kennelijk is bestemd, of gegevens die kennelijk zijn bestemd, tot het plegen van het misdrijf, bedoeld in het eerste lid,

a. openlijk ter verspreiding aanbiedt;

(...)"

3.4. In HR 15 april 2003, LJN AF3372, NJ 2003, 333 is geoordeeld dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de wet waarbij art. 326c Sr is ingevoegd volgt dat de wetgever, los van de strafbaarheid van deelnemingsvormen aan het in het eerste lid van art. 326c Sr omschreven misdrijf, een aparte strafbaarstelling zoals die in art. 326c, tweede lid, Sr is vervat, noodzakelijk heeft geacht met het oog op een doelmatige bescherming van het economische belang van de verschaffing van telecommunicatiediensten. Voorts heeft de Hoge Raad in dat arrest geoordeeld dat - naar mede uit die wetsgeschiedenis kan worden afgeleid - de strekking van die bepaling is dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat wederrechtelijk, zonder betaling, van uiteenlopende vormen van telecommunicatiediensten gebruik wordt gemaakt, en geoordeeld dat in verband daarmee gedragingen die geacht moeten worden ertoe te kunnen leiden dat anderen tot zodanig gebruik in de gelegenheid worden gesteld, onder de in die bepaling gestelde voorwaarden strafbaar zijn.

3.5. De tenlastelegging is toegesneden op art. 326c Sr. Daarom moeten de in de tenlastelegging voorkomende woorden "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden" geacht worden aldaar te zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in het eerste lid van dat artikel.

3.6. De motivering van het Hof voor de gegeven vrijspraak komt erop neer dat van het in de tenlastelegging omschreven "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden" geen sprake is, nu het resultaat dat wordt verkregen door het volgen van het in het door de verdachte gepubliceerde tijdschriftartikel vermelde stappenplan niet gelijk gesteld kan worden aan die van de televisieprogramma's zoals deze door Canal+ aan haar abonnees via de decoder worden aangeboden, in het bijzonder omdat daardoor wel beeld, maar geen geluid kon worden verkregen.

Gelet op de strekking van art. 326c Sr, te weten het voorzien in doelmatige bescherming tegen inbreuken op de economische belangen van degene die de bedoelde dienst tegen betaling aanbiedt, brengt een redelijke uitleg van deze bepaling mee dat onder "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden" ook is begrepen het gebruik van een onderdeel van de aangeboden dienst waaraan - zoals hier het geval is - een zekere zelfstandige betekenis niet kan worden ontzegd. Aldus blijft immers nog altijd toegang in begrijpelijke vorm geboden tot de beschermde dienst. Daaraan doet niet af dat, zoals het Hof voorts heeft overwogen, het beeld moeilijk manipuleerbaar is, het programma slechts op de computer bekeken kan worden en het niet mogelijk is om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het zogeheten PCTV programma, omdat deze omstandigheden slechts aspecten van het gebruiksgemak van een dienst betreffen.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het Hof kennelijk is uitgegaan van een te beperkte uitleg van het in de tenlastelegging voorkomende begrip "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden". Het Hof heeft derhalve de verdachte vrijgesproken van iets anders dan haar was tenlastegelegd. Het middel klaagt terecht dat het Hof aldus de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten.

4. Slotsom

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven en als volgt moet worden beslist.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president G.J.M. Corstens als voorzitter, en de raadsheren A.J.A. van Dorst, B.C. de Savornin Lohman, W.A.M. van Schendel en W.M.E. Thomassen, in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, en uitgesproken op 8 juli 2008.

Conclusie

Nr. 01517/07

Mr. Bleichrodt

Zitting: 8 april 2008

Conclusie inzake:

[Verdachte]

1. Na verwijzing van de zaak door de Hoge Raad bij arrest van 29 maart 2005, heeft het Gerechtshof te Amsterdam de verdachte op 2 december 2005 vrijgesproken van het bij inleidende dagvaarding tenlastegelegde.

