

NEDERLANDSE STRAFRECHTELIJKE BESCHERMING VAN DE ZWITSERSE VLAG

François Kristen*

Met artikel 435d Sr beschermt het Nederlandse strafrecht de Zwitserse vlag en Zwitserse nationale gevoelens. Maar waarom? Bovendien is de strafbepaling ruim en op onderdelen vaag, hetgeen vanuit het legaliteitsbeginsel vragen oproept. Verklaringen hiervoor zijn gelegen in de verplichting tot uitvoering van een verdrag. Dat verdrag beoogt onder meer Zwitserse vlaggen op spuugbakken tegen te gaan. Kan artikel 435d Sr niet worden geschrapt?

1 Onbekend en onbemind?

Wist u dat het Nederlandse Wetboek van Strafrecht het wapen van het Zwitserse Eedgenootschap beschermt? En dat de desbetreffende strafbepaling zelfs het Zwitserse nationale gevoel beschermt? Eerlijk gezegd, ik wist dat niet voordat ik mij in het kader van de rubriek bijzondere bepalingen ging verdiepen in artikel 435d Sr. Deze strafbepaling is een overtreding in het Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht. Artikel 435d Sr vindt in de rechtspraktijk nauwelijks toepassing. Onbekend maakt onbemind, is het spreekwoord dat hier van toepassing is. Ook in een ander opzicht is de strafbepaling niet bemind. In 2013 heeft D'66 Kamerlid M. Berndsens-Jansen toenmalig minister van Veiligheid en Justitie Opstellen verzocht het Wetboek van Strafrecht op te schonen en obsoleete strafbepalingen te schrappen. Daarbij noemde zij als voorbeeld artikel 435d Sr.¹ Aan dit verzoek is vooralsnog geen gevolg gegeven, zodat artikel 435d Sr nog steeds zijn plek in het Wetboek van Strafrecht heeft. In deze bijdrage komt de inhoud en de achtergrond van deze bijzondere strafbepaling aan de orde (§ 2 en 3). In dat verband zal blijken hoe internationale verplichtingen doorwerken in ons strafrecht. In § 4 zal ik uitleggen dat artikel 435d Sr moet blijven. Daarna sluit ik af met enige korte algemene observaties over en naar aanleiding van de bijzondere strafbepaling van artikel 435d Sr (zie § 5).

Wist u dat het Nederlandse Wetboek van Strafrecht het wapen van het Zwitserse Eedgenootschap beschermt? En dat de desbetreffende strafbepaling zelfs het Zwitserse nationale gevoel beschermt?

2 Inhoud van artikel 435d Sr

2.1 *Waarom is artikel 435d Sr bijzonder?*

De strafbepaling van artikel 435d Sr is om verschillende redenen een opmerkelijke strafbepaling. In de eerste plaats strekt de strafbepaling vooral tot bescherming van een buitenlands belang, al zijn ook nationale belangen in het geding. In de kern ziet artikel 435d Sr namelijk op Nederlandse strafrechtelijke bescherming van de Zwitserse vlag. Dat wordt als beeldmerk beschermd, zo blijkt uit de gedragingen die in artikel 435d Sr zijn verboden. Daar zijn ook nationale belangen bij betrokken. Het gaat dan om het functioneren van markten en de eerlijke handel in Nederland.

In de tweede plaats is de strafbepaling ambigu. Twee van de in artikel 435d Sr beschreven gedragingen zien op de

bescherming van de Zwitserse vlag als merk, of daarmee samenhangend, de eerlijkheid van de handel die in het geding kan komen als voor commerciële doeleinden ten onrechte gebruik wordt gemaakt van de Zwitserse vlag. Aldus moet worden voorkomen dat vanuit commerciële overwegingen wordt 'meegelift' met de kwaliteit waarvoor de Zwitserse vlag staat. De derde gedraging die artikel 435d Sr verbiedt, beoogt Zwitserse nationaliteitsgevoelens te beschermen. Dat is een heel ander belang. Hier geldt nog sterker de vraag waarom het Nederlandse strafrecht die bescherming aan Zwitserse nationaliteitsgevoelens zou moeten verschaffen.

