

Aangifte tegen de heer T.H.P. Baudet in verband met gestelde racistische en antisemitische uitlatingen (in WhatsAppgroepen).

Een oriënterend onderzoek van de procureur-generaal bij de Hoge Raad

Concluderende bevinding

In de aangifte wordt gesteld dat de heer T.H.P. Baudet, lid van de Tweede Kamer, “zich bij voortduring racistisch en antisemitisch uitlaat” en hiermee handelt in strijd met artikel 1 van de Grondwet en de door hem afgelegde eed of belofte. In de aangifte wordt verwezen naar een artikel in Elsevier Weekblad waarin wordt ingegaan op berichten in twee WhatsAppgroepen van Forum voor Democratie. Het oriënterend onderzoek is toegesneden op deze uitlatingen.

Het handelen in strijd met de Grondwet en de (onderliggende verplichtingen van) een eed of belofte door een volksvertegenwoordiger is als zodanig niet strafbaar gesteld. Dit handelen kan wel strafbaar zijn als ambtsdelict als het specifieke handelen valt onder de delictsomschrijvingen vermeld in Titel XXVIII van het Tweede Boek of Titel VIII van het Derde Boek Wetboek van Strafrecht of wanneer het Kamerlid bij het begaan van een strafbaar feit een bijzondere ambtsplicht schendt of gebruikmaakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken (art. 76 lid 2 Wet RO in verbinding met art. 44 Sr).

Het doen van racistische en antisemitische uitlatingen valt niet onder de delictsomschrijvingen vermeld in Titel XXVIII van het Tweede Boek of Titel VIII van het Derde Boek Wetboek van Strafrecht. Als een Kamerlid racistische en antisemitische uitlatingen doet, zou - onder omstandigheden - wel sprake kunnen zijn van een strafbaar feit begaan door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht schendt of gebruikmaakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken. Te denken valt aan groepsbelediging (art. 137c Sr), het aanzetten tot haat of discriminatie (art. 137d Sr) of het openbaar maken, toezenden, verspreiden van een beledigende uitlating of een uitlating die aanzet tot haat of discriminatie (art. 137e Sr).

Een vervolging wegens belediging als bedoeld in Titel XVI, daaronder begrepen smaad (art. 261 Sr), laster (art. 262 Sr) en eenvoudige belediging (art. 266 Sr),

komt niet in aanmerking ingeval racistische of antisemitische uitlatingen niet gericht zijn tegen een of meer bepaalde natuurlijke personen of rechtspersonen. Daarbij wordt belediging als bedoeld in Titel XVI slechts vervolgd op klacht van hem tegen wie het misdrijf is gepleegd (zie art. 269 lid 1 Sr). In dit geval is er geen sprake van een klacht van een persoon tegen wie een belediging zou zijn gericht.

Van groepsbelediging (art. 137c Sr), het aanzetten tot haat of discriminatie (art. 137d Sr) of het openbaar maken, toezenden, verspreiden van een beledigende uitlating of een uitlating die aanzet tot haat of discriminatie (art. 137e Sr) kan slechts sprake zijn als de uitlatingen 'in het openbaar' zijn gedaan. De heer Baudet heeft de in de aangifte bedoelde uitlatingen gedaan door middel van berichten in besloten WhatsAppgroepen van beperkte omvang waarin (kandidaat-)Kamerleden en de betrokken stafleden/medewerkers van Forum voor Democratie participeren. Onder die omstandigheden kan niet worden aangenomen dat hij de in de aangifte bedoelde uitlatingen 'in het openbaar' heeft gedaan. Evenmin bestaan aanwijzingen dat zijn opzet was gericht op het doen van de uitlatingen in het openbaar. Dat betekent dat geen redelijk vermoeden bestaat dat de heer Baudet zich heeft schuldig gemaakt aan een van de genoemde misdrijven. Andere voorwaarden voor strafbaarheid behoeven dan ook geen nadere bespreking.

De conclusie luidt dat uit het oriënterend onderzoek geen feiten en omstandigheden naar voren zijn gekomen waaruit een verdenking van enig ambtsdelict kan voortvloeien. Het onderzoek heeft geen aanknopingspunten opgeleverd voor een strafrechtelijk onderzoek naar aanleiding van de aangifte.

Inhoud

Concluderende bevinding	1
1. Inleiding.....	4
2. De regeling in geval van aangifte tegen en strafrechtelijke vervolging van Kamerleden en bewindspersonen wegens ambtsdelicten	4
2.1. De wettelijke regeling	4
2.2. Protocol aangifte ambtsdelicten.....	6
3. De aangifte en de procedure	7
4. Aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten?	8
4.1. Art. 2 van het Protocol aangifte ambtsdelicten en de toelichting.....	8
4.2. De aangifte in dit geval	10
5. Biedt de aangifte aanknopingspunten voor een opsporingsonderzoek?	10
5.1. Op welke concrete gedraging ziet de aangifte?.....	10
5.2. Levert de gedraging een ambtsdelict op?.....	11
5.2.1. Handelen in strijd met eed of belofte op zichzelf strafbaar?	11
5.2.2. De reikwijdte van het begrip 'ambtsdelicten'	13
5.2.3. Het doen van racistische en antisemitische uitlatingen, mogelijk strafbaar als ambtsdelict?.....	14
5.2.4. Onder welke delictsomschrijvingen zouden de uitlatingen waar de aangifte op ziet kunnen vallen?	14
6. Conclusie	19
Bijlagen.....	19

1. Inleiding

Op grond van het bepaalde in art. 3 lid 3 onder a van het 'Protocol inzake de behandeling van aangiften bij een ministerie, het openbaar ministerie of de procureur-generaal bij de Hoge Raad tegen leden van de Staten-Generaal, Ministers en Staatssecretarissen' heeft de voormalig minister van Justitie en Veiligheid, de heer F.B.J. Grapperhaus, een aangifte tegen de heer T.H.P. Baudet, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, aan mij doorgestuurd met het verzoek om op basis van de aangifte een oriënterend onderzoek te starten en hem te informeren over mijn bevindingen.

In de aangifte wordt gesteld dat de heer Baudet zich "bij voortduring racistisch en antisemitisch" uitlaat en hiermee handelt in strijd met artikel 1 van de Grondwet en de door hem afgelegde eed of belofte.

Dit verslag behelst de resultaten van een oriënterend onderzoek naar aanleiding van deze aangifte.