2. De Advocaat-Generaal bij het Hof heeft cassatie ingesteld. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld.

3.1 Het middel behelst de klacht dat het Hof bij zijn vrijspraak de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten.

3.2 De tenlastelegging is toegesneden op art. 326c, tweede lid (oud) Sr. Aan de verdachte is - voor zover voor de beoordeling van het middel van belang - tenlastegelegd dat zij:

"(...) opzettelijk een voorwerp dat kennelijk bestemd is en/of gegevens die kennelijk bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf om met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen door een of meer technische ingrepen en/of met behulp van (een) valse signalen gebruik te maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden (artikel 326c lid 1 Wetboek van Strafrecht), openlijk ter verspreiding heeft aangeboden, immers heeft zij (...) het (computer)tijdschrift [A], nummer 15: 13 juli tot 27 juli 2000 welk tijdschrift door haar (...) werd uitgegeven, via het/de haar (...) ten dienste staand(e) verkooppunt(en), te koop, in elk geval openlijk ter verspreiding, aangeboden zulks terwijl in deze aflevering van dit (computer)tijdschrift een artikel was geplaatst met de naam: "gekraakt, Canal+ kijken op uw PC", in welk artikel een vijfstappenplan is opgenomen met de (navolgende) tekst:
"Stap I (...)."

3.3 De Hoge Raad heeft in genoemd arrest van 29 maart 2005 (zaaknummer 02082/04)(1) het arrest van het Hof te Amsterdam van 8 juli 2004 in deze zaak vernietigd en de zaak teruggewezen opdat deze op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan. Dienaangaande heeft de Hoge Raad overwogen:

"3.3. Art. 326c, eerste en tweede lid, Sr luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

1. Hij die, met het oogmerk daarvoor niet volledig te betalen, door een technische ingreep of met behulp van valse signalen, gebruik maakt van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Met gevangenisstraf van een jaar of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die opzettelijk een voorwerp dat kennelijk is bestemd, of gegevens die kennelijk zijn bestemd, tot het plegen van het misdrijf, bedoeld in het eerste lid,
 - a. openlijk ter verspreiding aanbiedt;"

Art. 80quiquies Sr luidt:

Onder gegevens wordt verstaan iedere weergave van feiten, begrippen of instructies, al dan niet op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken."

3.4. Art. 326c en art. 80quiquies zijn in het Wetboek van Strafrecht ingevoegd bij de Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33 (Wet computercriminaliteit). In HR 15 april 2003, NJ 2003, 333 is geoordeeld dat uit de in dat arrest weergegeven geschiedenis van de totstandkoming van die wet volgt dat de wetgever, los van de strafbaarheid van deelnemingsvormen aan het in het eerste lid van art. 326c Sr omschreven misdrijf, een aparte strafbaarstelling zoals die thans in art. 326c, tweede lid, Sr is vervat, noodzakelijk heeft geacht met het oog op een doelmatige bescherming van het economische belang van de verschaffing van telecomdiensten. Voorts heeft de Hoge Raad in dat arrest geoordeeld dat - naar mede uit die wetsgeschiedenis kan worden afgeleid - de strekking van die bepaling is dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat wederrechtelijk, zonder betaling, van uiteenlopende vormen van telecomdiensten gebruik wordt gemaakt, en dat in verband daarmee gedragingen die geacht moeten worden ertoe te kunnen leiden dat anderen tot zodanig gebruik in de gelegenheid worden gesteld, onder de in die bepaling gestelde voorwaarden strafbaar zijn.

3.5. De motivering van het Hof voor de gegeven vrijspraak komt er onder meer op neer dat van het in de tenlastelegging omschreven tijdschriftartikel niet kan worden gezegd dat het gegevens bevat kennelijk bestemd tot het plegen van het in het eerste lid van art. 326c Sr bedoelde misdrijf. Een zodanig beperkte uitleg van het in art. 326c Sr gebezigde begrip "gegevens" strookt echter niet met hetgeen gelet op doel en strekking van de Wet computercriminaliteit de wetgever voor ogen stond.