In de derde plaats roepen het tweede en het derde onderdeel van artikel 435d Sr vragen op in het licht van het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel, en dan in het bijzonder het bepaaldheidsgebod.²

Om deze redenen toe te lichten, werk ik in het navolgende de verschillende onderdelen van artikel 435d Sr kort uit. Maar eerst nog de tekst van de bepaling:

¹Met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft hij die het wapen van het Zwitserse Eedgenootschap of een teken hetwelk een nabootsing daarvan vormt, gebruikt:

1°. hetzij als fabrieks- of handelsmerk of als onderdeel van zulk een merk;

2°. hetzij met een doel, strijdig met de eerlijkheid in de handel;

3°. hetzij onder omstandigheden die het Zwitserse nationale gevoel zouden kunnen krenken.¹



Illustratie: Jop Luberti,
www.jopluberti.com
© Ars Aequi

2.2 Het wapen van het Zwitserse Eedgenootschap

Waar artikel 435d Sr spreekt over het wapen van het Zwitserse Eedgenootschap is bedoeld wat wij tegenwoordig aanduiden als de Zwitserse vlag. De term 'Zwitsers Eedgenootschap' ziet namelijk op de federale staat Zwitserland.³

2.3 Het gebruiken als merk

Gelet op de achtergrond van artikel 435d Sr (waarover § 3) en de samenhang met de verwante bepaling van artikel 435c Sr moet hier worden gedacht aan producenten, handelaren, winkels etc. die de Zwitserse vlag afbeelden op hun producten, verpakkingen, briefpapier, uithangborden, reclame-uitingen etc.⁴

2.4 Het gebruiken in strijd met de eerlijkheid in de handel

Het tweede onderdeel van artikel 435d Sr ziet op een gebruik van de Zwitserse vlag voor een zodanig doel dat sprake is van strijd met de eerlijke handel. Wat eerlijke handel is, is door de wetgever bepaald noch toegelicht. De combinatie met open omschrijving van de gedraging met de term 'gebruiken', en de koppeling aan de eerlijke handel als algemeen, abstract en vaag begrip via het doel van het gebruiken van de Zwitserse vlag maakt dat dit onderdeel als vaag kan worden aangemerkt. Kan de burger op basis van deze tekst van artikel 435d

Sr vooraf vaststellen '(...) ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft' zodat hij zijn gedrag daarop kan afstemmen?⁵ Is de verboden gedraging zodanig duidelijk en nauwkeurig omschreven? Voldoet artikel 435d Sr aan de eisen die het bepaaldheidsgebod als onderdeel van het materieelstrafrechtelijk legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr) stelt?

De strafbepaling omvat ook een moeder die met haar kinderen op een rommelmarkt in een marktkraam voorzien van slingers met alleen Zwitserse vlaggetjes erop ook Milka-chocolade te koop aanbiedt

Wellicht nog wel voor professionele marktpartijen van wie mag worden verwacht '(...) dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen'.⁶ Dan zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de concretisering van de verboden gedraging in Noyon, Langemeijer & Remmelink, waarin wordt gesteld dat in strijd met de eerlijkheid van de handel moet worden beschouwd het

wekken van de indruk dat producten etc. uit Zwitserland afkomstig zijn of tenminste zijn vervaardigd volgens exclusieve Zwitserse methoden.⁷ Maar biedt dat criterium voldoende onderscheidend vermogen als men bedenkt dat artikel 435d Sr zich richt tot een ieder? De strafbepaling omvat ook een moeder die met haar kinderen op een rommelmarkt in een marktkraam voorzien van slingers met alleen Zwitserse vlaggetjes erop ook Milka-chocolade te koop aanbiedt. Kortom, hier komt het aan op een prudent vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie om dergelijke gevallen niet te vervolgen, ook al vallen zij binnen de termen van artikel 435d Sr.