Na deze inleiding (H1) zal worden ingegaan op de regeling in geval van aangifte tegen en strafrechtelijke vervolging van Kamerleden en bewindspersonen wegens ambtsdelicten (H2), de aangifte en de procedure (H3) de beoordeling of sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol (H4) en de vraag of er mogelijk sprake is van een ambtsdelict (H5). In H6 kom ik tot een conclusie ten aanzien van de vraag of er aanknopingspunten zijn voor een opsporingsonderzoek.

2. De regeling in geval van aangifte tegen en strafrechtelijke vervolging van Kamerleden en bewindspersonen wegens ambtsdelicten

2.1. De wettelijke regeling

Art. 119 van de Grondwet bepaalt dat de leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen wegens ambtsmisdrijven in die betrekkingen gepleegd, ook na hun aftreden, terechtstaan voor de Hoge Raad en dat de opdracht tot vervolging wordt gegeven bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer. De in wetgeving nader uitgewerkte regeling is voorwerp van discussie, maar maakt deel uit van het geldend recht.¹

Ingevolge art. 76 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) neemt de Hoge Raad in eerste instantie en in hoogste ressort kennis van de ambtsmisdrijven en ambtsovertredingen begaan door de leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen.² Anders dan in art. 119 Grondwet, worden in art. 76 Wet RO ook ambtsovertredingen genoemd. Het verschil in terminologie

¹ In juli 2021 heeft de Commissie herziening wetgeving ambtsdelicten Kamerleden en bewindspersonen (commissie-Fokkens) aanbevelingen gedaan voor een wijziging van de wettelijke regeling. Daarin is ook voorgesteld art. 119 GW te herzien. Zie: *Niet boven maar in de wet. Een werkbaar en faire regeling voor de opsporing, vervolging en berechting van ambtsdelicten van Kamerleden en bewindspersonen*, Den Haag 2021.

² Zie voorts Besluit orde van dienst gerechten, artikel 27. De vorming van een kamer is omschreven in het reglement van inwendige dienst vervat in het Procesreglement van de Hoge Raad. Zie 1.1.7. (kwesties buiten de zitting) en 1.1.10 (de zetel voor de behandeling ter terechtzitting).

is verklaarbaar doordat art. 119 van de Grondwet dateert uit 1848 en het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen pas sinds 1886 in ons strafrecht is verankerd.³ In art. 111 lid 2 aanhef en onder a RO is bepaald dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad (verder: PGHR) is belast met de vervolging van ambtsmisdrijven en ambtsovertredingen begaan door de leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen. In de gevallen waarin de Hoge Raad ten principale recht doet, neemt de PGHR de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie waar (art. 111 lid 3 RO). Tot die taken behoort de opsporing van strafbare feiten (art. 148 Sv). Daartoe behoort ook het verrichten van oriënterend onderzoek. De artikelen 484 en 485 van het Wetboek van Strafvordering bevatten procedurevoorschriften ten aanzien van een vervolging bij de Hoge Raad.

De Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen, zoals die sinds de laatste wijziging in 2018 luidt⁴, bevat, voor zover hier relevant, de volgende bepalingen:

Hoofdstuk 2. Ambtsdelicten begaan door leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 3

1 In dit hoofdstuk wordt verstaan onder:

a. ambtsdelicten: ambtsmisdrijven of ambtsovertredingen, begaan door een lid van de Staten-Generaal, een minister of een staatssecretaris in die betrekking;

b. vervolging: vervolging wegens een ambtsdelict.

2 Onder ambtsdelicten worden mede verstaan strafbare feiten begaan onder een der verzwarende omstandigheden, omschreven in artikel 44 van het Wetboek van Strafrecht.

Artikel 4

1 De leden van de Staten-Generaal, Onze ministers en de staatssecretarissen staan, ook na hun aftreden, wegens ambtsdelicten terecht voor de Hoge Raad.

2 De opdracht tot vervolging wordt gegeven bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer.

3 De procureur-generaal bij de Hoge Raad is verplicht aan de ontvangen opdracht tot vervolging onmiddellijk gevolg te geven.

De paragrafen 2 en 3 van de Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen bevatten bepalingen ten aanzien van de procedure die gevolgd wordt in geval van een opdracht tot vervolging door de regering, respectievelijk een opdracht tot vervolging door de Tweede Kamer.

³ Zie ook *Niet boven maar in de wet. Een werkbare en faire regeling voor de opsporing, vervolging en berechting van ambtsdelicten van Kamerleden en bewindspersonen*, Den Haag 2021, p. 51. Zie in algemene zin J.B.H.M. Simmelink, 'Over misdrijven, overtredingen en administratieve gedragingen', in: *Glijdende schalen*, Nijmegen, WLP 2003, p. 511-536.

⁴ *Stb.* 2018, 245, Kamerstukken 34871.

2.2. Protocol aangifte ambtsdelicten

Uit het voorgaande volgt dat de PGHR weliswaar is belast met de strafrechtelijke vervolging van ambtsmisdriven en ambtsovertredingen begaan door de leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen, maar dat hij niet naar eigen inzicht tot strafvervolging kan overgaan. Hij dient daartoe eerst opdracht te krijgen, ofwel bij koninklijk besluit door de regering ofwel door een besluit van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Omdat er geen wettelijke regeling bestaat over de fase voorafgaand aan een dergelijke opdracht tot strafvervolging, voor zover die bij koninklijk besluit wordt gegeven, en de betrokken instanties behoefte hadden aan praktische richtlijnen voor de afhandeling van aangiften tegen leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen in die voorfase, is daarin in 2017 voorzien door een protocol. In het Protocol inzake de behandeling van aangiften bij een ministerie, het openbaar ministerie of de procureur-generaal bij de Hoge Raad tegen leden van de Staten-Generaal, Ministers en Staatssecretarissen (verder: het Protocol aangifte ambtsdelicten) is omschreven op welke wijze wordt omgegaan met aangiftes betreffende ambtsdelicten van bewindspersonen en Kamerleden die binnenkomen bij een ministerie, het Openbaar Ministerie of de PGHR. Het Protocol aangifte ambtsdelicten is vastgesteld in afwachting van een fundamentele herziening van de wetgeving inzake de vervolging van Kamerleden en bewindspersonen wegens ambtsdelicten.⁵

Gelet op de centrale rol die de PGHR ingevolge art. 111 lid 2 aanhef en onder a Wet RO in de procedure vervult, werd het wenselijk gevonden dat hij de regering van advies kan dienen over de vraag of er aanknopingspunten zijn voor een opsporingsonderzoek. Naast de Kroon is op grond van artikel 119 GW de Tweede Kamer bevoegd om opdracht tot vervolging te geven bij ambtsdelicten door een bewindspersoon of Kamerlid. Het Protocol aangifte ambtsdelicten gaat echter niet in op de procedure die gevolgd moet worden indien een aangifte wordt ontvangen door de Tweede Kamer. Daarop hebben de artikelen 7 tot en met 19 van de Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen betrekking.