3.6. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het Hof is uitgegaan van een verkeerde uitleg van de in de tenlastelegging voorkomende term "gegevens", welke aldaar is gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in art. 326c in verbinding met art. 80quiquies Sr. Het Hof heeft derhalve de verdachte vrijgesproken van iets anders dan haar was tenlastegelegd. Het middel klaagt terecht dat het Hof aldus de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten."

3.4 Na verwijzing van de zaak heeft het Hof de verdachte opnieuw vrijgesproken van het haar tenlastegelegde en daartoe overwogen:

"Naar het oordeel van het hof is niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen de verdachte is tenlastegelegd, zodat de verdachte hiervan moet worden vrijgesproken.

Het hof heeft hiertoe het volgende overwogen.

Uit de stukken (proces-verbaal paragraaf 2.1.7 opgemaakt op 15 september 2000) blijkt dat verbalisanten hebben onderzocht of door middel van de werkwijze vermeld in het tijdschrift [A] het mogelijk was om Canal+ te ontvangen en te decoderen op een computer.

Daartoe werden de volgende handelingen - verkort weergegeven - verricht:

1: Bij een reguliere computerwinkel werd een Studio PCTV kaart gekocht ten bedrage van ongeveer Fl. 125,-

2: Hierna werd deze PCTV kaart in een computer gemonteerd. Hierbij wordt opgemerkt dat deze computer minimaal voorzien moet zijn van een 200 MMX Pentium processor, 32 megabyte intern geheugen, grafische kaart met 2 megabyte geheugen, een cd-romdrive en het besturingsprogramma Windows 95/98/NT4.0/2000.

3: Voorts werd de PCTV software/programmatuur middels de bijgeleverde Cd-rom geïnstalleerd.

4: Middels de autoscan-optie in het PCTV-programma, zocht de PCTV-kaart voorts naar de zenders/kanalen die via het lokale Casema kabelnet ontvangen kunnen worden. De betaalzenders Canal+1 en Canal+2 werden handmatig opgezocht en vastgelegd. De kanaalfrequenties/nummering van deze kanalen kon afgelezen worden via teletekst pagina van het Casema informatiekanaal.

5: Na het vastleggen van de zenders Canal+1 en Canal+2 was de ontvangst in gecodeerde vorm te zien.

6: Vervolgens werd door middel van een computer op het internet gezocht naar het programma CABLECRYPT. Dit programma werd gedownload naar de harde schijf waar het PCTV-programma op was geïnstalleerd.

7: Hierna werd het programma CABLECRYPT uitgepakt en geïnstalleerd.

8: Vervolgens werd het PCTV opgestart en afgesteld op de zender van Canal+1, zonder dat het programma CABLECRYPT was opgestart. Het beeld van Canal+ werd slingerend (gecodeerd) weergegeven.

9: Voorts werd het PCTV-programm Canal+1 door middel van het "-"teken boven aan het beeld op de menubalk geminimaliseerd en onder aan het beeld op de taakbalk geplaatst.

10: Hierna werd het programma CABLECRYPT opgestart. Er verscheen een nieuw venster waarin de zender Canal+1 te zien was in gedecodeerde vorm. Door middel van enige toetscorrecties kon de beeldkwaliteit verbeterd worden. Ook was het mogelijk door middel van bepaalde instellingen binnen het CABLECRYPT programma de beeldkwaliteit te verbeteren. Er bleek echter in het geheel geen geluid bij het programma te zijn.

De beeldkwaliteit van het gedecodeerde Canal+ bleef onstabiel en moest regelmatig door middel van toetsencombinaties gecorrigeerd worden.

Voorts wordt opgemerkt dat elke keer wanneer door middel van het programma PCTV, Canal+1 of Canal+2 werd opgestart bovengenoemde handelingen moesten worden verricht. Het bleek niet mogelijk te zijn om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het PCTV-programma.