2.5 Het gebruiken dat het Zwitserse nationale gevoel zou kunnen krenken

Het derde onderdeel ziet op een zodanig gebruik van de Zwitserse vlag dat dit Zwitserse nationaliteitsgevoelens zou kunnen krenken. Dat kan in een commerciële context zoals bij de eerste twee onderdelen van artikel 435d Sr het geval is – die overigens niet vergen dat in dat geval sprake is van een (dreigende) krenking van Zwitserse nationaliteitsgevoelens.⁸ Daarmee fungeert het derde onderdeel als een vangnet. Echter, tekstueel is het derde onderdeel niet hiertoe beperkt. Ook krenking van Zwitserse nationaliteitsgevoelens in een heel andere context valt hieronder, zoals het publiekelijk besmeuren van een Zwitserse vlag uit po-

litieke overwegingen. Daarbij moet worden bedacht dat het derde onderdeel is vormgegeven als een abstract gevaarzettingsdelict met zodanig open begrippen dat de inhoud van deze strafbepaling vaag wordt. Wat is namelijk 'onder omstandigheden'? Wat is het Zwitserse nationale gevoel? Wanneer is sprake van een potentiële krenking van dat nationale gevoel? Hier staat niet alleen het bepaaldheidsgebod van het materieelstrafrechtelijke legaliteitsbeginsel onder spanning. Ook bewijsrechtelijk roept het vragen op. Hoe stelt de Nederlandse strafrechter vast dat Zwitserse nationaliteitsgevoelens dreigen te worden gekrenkt?

Voor deze beoordeling gelden volgens de Hoge Raad niet Nederlandse opvattingen en maatstaven. Dat moet worden beoordeeld voor de Zwitsers. Daarbij kan niet de opvatting van één Zwitser doorslaggevend zijn, alhoewel de verklaring van één Zwitserse gezant als toereikend bewijs van dit delictsbestanddeel is aanvaard.⁹ Pompe heeft er op gewezen dat de (mogelijke) krenking van het Zwitserse nationaliteitsgevoel '(...) moeilijk in zijn feitelijke gevoeligheid te onderzoeken [is]. De mogelijkheid der krenking van dit gevoel is vrijwel bij elk gebruik van het nationale wapen door een niet-gerechtigde aanwezig te achten.'¹⁰ Het delictsbestanddeel heeft aldus de facto geen delictsafgrenzende betekenis. Dat maakt de strafbepaling ruim. De eerdergenoemde moeder valt dus ook onder dit onderdeel te brengen, als er maar een spreekwoordelijke Zwitserse gezant is die wijst op mogelijke krenking van Zwitserse nationaliteitsgevoelens. Dus doet men er verstandig aan zich van elk gebruik van de Zwitserse vlag te onthouden zolang niet volstrekt zeker is dat men daartoe is gerechtigd. Dat gold ook voor een wasserette die gebruik maakte van Zwitserse wasmachines en Zwitsers personeel en dat uitdroeg door de Zwitserse vlag af te beelden op briefpapier en bestelauto's. De directeur van dit bedrijf is veroordeeld wegens het overtreden van het derde onderdeel van artikel 435d Sr, ook al zou men dit in navolging van Pompe nog kunnen zien als een 'hulde aan de Zwitserse zindelijkheid'.¹¹

Men doet er verstandig aan zich van elk gebruik van de Zwitserse vlag te onthouden zolang niet volstrekt zeker is dat men daartoe is gerechtigd

3 Achtergrond van artikel 435d Sr

Gelet op de hiervoor besproken inhoud van artikel 435d Sr rijst de vraag waar de strafbepaling vandaan komt. Want waarom

zou de Nederlandse strafwet de genoemde Zwitserse belangen moeten beschermen? Hier zien wij dat artikel 435d Sr een fraai voorbeeld is van waartoe internationale verplichtingen kunnen leiden en hoe internationale rechtsinstrumenten tot stand kunnen komen.

Artikel 435d Sr is bij Wet van 1 november 1948 (*Stb.* I 480) in het Wetboek van Strafrecht ingevoegd om uitvoering te geven aan de artikelen 28-29 Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de legers te velde, van 27 juli 1929.¹² De werking van dit verdrag is in Nederland in 1955 komen te vervallen door de inwerkingtreding van het Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, van 12 augustus 1949 (*Trb.* 1951, 72). Dit laatste verdrag kent met artikelen 53-54 grotendeels gelijklopende bepalingen. Het Verdrag van Genève van 1949 geldt nog steeds voor Nederland. Het is het eerste van de vier verdragen van de Geneefse Conventies.