Ingevolge art. 2 van het Protocol aangifte ambtsdelicten moet eerst worden beoordeeld of er sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten. Indien er sprake is van zodanige aangifte, wordt deze - via tussenkomst van de Minister van Justitie en Veiligheid (verder: de minister) - doorgestuurd aan de PGHR en start de PGHR een oriënterend onderzoek gericht op de vraag of er aanknopingspunten zijn voor een opsporingsonderzoek. Na afloop van het oriënterend onderzoek bericht de PGHR de minister over zijn bevindingen (art. 4 onder a Protocol aangifte ambtsdelicten).

Indien de minister na kennisneming van de bevindingen aan de PGHR meedeelt dat een opsporingsonderzoek geïndiceerd is, start de PGHR een opsporingsonderzoek met bijstand van het Openbaar Ministerie. Na afloop van dit onderzoek informeert de PGHR de minister wederom over zijn bevindingen (art. 4 onder b Protocol aangifte ambtsdelicten). Vervolgens neemt de Kroon een vervolgingsbeslissing (art. 5 Protocol aangifte ambtsdelicten). De PGHR is verplicht aan de ontvangen opdracht tot vervolging onmiddellijk gevolg te geven (art. 4 Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen). Het geven van een opdracht tot vervolging aan de PGHR geschiedt bij koninklijk besluit. Een afschrift van het koninklijk besluit wordt naar beide Kamers gezonden (art. 5 lid 2 Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen). De aangever wordt door de

⁵ Zie voetnoot 1.

minister op de hoogte gebracht van de beslissing op de aangifte (art. 6 Protocol aangifte ambtsdelicten).

3. De aangifte en de procedure

Bij brief van 17 februari 2021 heeft de heer T. Kuipers bij de hoofdofficier van justitie van het arrondissementsparket Den Haag aangifte gedaan tegen de heer T.H.P. Baudet, lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De aangifte houdt - voor zover voor dit oriënterend onderzoek relevant - het volgende in:

“Onlangs bleek uit de media dat de heer Baudet, lid van de Tweede Kamer, zich bij voortduring racistisch en antisemitisch uitlaat (PGHR: hier is een verwijzing naar een voetnoot geplaatst die inhoudt: “bijvoorbeeld hier: <https://www.ewmagazine.nl/nederland/achtergrond/2021/02/thierry-baudet-je-zus-met-een-neger-804032/>”). Zoals alle kamerleden heeft ook de heer Baudet de eed of belofte afgelegd conform artikel 2 van de wet beëdiging ministers en leden Staten-Generaal.

In de integriteitsregels van de Tweede Kamer, zoals deze te vinden zijn op [tweedekamer.nl](https://www.tweedekamer.nl), staat “Handelingen in strijd met de onderliggende verplichtingen van deze eden of verklaringen en beloften, alsmede andere handelingen in strijd met hetgeen van een lid in de uitoefening van zijn ambt mag worden verwacht, zijn strafrechtelijk vervolgbaar als ambtsmisdrijven (...) of ambtsovertredingen (...).”

Het lijkt mij evident dat racistische en antisemitische uitlatingen in strijd zijn met artikel 1 van de grondwet en daarmee met de door de heer Baudet afgelegde eed of belofte. Enigszins tot mijn verbazing lijkt er vanuit het openbaar ministerie of vanuit de Tweede Kamer zelf geen enkele actie te worden ondernomen. Het lijkt mij dat dat als je eist dat mensen (en zeker Tweede Kamerleden) trouw zweren aan de grondwet je dat ook in de handhaving serieus moet nemen, anders betekent het blijkbaar niets. (...)

Hoe dan ook: Beschouwt u deze brief alstublieft als aangifte tegen de heer Baudet wegens het bovenstaande. (...)

Op 22 november 2021 heeft het Openbaar Ministerie de aangifte toegestuurd aan de minister. Bij brief van 9 december 2021, ingekomen op 20 december 2021, heeft de toenmalig minister van Justitie en Veiligheid de aangifte aan mij doorgezonden. In de brief van de minister wordt vermeld dat de aangifte ziet op het “zich bij voortduring racistisch en antisemitisch uitlaten” en daarmee op “handelen in strijd met de afgelegde eed of belofte, c.q. het handelen in strijd met artikel 1 van de Grondwet”. De minister vermeldt ook dat de aangifte zodoende een aangifte betreft van een mogelijk ambtsmisdrijf waarop de bijzondere procedure van artikel 119 Grondwet en het Protocol inzake de behandeling van aangiften bij een ministerie, het openbaar ministerie of de procureur-generaal bij de Hoge Raad tegen leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen van toepassing is. Op basis van artikel 3, lid 1, onder b van het Protocol verzoekt de minister mij om op basis van de aangifte een oriënterend onderzoek te starten en de minister over mijn bevindingen te berichten. In het onderstaande geef ik mijn bevindingen weer.

4. Aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten?

4.1. Art. 2 van het Protocol aangifte ambtsdelicten en de toelichting

Ingevolge art. 2 van het Protocol aangifte ambtsdelicten dient voorafgaand aan de adviesaanvraag aan de PGHR te worden beoordeeld of sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten. In de preambule wordt daarover het volgende opgemerkt:

“Overwegende, dat voorafgaand aan een adviesaanvraag aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad beoordeeld moet worden of er sprake is van een aangifte in de zin van dit protocol en dat het openbaar ministerie bij die beoordeling een adviserende rol kan spelen;”.

Art. 2 van het Protocol aangifte ambtsdelicten luidt als volgt:

“2. Eerste oordeel

a. Is er sprake van een aangifte, dat wil zeggen een melding die betrekking heeft op een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert?

Zo ja: zie vraag 2b.

Zo nee: ontvanger stuurt reactie aan de verzender.

b. Is er (mogelijk) sprake van een ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid?

Zo ja, zie punt 3 voor de onderscheiden trajecten

Zo nee: doorsturen aan het OM (parket-generaal).”

In de toelichting op art. 2 van het Protocol aangifte ambtsdelicten staat:

“Vraag 2a

De ontvangende instantie beziet of er sprake is van een aangifte. Bij een aangifte moet het gaan om een weergave van concrete feiten en/of omstandigheden, die de verdenking van een bepaald strafbaar feit oplevert. Van een aangever mag worden verlangd dat hij zo concreet mogelijk aangeeft op welke gedraging zijn aangifte betrekking heeft en dat hij (impliciet of expliciet) duidelijk maakt welke strafbepaling zou zijn overtreden.