Het programma zoals genoemd in het blad [A] bleek op de gebruikte computer niet te werken. Het programma en versie waarover men in het genoemde blad sprak, betrof CABLECRYPT decoder versie 1.50.

Ten vervolge op vorengenoemd proces-verbaal is onderzocht waarom het programma CableCrypt decoder versie 1.50 niet werkte op de computer van het interregionaal Team Digitale Expertise Haaglanden (proces-verbaal van 13 februari 2001). Na installatie van versie 1.50 van de CableCrypt decoder software op de hardware (computer) van het Interregionaal Team Digitale Expertise bleek, dat deze software niet goed werkte. De reden daarvan is niet goed weer te geven, aldus het proces-verbaal.

Versie 2.04 bleek wel goed te werken met de gebruikte tv kaart. Deze software had een hoger versie nummer en was vermoedelijk later ontwikkeld en was dan ook nieuwer.

In de periode van 14 augustus 2002 tot en met 1 oktober 2002 is een nader onderzoek ingesteld om te onderzoeken of het mogelijk was om Canal+ te ontvangen en te decoderen op een computer (proces-verbaal van 1 oktober 2002). De conclusie was dat het mogelijk bleek, door middel van de genoemde werkwijze in het tijdschriftartikel in het computerblad [A], het beeld stabiel te krijgen evenals de beeldkwaliteit optimaal in te stellen. Er bleek in het geheel geen geluid bij de uitzendingen te worden weergegeven. Voorts werd opgemerkt dat elke keer wanneer het programma CableCrypt 1.50 werd opgestart, alle - complexe - handelingen, vermeld in het proces-verbaal van 1 oktober 2002, weer moesten worden verricht. Het bleek namelijk niet mogelijk te zijn om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van CabelCrypt 1.50 of het WinTV-programma.

Canal+ drijft een onderneming die zich bezig houdt met het exploiteren van abonneetelevisie. Het signaal van de zenders die Canal+ exploiteert is gecodeerd, opdat gewaarborgd kan worden dat alleen de daartoe gerechtigde personen (de abonnees) het signaal door middel van een decoder kunnen omzetten in beeld en geluid. Canal+ biedt aldus tegen betaling via telecommunicatie een dienst aan het publiek aan in de zin van artikel 326c, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht.

Aan verdachte is het tweede lid van artikel 326c van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde delict ten laste gelegd: dat zij door publicatie van het zogenoemde stappenplan in het tijdschrift [A] openlijk ter verspreiding gegevens heeft aangeboden die kennelijk bestemd zijn tot het zonder betalen gebruik maken van de door Canal+ aangeboden dienst.

Het hof is van oordeel dat, anders dan het gewraakte tijdschriftartikel suggereert, het stappenplan er niet toe leidt dat van de door Canal+ aangeboden dienst gebruik kan worden gemaakt. Uit de hierboven aangehaalde processen-verbaal blijkt immers dat het beeld moeilijk manipuleerbaar is, er is geen geluid beschikbaar en het programma kan slechts op de computer bekeken worden in plaats van op de televisie. Daar komt bij dat het niet mogelijk is gebleken om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het PCTV-programma. Elke keer wanneer het programma CableCrypt 1.50 werd opgestart moesten alle handelingen (en ruimschoots meer handelingen dan in het stappenplan omschreven staan), vermeldt in het proces-verbaal van 1 oktober 2002, weer worden verricht. Een en ander leidt tot de conclusie dat het resultaat dat verkregen wordt door het volgen van het stappenplan in redelijkheid niet gelijk kan worden gesteld met de televisieprogramma's zoals deze door Canal+ aan haar abonnees via de decoder worden aangeboden. Daaruit volgt dat verdachte door het publiceren van het desbetreffende tijdschriftartikel in [A] niet het ten laste gelegde en in artikel 326c, tweede lid, Wetboek van Strafrecht strafbaar gestelde delict heeft gepleegd."