Artikel 435d Sr is een fraai voorbeeld van waartoe internationale verplichtingen kunnen leiden en hoe internationale rechtsinstrumenten tot stand kunnen komen

De artikelen 28 respectievelijk 53 bevatten de beschrijving van het verboden gedrag dat in de kern genomen ziet op oneigenlijk of krenkend gebruik van het Zwitsers kruis. De verplichting tot strafbaarstelling van dit gedrag is te vinden in de artikelen 29 respectievelijk 54. De tekst van artikel 28 heeft model gestaan voor artikel 435d Sr. Deze strafbepaling volgt vrijwel letterlijk de bewoordingen van de genoemde verdragsbepaling.¹³ De hiervoor in § 2 beschreven interpretatiekwesies van artikel 435d Sr zijn derhalve terug te voeren tot het verdrag. Het ligt ook in de lijn der verwachting dat om die reden de reikwijdte, de betekenis en de inhoud van artikel 435d Sr niet in de parlementaire geschiedenis van die strafbepaling zijn toegelicht.

Tussen de bepalingen in beide Verdragen van Genève bestaat een belangrijk verschil. Artikel 28 Verdrag van Genève 1929 noemt één doelstelling, namelijk eerbetoon aan Zwitserland voor diens bemiddelende rol in de totstandkoming van de Geneefse Conventies.¹⁴ Artikel 53 Verdrag van Genève 1949 voegt daar een tweede doelstelling aan toe. Dat is het voorkomen van verwarring met het teken van het Rode Kruis. Het teken van het Rode Kruis

is afgeleid van de Zwitserse vlag, omdat alle oprichters van het Internationale Rode Kruis Zwitsers waren en omdat zij daarmee het initiatief van Jean Henry Dunant tot de oprichting van het Internationale Rode Kruis en tot de Geneefse Conventies wensten te eren.¹⁵ Het teken van het Rode Kruis is qua kleurstelling spiegelbeeldig aan de Zwitserse vlag.

Een Zwitserse afgevaardigde schijnt bij de onderhandelingen over het Verdrag van Genève 1929 te hebben geconstateerd dat de Zwitserse vlag op een spuugbak en op toilet papier voorkomt

Het teken van het Rode Kruis wordt beschermd door het Verdrag van Genève 1949. Het is een teken dat staat voor hulpverlening, een vrijgeleide moet bieden, vertrouwen wekt en staat voor een bepaalde kwaliteit. Aan het begin van de 20e eeuw bleek dat commerciële partijen de Zwitserse vlag voor het aanprijzen van medische en pseudo-medische producten gebruikten om zo te appelleren aan het beschermde Rode Kruis-teken. Daarbij is gebruik gemaakt van onkunde bij het algemene publiek, dat kennelijk met enige regelmaat de Zwitserse vlag aanzag voor het Rode Kruis-teken.¹⁶ Voorts schijnt een Zwitserse afgevaardigde bij de onderhandelingen over het Verdrag van Genève 1929 te hebben geconstateerd dat de Zwitserse vlag op een spuugbak en op toilet papier voorkomt.¹⁷ Beide omstandigheden verklaren de redactie van artikel 28 Verdrag van Genève 1929 en artikel 53 Verdrag van Genève 1949, en daarmee ook de redactie van artikel 435d Sr.

Omdat artikel 435d Sr uitvoering geeft aan een internationale verplichting, kan de strafbepaling niet worden afgeschaft

4 Artikel 435d Sr blijft!

De strafbepaling van artikel 435d Sr vindt in de praktijk nauwelijks toepassing. In de gepubliceerde rechtspraak is slechts één zaak gerapporteerd.¹⁸ In zoverre is de strafbepaling obsoleet¹⁹ en verbaast het niet dat zij als voorbeeld is genoemd van een strafbepaling die zou kunnen worden afgeschaft.