Het doel van vraag 2a is serieuze aangiftes te scheiden van louter uitingen van onvrede. Alleen serieuze aangiftes worden verder onderzocht.

Als de aangifte niet voldoende concreet is maar de ontvangende instantie wel het vermoeden heeft dat er sprake kan zijn van een aangifte, maakt de ontvangende instantie dit aan de verzender kenbaar en verzoekt daarbij om een concretisering. Als er binnen redelijke termijn geen of onvoldoende concretisering wordt gegeven, gaat de ontvangende instantie er vanuit dat de verzender louter een uiting van onvrede heeft gedaan en geen aangifte van een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert.

Afhankelijk van de reactie wordt de brief doorgestuurd (zie 2b en 3) of in behandeling genomen als een klacht of burgerbrief.

(...)

Vraag 2b

Dit protocol heeft alleen betrekking op aangiften tegen een bewindspersoon of Kamerlid voor zover het een ambtsdelict betreft. Van een ambtsdelict is sprake indien het een strafbaar feit⁶ betreft dat is gepleegd in de betrekking als bewindspersoon of Kamerlid en/of deze persoon bij het plegen van het strafbare feit gebruik heeft gemaakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken (artikel 44 WvSr)⁷. Als het strafbare feit in de aangifte geen ambtsdelict is, is het, zoals bij iedere aangifte, aan het OM om een vervolgingsbeslissing te nemen.

Tevens zal nadrukkelijk uit de aangifte naar voren moeten komen dat er (mogelijk) sprake is van een ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid. Als hiervan geen sprake is, is dit protocol niet van toepassing. Dit is slechts anders als uit het feitencomplex het nadrukkelijke vermoeden rijst dat sprake is van een ambtsdelict begaan door een bewindspersoon of Kamerlid.

Voor zover de aangifte geen ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid betreft en niet al bij het OM is binnengekomen maar bij een van de bovengenoemde andere instanties, wordt de aangifte doorgestuurd aan het parket-generaal van het OM dat op zijn beurt zorgt dat de aangifte bij het juiste arrondissementsparket terecht komt.

Adviesrol openbaar ministerie bij de beoordeling van vragen 2a en 2b

Het is niet altijd eenvoudig om te beoordelen of een melding een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert, inhoudt (vraag 2a) dan wel of er (mogelijk) sprake is van een ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid (vraag 2b).

In voorkomende gevallen kan bij een dergelijke beoordeling het inroepen van strafrechtelijke expertise gewenst zijn. Indien er twijfels bestaan of een melding een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert, inhoudt, dan wel of er (mogelijk) sprake is van een ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid, ligt het daarom voor de hand dat contact wordt opgenomen met het OM. Dit geschiedt door tussenkomst van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (directie Juridische en Operationele Aangelegenheden).

Als blijkt dat het gaat om een melding die betrekking heeft op een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert terwijl er (mogelijk) sprake is van een ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid zal het OM daarover een bericht sturen aan de Minister van Veiligheid en Justitie met die bevindingen. Het OM is dan niet bevoegd tot verder zelfstandig onderzoek.

Wanneer er naar het oordeel van het OM sprake is van een strafbaar feit in de aangifte dat geen ambtsdelict is, is het, zoals bij iedere aangifte, aan het OM om een verdere beslissing te nemen. Het OM is immers bevoegd te beslissen op aangiften die geen betrekking hebben op ambtsdelicten in de zin van dit protocol en op aangiften die betrekking hebben op personen die niet onder artikel 119 GW vallen, behoudens het bepaalde in artikel 485 van het Wetboek van Strafvordering (WvSv) (medeverdachten van de genoemde politieke ambtsdragers staan ook voor de Hoge Raad terecht)."

⁶ Voetnoot 7 bij het Protocol: "Het protocol is ook van toepassing is op deelneming aan strafbare feiten: medeplegen, doen plegen, uitlokken en medeplichtigheid."

⁷ Voetnoot 8 bij het Protocol: "Ambtsmisdrrijven zijn in ieder geval de misdrijven die worden begaan onder de verzwarende omstandigheden van 44 WvSr. Dit zijn in ieder geval de misdrijven genoemd in de artikelen 355 tot en met 380 WvSr (titel ambtsmisdrrijven)."

Op grond van art. 2 onder a van het Protocol aangifte ambtsdelicten moet, voordat een aangifte wordt doorgestuurd aan de PGHR, worden beoordeeld of sprake is van een aangifte in de zin van het protocol, dat wil zeggen een melding die betrekking heeft op een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert, waarbij mogelijk sprake is van een ambtsdelict door een bewindspersoon of Kamerlid. Zowel in de preambule als in de toelichting staat vermeld dat het Openbaar Ministerie een adviserende rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een aangifte in de zin van het protocol. Daarin ligt besloten dat het Openbaar Ministerie in dit verband de minister kan adviseren. Voor gevallen waarin de aangifte bij het Openbaar Ministerie wordt gedaan, bepaalt art. 3 lid 1 onder b van het Protocol aangifte ambtsdelicten dat deze “bij een bevestigende beantwoording van de vragen onder 2 van dit protocol” dient te worden doorgestuurd aan de Minister van Justitie en Veiligheid. Dat impliceert dat in dat geval het Openbaar Ministerie ook ambtshalve de vraag onder ogen moet zien of sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten, een andersoortige aangifte of slechts van een uiting van onvrede die in behandeling moet worden genomen als een klacht of burgerbrief.

4.2. De aangifte in dit geval

In de aangifte wordt slechts vermeld dat onlangs uit de media bleek dat de heer Baudet “zich bij voortduring racistisch en antisemitisch uitlaat”. In een voetnoot wordt bij wijze van voorbeeld wel verwezen naar een artikel in Elsevier Weekblad (EW) van 6/13 februari 2021 met als titel “Je zus met een neger?”. In dit geval heeft de ontvangende instantie, het Openbaar Ministerie, kennelijk geoordeeld dat sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten en daarmee dat het gaat om een melding die betrekking heeft op een concrete gedraging die een bepaald strafbaar feit oplevert dat mogelijk een ambtsdelict door een Kamerlid inhoudt. Het Openbaar Ministerie heeft de aangifte op grond van art. 3 lid 1 onder b van het Protocol aangifte ambtsdelicten doorgestuurd aan de minister. De minister heeft mij vervolgens verzocht om op basis van de aangifte een oriënterend onderzoek te starten en in zijn brief tot uitdrukking gebracht dat sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten. Ingevolge art. 4 van het Protocol aangifte ambtsdelicten is het vervolgens aan de PGHR om de aangifte te beoordelen met het oog op de vraag of er aanknopingspunten zijn voor een opsporingsonderzoek.