3.5 In cassatie wordt geklaagd dat het Hof een onjuiste betekenis heeft toegekend aan de in de tenlastelegging voorkomende en daar in de zin van artikel 326c Sr gebezigde woorden "gebruik maken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden", waardoor het Hof niet zou hebben beslist op de grondslag van de tenlastelegging en heeft vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd, althans deze beslissing onjuist of ontoereikend heeft gemotiveerd.

3.6 De geschiedenis van de Wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33 (Wet computercriminaliteit), waarbij art. 326c in het Wetboek van Strafrecht is ingevoegd(2), houdt met betrekking tot het eerste lid van die bepaling, voor zover hier van belang, onder meer in:

"De bepaling ziet op aan het publiek via telecommunicatie tegen betaling aangeboden diensten. De diensten kunnen worden aangeboden via de kabel of via de ether, daaronder begrepen de satelliet. Het begrip "diensten" heeft hier de betekenis die het heeft in de artikelen 4 e.v. van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen. Het omvat zowel de telecommunicatiediensten die voorzien in een direct transport van gegevens, als diensten met toegevoegde waarde. De bepaling strekt tot bescherming van deze economische activiteit. (...)

Het gaat zowel om het interactief gebruik, als om allocutie. Bij interactief gebruik activeert de computergebruiker vanaf zijn eigen computer via telecommunicatie die van een ander. Bij allocutie

gaat het om diensten die via telecommunicatie voor een ieder beschikbaar zijn, bij voorbeeld omroep. Dergelijke diensten kunnen uiteraard slechts tegen betaling ter beschikking worden gesteld, indien zij in versluierde vorm worden aangeboden en slechts tegen betaling kunnen worden ontsluit. Een voorbeeld hiervan is abonneetelevisie.

Het begrip "tegen betaling" moet ruim worden geïnterpreteerd. Hieronder vallen zowel diensten die ad hoc moeten worden betaald, als de ter beschikkingstelling van ontsluitapparatuur aan leden van een vereniging die voor hun lidmaatschap contributie betalen.

Gelet op het te verwachten economisch belang van dergelijke diensten in de naaste toekomst, lijkt een aangepaste strafbepaling, omschrijvende een vermogensdelict, wenselijk. Ik wijs in dit verband bij voorbeeld op de beschikking van de Raad van Ministers van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 1988 betreffende de tenuitvoerlegging van een actieplan voor de oprichting van een markt voor informatiediensten (88/524/EEG, Pb. L 288/39 van 21 oktober 1988)."(3)

3.7 In HR 15 april 2003, NJ 2003, 333 is geoordeeld dat uit de in dat arrest weergegeven geschiedenis van de totstandkoming van de Wet computercriminaliteit volgt dat de wetgever, los van de strafbaarheid van deelnemingsvormen aan het in het eerste lid van art. 326c Sr omschreven misdrijf, een aparte strafbaarstelling zoals die thans in art. 326c, tweede lid, Sr is vervat, noodzakelijk heeft geacht met het oog op een doelmatige bescherming van het economische belang van de verschaffing van telecomdiensten. Voorts heeft de Hoge Raad in dat arrest geoordeeld dat - naar mede uit die wetsgeschiedenis kan worden afgeleid - de strekking van die bepaling is dat zoveel mogelijk wordt tegengegaan dat wederrechtelijk, zonder betaling, van uiteenlopende vormen van telecomdiensten gebruik wordt gemaakt, en dat in verband daarmee gedragingen die geacht moeten worden ertoe te kunnen leiden dat anderen tot zodanig gebruik in de gelegenheid worden gesteld, onder de in die bepaling gestelde voorwaarden strafbaar zijn.

3.8 Ook in Europees verband heeft de bescherming van dienstverleners op dit terrein de aandacht gehad en geleid tot de totstandkoming van de Richtlijn 98/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 1998 betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang (PbEG 1998, L 320). Die richtlijn strekt er toe om piraterij tegen te gaan. Zie bijvoorbeeld overweging 6 van de considerans, waarin het heet:

"dat de levensvatbaarheid van bedoelde diensten dikwijls zal afhangen van het gebruik van voorwaardelijke toegang om de betaling van de dienstverrichter zeker te stellen; dat het derhalve noodzakelijk lijkt de dienstverrichters rechtsbescherming te bieden tegen illegale uitrusting waarmee gratis toegang tot deze diensten kan worden verkregen, om de economische levensvatbaarheid van die diensten veilig te stellen".