Juist omdat artikel 435d Sr uitvoering geeft aan een internationale verplichting, kan de strafbepaling niet worden afgeschaft. Dat zou alleen mogelijk zijn als Nederland het Verdrag van Genève van 1949 opzegt, althans een voorbehoud maakt ten aanzien van de artikelen 53-54 van het verdrag. Nu dit verdrag onderdeel uitmaakt van de Geneefse Conventies lijkt dat onwaarschijnlijk. Hier zien we een beperking van de Nederlandse soevereiniteit op het gebied van het strafrecht door het internationale recht. Overigens, wel op basis van de eigen keuze om partij te zijn bij het verdrag en geen voorbehouden te maken.

Volgens de minister van Veiligheid en Justitie kunnen strafbepalingen die niet worden toegepast ook geen kwaad

In de reactie van de minister van Veiligheid en Justitie op het verzoek om obsoleete strafbepalingen te schrappen kwam dit argument niet terug. Hij pareerde het verzoek op andere gronden. Volgens hem kunnen strafbepalingen die niet worden toegepast ook geen kwaad. Daarnaast biedt het opportuniteitsbeginsel nog bescherming tegen vervolging voor het overtreden van strafbepalingen terwijl dat niet in het algemeen belang is. En uiteindelijk was een capaciteitsargument beslissend. Vanwege de massieve wetgevingsoperatie in het kader van Modernisering van het Wetboek van Strafvordering is er in 2013 en daaropvolgende jaren geen capaciteit om gelijktijdig ook nog eens het Wetboek van Strafrecht te gaan herzien. Wel heeft de minister impliciet de toezegging gedaan dat hij na de genoemde wetgevingsoperatie wil nagaan of een herziening van het Wetboek van Strafrecht opportuun is.²⁰ Als dat inderdaad gaat gebeuren, dan nog moet artikel 435d Sr blijven.

Maar daarmee is wel blootgelegd dat de nationale wetgever bij een herziening van het Wetboek van Strafrecht niet de handen geheel vrij heeft. Daar waar uitvoering wordt gegeven aan internationale of Europese verplichtingen, is hij gebonden aan die verplichtingen. Echter, die gronden voor een daaruit voortvloeiende strafbepaling kunnen inmiddels wel degelijk gedeeltelijk of geheel achterhaald zijn. Maar opzegging van een verdrag of het maken van een voorbehoud is om politieke, internationaalrechtelijke en/of organisatorische redenen meestal geen haalbare weg. Zo ligt in het concrete geval van artikel 435d Sr voor de hand dat Zwitserland een belang heeft bij handhaving van de strafbepaling en zal het politiek gevoelig liggen om te gaan tornen aan een van de vier Geneefse Conventies. Kortom, hier ligt een aandachtspunt: wanneer en onder welke voorwaarden zou een nationale strafwetgever een strafbepaling waarvoor de gronden zijn komen te ontvallen of die leidt tot toepassingsproblemen, mogen aanpassen of schrappen zonder de onderliggende internationale of Europese verplichting tot strafbaarstelling te veranderen?

Een trivialiteit heeft geleid tot een verplichting een potentiële krenking van Zwitserse nationaliteitsgevoelens door het gebruiken van de Zwitserse vlag te beschermen door het Nederlandse strafrecht

5 Enkele afsluitende observaties

Artikel 435d Sr levert een goed voorbeeld waartoe internationale verplichtingen kunnen leiden. Het Nederlandse strafrecht wordt ingezet voor bescherming van buitenlandse

belangen, in dit geval zelfs het belang van één andere natiestaat. Voorts heeft een bepaling uit het Verdrag van Genève 1929 model gestaan voor de redactie van artikel 435d Sr. Bij de totstandkoming van die verdragsbepaling heeft een – in hedendaagse ogen – trivialiteit van het Zwitsers wapen op een spuugbak en toiletpapier geleid tot een verplichting een potentiële krenking van Zwitserse nationaliteitsgevoelens door het gebruiken van de Zwitserse vlag te beschermen door het Nederlandse strafrecht. Het resultaat is een strafbepaling met open begrippen, deels vormgegeven als abstract gevaarzettingsdelict, met delictsbestanddelen met weinig afbakenend vermogen, en daarmee een ruime werkingsfeer. Of de strafbepaling voldoet aan het bepaaldheidsgebod valt te betwijfelen. In dat opzicht is het wellicht gelukkig te noemen dat artikel 435d Sr nauwelijks toepassing heeft gevonden.