In het licht van het voorgaande, wordt in dit oriënterend onderzoek tot uitgangspunt genomen dat sprake is van een aangifte in de zin van het Protocol aangifte ambtsdelicten.

5. Biedt de aangifte aanknopingspunten voor een opsporingsonderzoek?

5.1. Op welke concrete gedraging ziet de aangifte?

In de aangifte wordt vermeld dat onlangs uit de media bleek dat de heer Baudet zich bij voortduring racistisch en antisemitisch uitlaat. In een voetnoot wordt bij wijze van voorbeeld verwezen naar een artikel in Elsevier Weekblad (EW) van 6/13 februari 2021 met als titel “Je zus met een neger?”. Ik ga er in dit oriënterend onderzoek van uit dat de in de voetnoot bedoelde uitlatingen van de heer Baudet die in EW zijn geciteerd de concrete feiten en omstandigheden inhouden waarop de aangifte is gebaseerd. De opmerkingen die het Kamerlid P.H. Omtzigt betreffen, laat ik buiten beschouwing.

Deze kunnen niet in verband worden gebracht met de beschuldigingen van racisme en antisemitisme, die in de aangifte centraal staan. Het artikel is als bijlage bij dit rapport gevoegd.

EW citeert in het artikel uit het intern berichtenverkeer van Forum voor Democratie. Uit fragmenten, die deels in het artikel worden weergegeven, blijkt volgens EW onder meer dat de heer Baudet:

- op 6 juli 2020 in de groepsapp een “kotsende smiley” stuurde na de mededeling dat het CDA over een diversiteitscommissie beschikt;
- een opmerking plaatste waarin hij aangaf een lezing te willen organiseren ter ere van Theodor Herzl, een Joods journalist uit de negentiende eeuw die geldt als ideologisch grondlegger van het zionisme;
- op 29 juli 2020 (na een discussie over het gemiddeld IQ) in de groepsapp schreef: “Blank 110, Hispanic 90, Afro 75. Of iets dergelijks.”;⁸
- op 7 juni 2020 in de groepsapp schrijft: “En hoe vermijden we het punt dat er nu eenmaal verschillen bestaan tussen bijv. mannen en vrouwen; en dus ook tussen blanken en zwarten? IQ, testosteron, metabolisme, concentratie-vermogen, werkgeheugen, gewetensontwikkeling, empathische kracht, gevoeligheid voor ritme, adrenaline, enz enz?”;
- op 10 juni 2020 vraagt: “Wil jij dat je zus met een neger thuiskomt?” Daarop antwoordt de heer Van Meijeren: “Hell no”, waarop de heer Baudet een icoontje stuurt van een verbaasde kat;
- op 10 juni 2020 schrijft dat er sprake is van systemisch racisme, in reactie op een opmerking van een ander dat de enige institutie die hij kent de “staatsomroep” is die zich schuldig maakt aan “blank racisme”;
- op 18 juli 2020 schrijft over hoe in zijn ogen progressieven omgaan met het onderscheid tussen zwart en blank en het homohuwelijk en dat mensen inmiddels niet meer durven te spreken over hun eigen, “Europese, dus blanke”, identiteit.

5.2. Levert de gedraging een ambtsdelict op?

5.2.1. Handelen in strijd met eed of belofte als zodanig strafbaar?

De aangever stelt dat de heer Baudet handelt in strijd met artikel 1 van de Grondwet en daarmee met de door hem afgelegde eed of belofte.

Deze eed of belofte houdt volgens art. 2 van de Wet beëdiging ministers en leden Staten-Generaal het volgende in:

“Ik zweer (verklaar) dat ik, om tot lid van de Staten-Generaal te worden benoemd, rechtstreeks noch middellijk, onder welke naam of welk voorwendsel ook, enige gift of gunst heb gegeven of beloofd.

Ik zweer (verklaar en beloof), dat ik, om iets in dit ambt te doen of te laten, rechtstreeks noch middellijk enig geschenk of enige belofte heb aangenomen of zal aannemen.

⁸ De uitlating “Bovendien: african americans wonen al 150 jaar in Amerika. Scoren nog steeds 40 IQ punten lager” wordt in EW ook voorzien van de naam van Baudet. Uit de context lijkt echter te volgen dat deze uitlating aan een ander moet worden toegeschreven.

Ik zweer (beloof) trouw aan de Koning, aan het Statuut voor het Koninkrijk en aan de Grondwet.

Ik zweer (beloof) dat ik de plichten die mijn ambt mij oplegt getrouw zal vervullen.

Zo waarlijk helpe mij God almachtig!”

(Dat verklaar en beloof ik!).”

De aangever wijst erop dat in de integriteitsregels van de Tweede Kamer staat dat handelingen in strijd met de onderliggende verplichtingen van de door de Kamerleden afgelegde eed of belofte, alsmede andere handelingen in strijd met hetgeen van een lid in de uitoefening van zijn ambt mag worden verwacht, “strafrechtelijk vervolgbaar zijn als ambtsmisdrijven (...) of ambtsovertredingen (...)”.

De integriteitsregels van de Tweede Kamer luiden, voor zover voor dit onderzoek relevant, als volgt⁹:

“Handelingen in strijd met de onderliggende verplichtingen van deze eden of verklaringen en beloften, alsmede andere handelingen in strijd met hetgeen van een lid in de uitoefening van zijn ambt mag worden verwacht, zijn strafrechtelijk vervolgbaar als ambtsmisdrijven (opgenomen in Titel XXVIII van het Tweede Boek juncto artikel 84 van het Wetboek van Strafrecht; m.n. artikel 363, eerste juncto derde lid) of ambtsovertredingen (opgenomen in Titel VIII van het Derde Boek juncto artikel 84 van pagina 4/14 het Wetboek van Strafrecht)”¹⁰. Daarnaast wordt een aantal commune delicten tot ambtsdelict verheven indien door het begaan van het strafbare feit een bijzondere ambtsplicht is geschonden of indien bij het begaan van het strafbare feit gebruik is gemaakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken (artikel 44 juncto artikel 84 van het Wetboek van Strafrecht juncto artikel 76, tweede lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie). Denk aan meened of schending van het ambtsgeheim (artikelen 207 en 272 van het Wetboek van Strafrecht).”