Nadere implementatie van die richtlijn werd, gelet op het reeds bestaande art. 326s Sr, niet nodig geacht.(4)

3.9 Het oordeel van het Hof geeft volgens de toelichting op het middel blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het bestanddeel "gebruikmaken van een dienst".

3.10 In zijn motivering noemt het Hof vier argumenten waarom de in het artikel opgenomen gegevens en instructies er niet toe kunnen leiden dat van de door Canal+ aangeboden dienst gebruik kan worden gemaakt.

In de eerste plaats is het beeld moeilijk manipuleerbaar, ten tweede is er geen geluid beschikbaar en ten derde kan het programma slechts op de computer worden bekeken in plaats van op de televisie. Ten slotte is het niet mogelijk gebleken om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het PCTV-programma, zodat elke keer wanneer het programma CableCrypt 1.50 wordt opgestart alle handelingen weer moeten worden verricht. In de toelichting op het middel wordt gesteld dat het argument betreffende de afwezigheid van het geluid ziet op de mate waarin van de dienst gebruik kan worden gemaakt en de overige argumenten op het gebruiksgemak.

3.11 Met uitzondering van het tweede argument hebben de door het Hof genoemde omstandigheden inderdaad betrekking op, kort gezegd, het gebruiksgemak van het door de verdachte gepresenteerde

stappenplan. Ik meen met de steller van het middel dat die omstandigheden er niet toe doen. Als degene die van het stappenplan gebruik maakt meer inspanningen moet doen dan de reguliere betalende abonnee van Canal+ om van de door deze aangeboden diensten gebruik te maken, doet dit er op zichzelf niet aan af dat de verschaftе gegevens de kennelijke bestemming hebben de gelegenheid te bieden om gratis van die diensten gebruik te maken.

Niet van belang is mijns inziens dus dat het niet mogelijk is gebleken om een gedecodeerde vorm van Canal+ vast te leggen in het geheugen van het PCTV-programma, zodat elke keer wanneer het programma CableCrypt 1.50 wordt opgestart alle handelingen weer moeten worden verricht. Dit laat immers onverlet dat die handelwijze geschikt is om de codering van de programma's van Canal+ te omzeilen en deze zonder betaling te bekijken.

3.12 Bovendien is 's Hofs oordeel dat het beeld moeilijk manipuleerbaar zou zijn, niet zonder meer begrijpelijk. Weliswaar kan uit het door het Hof bedoelde proces-verbaal van het Interregionaal Team Digitale Expertise Haaglanden van 15 september 2000 worden afgeleid dat met de toen gebruikte software de beeldkwaliteit van het gedecodeerde Canal+ onstabiel bleef en regelmatig door middel van toetsencombinaties moest worden gecorrigeerd, terwijl niet kon worden vastgesteld waarom die software niet goed werkte, maar het Hof heeft tevens vastgesteld dat bij een nader onderzoek, dat is neergelegd in het door het Hof genoemde proces-verbaal van het Bureau Digitale Recherche Kennemerland van 1 oktober 2002, is gebleken dat bij toepassing van de werkwijze, vermeld in het artikel in het computerblad [A], het mogelijk bleek om het beeld stabiel te krijgen en de beeldkwaliteit optimaal in te stellen.

Verder kan 's Hofs overweging dat het programma slechts op de computer kon worden bekeken in plaats van op de televisie niet redengevend zijn voor het oordeel dat er geen sprake is van "gebruikmaken van een dienst". In toenemende mate worden immers televisieprogramma's bekeken via de computer (internettelevisie) en ook via die weg kan van programma's integraal kennis worden genomen.