Zolang het Verdrag van Genève 1949 geldt, zal artikel 435d Sr in het Wetboek van Strafrecht moeten blijven staan

De neiging om de strafbepaling te schrappen is groot. Alleen, zolang het Verdrag van Genève 1949 geldt, zal artikel 435d Sr in het Wetboek van Strafrecht moeten blijven staan. Daarmee laat artikel 435d Sr zien dat er redenen zijn na te denken over mogelijkheden om als nationale wetgever een strafbepaling die uitvoering geeft aan een internationale of Europese verplichting aan te passen of te schrappen indien de gronden voor die verplichting zijn komen te ontvallen of de strafbepaling tot toepassingsproblemen leidt. Vooralsnog rest ons niets anders dan vast te houden aan de gedachte van de minister van Veiligheid en Justitie dat strafbepalingen die niet worden toegepast ook geen kwaad kunnen. Kortom, artikel 435d Sr is en blijft een bijzondere bepaling. ■

* Prof. mr. F.G.H. Kristen is hoogleraar straf(proces)recht en verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen.

1 Zie <https://d66.nl/moderniseer-het-wetboek-van-strafrecht/>.
2 Vgl. A.J. Machielse, aant. 3 op art. 435d Sr, in: Noyon, Langemeijer & Rummelink, *Het wetboek van strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbladig)(suppl. 128, september 2004); J. ten Voorde, aant. 8a op art. 435d Sr, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *T&C Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
3 Van Dale, *Woordenboek der Nederlandse Taal*.
4 Zie de uitleg van artikel 435c Sr in *Kamerstukken II 1909/10, 37, 1, p. 1* (MvA) en de casus van HR 5 juni 1951, *NJ 1951/521*.

5 Zie HR 31 oktober 2000, *NJ 2001/14*.

6 Vaste rechtspraak sedert HR 31 oktober 2000, *NJ 2001/14*.

7 A.J. Machielse, aant. 3 op art. 435d Sr, in: Noyon, Langemeijer & Rummelink (suppl. 128, september 2004).

8 HR 13 mei 1952, *NJ 1952/684*.

9 HR 5 juni 1951, *NJ 1951/521*; HR 13 mei 1952, *NJ 1952/684*.

10 In zijn noot onder HR 5 juni 1951, *NJ 1951/521*.

11 In zijn noot onder HR 13 mei 1952, *NJ 1952/684*.

12 Zie *Kamerstukken II 1948/49, 1006, 1-3, p. 1* (MvT).

13 *Kamerstukken II 1948/49, 1006, 1-3, p. 1* (MvT).

14 Vgl. art. 19 Verdrag van Genève 1929; art. 38 Verdrag van Genève 1949; HR 5 juni 1951, *NJ 1951/521*; J.S. Pictet (red.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949. Commentary. Part I. Geneva Convention for the*

Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva: International Committee of the Red Cross 1952, p. 10, 303.

15 Zie Pictet 1952, p. 9-10, 297-298, 303. Vgl. www.rodekruis.nl/dit-zijn-wel-geschiedenis/onze-oorsprong.

16 Pictet 1952, p. 382-383, 388-389.

17 Zie HR 5 juni 1951, *NJ 1951/521*.

18 HR 5 juni 1951, *NJ 1951/521* en HR 13 mei 1952, *NJ 1952/684*. Het betreft twee uitspraken van de Hoge Raad in dezelfde strafzaak.

19 A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, Amsterdam: Thela Thesis 1998, p. 6. Vgl. ook C. van Woensel, *Merk, God en Verbod*, Amstelveen: deLex 2007, p. 82, 92.

20 Zie *Kamerstukken II 2012/13, 33605 VI, 12, p. 13-14*.