Het lijkt er op dat de eerste zin van de geciteerde alinea voor verwarring zorgt. De aangever maakt hier kennelijk uit op dat handelen in strijd met (de onderliggende verplichtingen van) de eed of belofte altijd strafrechtelijk vervolgbaar is als ambtsmisdrijf of ambtsovertreding. Dit is echter niet het geval.

In art. 16 van de Grondwet en in art. 1 van het Wetboek van Strafrecht is bepaald dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Art. 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens heeft eenzelfde strekking. Het handelen in strijd met (onderliggende verplichtingen van) een eed of belofte is als zodanig niet strafbaar gesteld.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet beëdiging ministers en leden Staten-Generaal van 27 februari 1992 (Staatsblad nr. 120) is wel aan de orde gekomen dat strafvervolgung wegens meened mogelijk zou zijn indien een eed in strijd met de waarheid is afgelegd, maar het moet dan uiteraard gaan om feiten die vóór de eedsaflegging zijn voorgevallen.¹¹

⁹ Zie https://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/integriteitsregels_voor_kamerleden.pdf, p. 3 en 4.

¹⁰ Voetnoot 6 bij de Integriteitsregels: “Titel VIII van het Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht, waarin de ambtsovertredingen zijn opgenomen, lijkt geen relevante bepalingen te bevatten.”

¹¹ Zie *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 208, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 1: “De leden van de S.G.P.-fractie, die met belangstelling van het wetsvoorstel kennis hadden genomen, stelden de vraag of strafvervolgung wegens meened mogelijk is, bij voorbeeld omdat de zuiveringseed in strijd met de waarheid is afgelegd. Wij antwoorden dat bij een vermoeden dat de zuiveringseed door een van deze functionarissen in strijd met de waarheid is afgelegd, strafvervolgung mogelijk is. De strafrechter zal in dat geval moeten beoordelen of er sprake is van een schending van de zuiveringseed die als meened in de zin van het Wetboek

Te denken valt aan het geval dat iemand verklaart en belooft dat hij, om tot lid van de Staten-Generaal te worden benoemd, geen gift of gunst heeft gegeven of beloofd, terwijl dit wel zo is.

Handelingen in strijd met een ambtseed of -belofte zijn dus slechts strafbaar als zij vallen onder een wettelijke strafbepaling. Indien dit niet het geval is, kunnen de handelingen niet via het strafrecht worden bestraft. Er kunnen wel andere wegen zijn om het handelen te bestraffen. Uit het voorgaande volgt dat de hiervoor geciteerde passage uit de integriteitsregels van de Tweede Kamer zo moet worden verstaan, dat handelingen in strijd met de ambtseed of -belofte strafrechtelijk vervolgbaar zijn als tevens sprake is van een ambtsdelict. De vraag onder welke omstandigheden van een ambtsdelict kan worden gesproken, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

5.2.2. De reikwijdte van het begrip 'ambtsdelicten'

De bijzondere procedure van art. 119 Grondwet en art. 76 RO geldt voor ambtsdelicten die door leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen in hun betrekkingen zijn gepleegd.

Ambtsdelicten zijn in de eerste plaats de delicten genoemd in Titel XXVIII ('Ambtsmisdriven') van het Tweede Boek ("Misdriven") van het Wetboek van Strafrecht: dit betreffen de ambtsmisdriven die specifiek ministers en staatssecretarissen als normadressaten noemen. Het gaat daarbij om de art. 355 en 356 Sr, die uitdrukking geven aan de klassieke strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid.

In de tweede plaats kan worden gewezen op de zogeheten algemene ambtsmisdriven in de genoemde titel van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht. Daarbij gaat het om de artikelen 358 t/m 363 (ten onrechte inroepen bijstand gewapende macht, verduistering van geld of geldswaardig papier, vervalsing van boeken of registers, verduistering van bewijsstukken en passieve ambtelijke omkoping), 365 (dwang met misbruik van gezag), 366 (knevelarij), 368, eerste lid, onder 2^o, en tweede lid (niet melden van wederrechtelijke vrijheidsberoving), 370 (onrechtmatig binnentreden en in beslag nemen), 371 (onrechtmatige inbeslagneming en opvordering van poststukken) en 376 (deelnemen aan aannemingen of leveranties). Deze feiten hebben de 'ambtenaar' als normadressaat. In art. 84, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht is bepaald dat onder 'ambtenaren' ook worden begrepen leden van algemeen vertegenwoordigende organen, zodat daaronder ook leden van de Staten-Generaal vallen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat hetzelfde geldt voor ministers en staatssecretarissen.¹² De ambtsmisdriven die 'de ambtenaar' in het algemeen als normadressaat noemen, kunnen dus ook onder het bereik vallen van de bijzondere procedure van artikel 119 Grondwet, voor zover het gaat om misdriven begaan door Kamerleden (of bewindspersonen). De ambtsmisdriven waarin specifieke ambtenaren, niet zijnde leden van de Staten-Generaal, ministers of staatssecretarissen, als normadressaat zijn genoemd (bijvoorbeeld rechterlijke ambtenaren, gevangenisdirecteuren, ambtenaren van de burgerlijke stand), vallen uiteraard buiten het bereik van artikel 119 Grondwet.

In de derde plaats vallen onder het begrip 'ambtsdelicten' de ambtsovertredingen, opgenomen in titel VIII ("Ambtsovertredingen") van het Derde Boek ("Overtredingen") van het Wetboek van Strafrecht. Bijna al deze bepalingen hebben specifieke ambtenaren, niet zijnde leden van de Staten-

van Strafrecht moet worden gekwalificeerd."

(https://repository.overheid.nl/frbr/sgd/19891990/0000038049/1/pdf/SGD_19891990_0003519.pdf)

¹² Vgl. bijv. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9966.

Generaal, ministers of staatssecretarissen, als normadressaat en vallen daarmee buiten het bereik van art. 119 Grondwet.¹³

In de vierde plaats vallen onder het begrip 'ambtsdelicten' ingevolge artikel 76, tweede lid, RO¹⁴ strafbare feiten die zijn begaan onder een van de verzwarende omstandigheden omschreven in artikel 44 Sr. Dat is het geval als het delict is gepleegd door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht schendt of gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken. Daarmee zijn alle misdrijven en overtredingen onder het bereik van artikel 119 Grondwet gebracht indien het Kamerlid of de bewindspersoon door het begaan daarvan een bijzondere ambtsplicht schendt of bij het begaan daarvan gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken.¹⁵ Dat betekent een aanzienlijke verruiming van het begrip 'ambtsdelicten' en daarmee van de reikwijdte van de bijzondere rechtsgang van art. 119 GW.