3.13 Moeilijker ligt het met 's Hofs tweede argument. Vaststaat dat het stappenplan wel een goed beeld, maar geen geluid opleverde. De door Canal+ aangeboden diensten, bestaande uit televisieprogramma's, konden dus slechts voor een deel gratis worden verkregen. Men zou kunnen stellen dat het, gelet op de aard van het medium het belangrijkste deel is; de Advocaat-Generaal heeft in dit verband in zijn requisitoir verwezen naar sportwedstrijden en buitenlandse, ondertitelde, films. Bij dat soort programma's is het ontbreken van geluid inderdaad minder bezwaarlijk dan bijvoorbeeld bij in het Nederlands gehouden interviews, waarbij het verkregene zonder waarde is. Maar dit neemt niet weg dat ook bij eerstgenoemde programma's de verkregen dienst vanuit de consument gezien niet compleet is.

3.14 Voordat ik op dat punt verder in ga, signaleer ik dat art. 326c, tweede lid, Sr, spreekt van het kennelijk bestemd zijn van gegevens etc. tot het plegen van het in het eerste lid bedoelde misdrijf. De vraag zou kunnen worden gesteld of van zodanige kennelijke bestemming ook zou kunnen worden gesproken indien de als zodanig verschaftе en aangeprezen gegevens in feite niet geschikt waren om gratis diensten te verkrijgen. Dat het gelet op de omstandigheden de bedoeling van de verdachte was om die gelegenheid aan de lezers van haar blad te bieden, is zonneklaar; een zichzelf respecterende redactie van een computerblad zal ook niet bewust onjuiste of onvolledige gegevens verstrekken. Maar wat als die gegevens in werkelijkheid ontoereikend waren?

Als bovenbedoelde vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, zou het Hof, dat kennelijk is uitgegaan van een andere rechtsopvatting, de grondslag van de tenlastelegging in een ander opzicht hebben verlaten, namelijk in die zin dat het een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de woorden "gegevens die kennelijk bestemd zijn tot het plegen van (kort gezegd) het misdrijf."

3.15 Nu wordt in de eerste plaats in de cassatieschriftuur daarover niet geklaagd. Maar bovendien moet de hiervoor bedoelde vraag ontkennend worden beantwoord. Anders dan bijvoorbeeld het geval is bij de toepassing van art. 46 Sr zal er hier naar mijn oordeel wel sprake moeten zijn van een concrete gevaarstelling.

Dat vloeit al voort uit het hiervoor onder 3.7 vermelde arrest HR NJ 2003, 333, waarin wordt gesproken van gedragingen die geacht moeten worden ertoe te kunnen leiden dat anderen tot het

wederrechtelijk gebruik in de gelegenheid worden gesteld. Dat oordeel van de Hoge Raad spoort ook met wat uit de wetsgeschiedenis volgt. Ten aanzien van het tweede lid van art. 326c Sr heeft de minister immers het volgende opgemerkt:

"Het tweede lid strekt ertoe te voorzien in de bijzondere situatie van medeplichtigheid. Artikel 48 van het Wetboek van Strafrecht stelt strafbaar degene die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschafft tot het plegen van het misdrijf. Daartoe is nodig dat vaststaat om welk misdrijf het gaat. De dienstverlening via de telecommunicatie-infrastructuur pleegt echter in beslotenheid plaats te vinden. Het grondfeit valt moeilijk te constateren. Aan de andere kant zijn er handelaars en anderen die de middelen ter beschikking stellen om de wederrechtelijke dienstverlening te verkrijgen. Te denken valt aan computerprogramma's die een signaal genereren waardoor zonder te betalen een via telecommunicatie aangeboden dienst kan worden verkregen."

De bescherming die de strafbaarheid van de medeplichtigheid aan het in het eerste lid omschreven misdrijf zou kunnen verschaffen achtte de wetgever dus niet voldoende. Daarom is het tweede lid ingevoegd. Maar dan zal het daarbij wel moeten gaan om voorwerpen en gegevens die het grondfeit van het eerste lid feitelijk kunnen bevorderen en gemakkelijk maken.