5.2.3. Het doen van racistische en antisemitische uitlatingen, mogelijk strafbaar als ambtsdelict?

Uit het voorgaande volgt dat handelingen in strijd met de ambtseed of -belofte strafrechtelijk vervolgbaar zijn als ambtsdelict wanneer zij vallen onder de delictsomschrijvingen vermeld in Titel XXVIII van het Tweede Boek of Titel VIII van het Derde Boek Wetboek van Strafrecht of wanneer het delict is gepleegd door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht schendt of gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken (art. 76 lid 2 RO jo art. 44 Sr).

Het doen van racistische en antisemitische uitlatingen door een Kamerlid valt als zodanig niet onder de delictsomschrijvingen vermeld in Titel XXVIII van het Tweede Boek (of Titel VIII van het Derde Boek) van het Wetboek van Strafrecht.

Indien een Kamerlid racistische en antisemitische uitlatingen doet, zou - onder omstandigheden - wel sprake kunnen zijn van een strafbaar feit begaan door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht schendt of gebruikmaakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken. Te denken valt aan de strafbare feiten smaad (art. 261 Sr), laster (art. 262 Sr), eenvoudige belediging (art. 266 Sr), groepsbelediging (art. 137c Sr), het aanzetten tot haat of discriminatie (art. 137d Sr) of het openbaar maken, toezenden, verspreiden van een beledigende uitlating of een uitlating die aanzet tot haat of discriminatie (art. 137e Sr).

5.2.4. Onder welke delictsomschrijvingen zouden de uitlatingen waar de aangifte op ziet kunnen vallen?

Zoals vermeld, neem ik bij de beoordeling van de aangifte als uitgangspunt dat de aangifte ziet op de uitlatingen die volgens het artikel in *EW* door de heer Baudet zijn gedaan in de beide

¹³ Zie: *Niet boven maar in de wet. Een werkbare en faire regeling voor de opsporing, vervolging en berechting van ambtsdelicten van Kamerleden en bewindspersonen*, Den Haag 2021, p. 51 e.v. Daar wordt ook uitgelegd waarom art. 463 Sr (verbod op openbaarmaking van geheime regeringsbescheiden) niet onder het bereik van artikel 119 Grondwet valt.

¹⁴ Zie ook art. 3 lid 2 Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen.

¹⁵ Zie over de reikwijdte van het begrip 'ambtsmisdrijven' hoofdstuk 3 van het rapport *Niet boven maar in de wet. Een werkbare en faire regeling voor de opsporing, vervolging en berechting van ambtsdelicten van Kamerleden en bewindspersonen*, Den Haag 2021. Zie ook E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht*, Den Haag: BJU 2005.

WhatsApp-groepen van Forum voor Democratie, voor zover deze mogelijk racistische of antisemitische elementen bevatten.

Een vervolging wegens belediging als bedoeld in Titel XVI, daaronder begrepen smaad (art. 261 Sr), laster (art. 262 Sr) en eenvoudige belediging (art. 266 Sr), komt niet in aanmerking ingeval racistische of antisemitische uitlatingen niet gericht zijn tegen een of meer bepaalde natuurlijke personen of rechtspersonen. Daarbij wordt belediging als bedoeld in Titel XVI slechts vervolgd op klacht van hem tegen wie het misdrijf is gepleegd (zie art. 269 lid 1 Sr). In dit geval is er geen sprake van een klacht van iemand tegen wie de belediging zou zijn gericht. Ik concentreer mij in het onderstaande dan ook op de strafbepalingen in de art. 137c tot en met 137e Sr.

Groepsbelediging?

Art. 137c Sr luidt:

“1. Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.

2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd.”

Een van de voorwaarden voor strafbaarheid op grond van art. 137c Sr is dat de uitlatingen ‘in het openbaar’ zijn gedaan. Het opzet van degene die zich uitlaat, zal moeten zijn gericht op de omstandigheid dat de uitlatingen in het openbaar zijn gedaan.¹⁶ Dat betekent dat de verdachte bewust de kans moet hebben aanvaard dat uitlatingen ter kennis van het publiek zouden komen. Ik concentreer mij in het onderstaande op deze voorwaarden voor strafbaarheid.

Art. 137c Sr strekt ertoe de openbare orde te beschermen. De bepaling is opgenomen in titel V van het Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht, met als aanhef ‘Misdrijven tegen de openbare orde’. Dat verklaart waarom van strafbaarheid eerst sprake is als de in de bepaling bedoelde uitlatingen in het openbaar zijn gedaan. De vraag rijst wat daaronder is te verstaan.

In zijn arrest van 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:952 overwoog de Hoge Raad dat onder ‘zich in het openbaar uitlaten’ als bedoeld in art. 137c Sr dient te worden verstaan: “het ter kennis van het publiek brengen”. Bij de beantwoording van de vraag of daarvan sprake is, komt het aan op de bijzondere omstandigheden van het geval. Tot deze omstandigheden kunnen behoren:

- de omvang van de kring van personen tegenover wie de uitlating is gedaan;
- de functie of hoedanigheid van degene tegenover wie de uitlating is gedaan;
- het ontbreken van voorafgaande betrokkenheid van degene tegenover wie de uitlating is gedaan bij degene die de uitlating doet;

¹⁶ Vgl. HR 29 mei 2001, LJN AB1818, NJ 2001/694 en J.W. Fokkens, in: Noyon/Langemeijer/Remmelink, art. 137c, aant. 7 (bijgewerkt tot 1 augustus 2019).

- de mate waarin aan de uitlating door inhoud of vormgeving kenbaar een min of meer vertrouwelijk karakter moet worden ontzegd;
- de mate waarin de uitlating geëigend is om aan de inhoud daarvan bekendheid te geven buiten de kring van personen tot wie de uitlating rechtstreeks is gericht;
- de mate waarin de uitlating door de wijze waarop zij is gedaan - mondeling, bij brief, per e-mail, door plaatsing op een voor anderen toegankelijke site of anderszins - vatbaar is voor kennisneming door anderen dan de rechtstreeks geadresseerde, en
- de kans dat de inhoud van de uitlating ter kennis komt van anderen dan degenen tot wie de uitlating rechtstreeks is gericht.