Mijn conclusie is dat onbruikbare gegevens, die niet kunnen leiden tot het plegen van art. 326c, eerste lid, Sr, voor wat betreft de toepassing van het tweede lid van die bepaling niet relevant zijn, ook al hadden ze naar de bedoeling van de verschaffer wel de desbetreffende bestemming en was dat voor derden ook kenbaar.

3.16 Daarmee zijn we weer terug bij de onder 3.13 omschreven kwestie. Aan 's Hofs beslissing ligt de opvatting ten grondslag dat eerst van een strafbare overtreding van het tweede lid van art. 326c Sr sprake kan zijn indien het resultaat dat bereikt wordt door het volgen van het stappenplan gelijk is aan wat de abonnees van Canal+ door middel van de decoder kunnen verkrijgen. Het middel stelt dat ook gebruik wordt gemaakt van de desbetreffende dienst als slechts een deel van de dienst wordt genoten, zeker indien een deel van de dienst overblijft dat een zelfstandige gebruikswaarde heeft.

3.17 In de wetsgeschiedenis heb ik geen aanknopingspunt kunnen vinden voor de beantwoording van de aan de orde zijnde vraag. De wetgever zal de mogelijkheid van een partieel wederrechtelijk gebruik van de aangeboden dienst niet onder ogen hebben gezien.

Op het eerste gezicht valt voor beide opvattingen wel het een en ander te zeggen en het is dan ook niet na aarzeling dat ik tot onderstaande slotsom kom.

De strekking van de regeling is dat bescherming wordt verleend aan de dienstverlener in die zin dat de voorwaardelijke toegang die hij heeft ingesteld niet wederrechtelijk wordt omzeild, waardoor van zijn diensten gratis gebruik kan worden gemaakt. Op zijn aanspraak op respectering van de voorwaarde waaronder de dienstverlening wordt aangeboden, wordt inbreuk gemaakt wanneer de desbetreffende gedragingen ertoe leiden dat zonder dat aan de voorwaarde is voldaan van die dienstverlening gebruik kan worden gemaakt, ook ingeval het gaat om een deel van die dienstverlening dat ten minste enige zelfstandige betekenis heeft. Ik teken daarbij aan dat de doorgewinterde computerfreak door de verschafte gegevens in ieder geval een eind op weg wordt geholpen en dat het gevaar niet denkbeeldig is dat hij er zelfstandig in slaagt door aanvullende handelingen het ontbrekende geluid ook nog binnen te halen.

3.18 Gelet op het voorgaande meen ik dat het Hof, gelet op doel en strekking van de Wet computercriminaliteit, is uitgegaan van een te beperkte uitleg van het in art. 326c Sr gebezigde en kennelijk in de tenlastelegging in overeenkomstige zin gebruikte begrip "gebruikmaken van een dienst die via telecommunicatie aan het publiek wordt aangeboden".

Daaruit vloeit voort dat het Hof de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten.

3.19 Het middel is dus gegrond. De bestreden uitspraak kan niet in stand blijven.

4. Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een aangrenzend Hof, opdat de zaak op het bestaande beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden

1 HR 29 maart 2005, NJ 2007, 508.

2 Bij de Nota van Wijziging is art. 326c Sr voorgesteld ter vervanging van art. 50, derde lid, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen. Dit artikellid luidde: 'Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, door een technische ingreep het verrichten van een dienst met gebruikmaking van de telecommunicatie-infrastructuur of een draadomroepinrichting als bedoeld in artikel 21 bewerkstelligt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of geldboete van de vijfde categorie.' Bij de Tweede Nota van Wijziging heeft art. 326c zijn definitieve redactie gekregen, met dien verstande dat nadien de strafmaxima zijn verhoogd.

3 Kamerstukken II, 1991/92, 21 551, nr. 12, p. 4-5.

4 Zie de kennisgeving van implementatie in de Staatscourant van 6 juli 2000, nr. 128, blz. 1