Uit het voorgaande volgt dat de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de beoordeling of een uitlating in het openbaar is gedaan. Niet nodig is dat de uitlating op een openbare plaats is gedaan. Zo kan het ophangen van een vlag met een hakenkruis in een woning, waarbij de vlag zichtbaar is vanaf de openbare weg, openbaar maken in de zin van art. 137e Sr opleveren.¹⁷ Doorslaggevend is of de uitlating ter kennis van het publiek is gebracht; de gerichtheid op het publiek staat centraal.¹⁸ In de rechtspraak die betrekking heeft op art. 261 Sr (smaad), dat als bestanddeel kent 'met het kennelijke doel om daaraan ruchtbaarheid te geven', wordt onder 'publiek' verstaan: een bredere kring van willekeurige derden.¹⁹

Bij moderne communicatiemiddelen als e-mail, WhatsApp, Facebook en plaatsing van een bericht op een website zal het afhangen van de omstandigheden van het geval of de uiting 'in het openbaar' is gedaan. Daarbij speelt een rol of de toegang tot het bericht / kanaal al dan niet is beperkt tot een selecte groep. Ook de kans op verdere verspreiding kan in aanmerking worden genomen.²⁰ In HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1003 was sprake van groepsbelediging door een op YouTube geplaatste rap met videoclip. In HR 5 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1702 ging het om een toespraak tijdens een PEGIDA-demonstratie die op Facebook was geplaatst. In die gevallen behoefde het weinig betoog dat de uitlatingen 'in het openbaar' waren gedaan.

In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:952 ging het om ongevraagd toegestuurde e-mailberichten die door de verdachte waren verspreid onder een groot aantal publieke personen uit de Tweede Kamer, politieke partijen, redacteurs van praatprogramma's, advocaten, pers, televisieomroepen en andere organisaties. De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof dat hier sprake was van het 'zich in het openbaar uitlaten' als bedoeld in art. 137c Sr niet onjuist of onbegrijpelijk.²¹ Daarbij nam de Hoge Raad ook in aanmerking dat uit de gebezigde bewijsmiddelen volgde dat de e-mailberichten geen vertrouwelijk karakter hadden en gelet op de hoedanigheid van de geadresseerden geëigend waren om bekend te raken buiten de kring van personen tot wie de berichten rechtstreeks waren gericht. De kans dat de inhoud van de uitlating ter kennis komt van anderen dan degenen tot wie de uitlating rechtstreeks is

¹⁷ Vgl. HR 21 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2483, NJ 2010/518 en A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, vierde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 233.

¹⁸ Zie ook de conclusie van AG Machielse voorafgaand aan HR 5 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8465, NJ 2005/287.

¹⁹ Vgl. onder meer HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9186, NJ 2008/430.

²⁰ Vgl. ten aanzien van een Hyves-account in de context van art. 261 Sr: HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2009, NJ 2011/325.

²¹ Zie voor uitlatingen in een speech tijdens een (partij)bijeenkomst op een verkiezingsavond van de gemeenteraad, ten overstaan van publiek en in aanwezigheid van journalisten en camera's: HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036.

gericht, wordt aldus mede bepaald door de persoon aan wie de uitlating wordt gericht. Van belang is of verwacht mag worden dat de ontvanger van de uitlating daarmee vertrouwelijk omgaat. Het maakt dan ook verschil of uitlatingen worden geadresseerd aan een journalist of aan andere rechtstreeks geadresseerden, ten aanzien van wie op voorhand geen indicaties bestaan dat zij de informatie verder zullen verspreiden.²² Ook voor het bewijs van opzet op het doen van de uitlatingen in het openbaar maakt het verschil aan wie de uitlating wordt gedaan. Zo kon het overhandigen van de tekst van een wegens ras beledigende redevoering in de gemeenteraad aan een journalist, die vervolgens tot publicatie overging, worden aangemerkt als het opzettelijk zich in het openbaar bij geschrift beledigend uitlaten over een groep mensen.²³

De uitlatingen die in *EW* aan de heer Baudet worden toegeschreven, zijn ontleend aan twee interne WhatsAppgroepen van Forum voor Democratie. De eerste is een 'fractiegroep', de tweede een kleinere groep met als titel 'Mediamachine'. Het gaat daarbij naar hun aard om besloten WhatsAppgroepen van beperkte omvang waarin (kandidaat-)Kamerleden en de betrokken stafleden/medewerkers van Forum voor Democratie participeren. De berichten zijn daarmee niet aan een betrekkelijk willekeurige groep personen verzonden, maar binnen een besloten groep van personen die uit hoofde van hun functie deel uitmaakten van de groepsapp. De kring van personen tegenover wie de uitlatingen werden gedaan, is daarmee beperkt tot personen die rechtstreeks betrokken waren bij de fractie en al in een samenwerkingsrelatie met de heer Baudet stonden. Aan de berichten kan een min of meer vertrouwelijk karakter niet worden ontkend. Het is aannemelijk dat de uitlatingen niet geëigend zijn om bekend te worden buiten de kring van personen tot wie zij rechtstreeks zijn gericht. Het gaat om een vrije uitwisseling van berichten waarbij onder meer ongefilterd opvattingen worden geuit over ras. Dat volgt bijvoorbeeld uit de discussie over het IQ, waarin de heer Baudet opmerkt: "Blank 110, Hispanic 90, Afro 75. Of iets dergelijks." Een andere deelnemer aan de groepsapp merkt over het "racismethema" op: "We moeten dit onderwerp in ieder geval niet campagnes/posten", waarop de heer Baudet lacht: "Haha, nee". De onbekommerdheid waarmee een vraag wordt gesteld als "wil jij dat je zus met een neger thuiskomt?" duidt erop dat de heer Baudet ervan uitging dat deze alleen door de leden van de WhatsAppgroep, die tot zijn eigen politieke vertrouwelingen behoorden, zou worden gelezen. De berichten waren in eerste instantie niet vatbaar voor kennisneming door anderen dan de rechtstreeks geadresseerden, terwijl de kans dat uitlatingen ter kennis zou komen van anderen niet dusdanig was dat deze geacht moeten worden in de openbaarheid te zijn gedaan. Onder die omstandigheden kan niet worden aangenomen dat de heer Baudet de in de aangifte bedoelde uitlatingen 'in het openbaar' heeft gedaan.

Evenmin kan worden aangenomen dat sprake is van opzet op het doen van de uitlatingen in het openbaar, ook niet in voorwaardelijke vorm. De besloten WhatsAppgroep lijkt veeleer de beschutting te hebben geboden om binnen de eigen kring uitlatingen te doen die naar hun aard niet geëigend zijn te delen met een breder publiek.

In het licht van het voorgaande meen ik dat geen feiten en omstandigheden naar voren zijn gekomen waaruit een redelijk vermoeden van groepsbelediging als bedoeld in art. 137c Sr kan voortvloeien. In het bijzonder zijn er geen aanknopingspunten voor de stelling dat de desbetreffende uitlatingen in het openbaar zijn gedaan en dat sprake is van opzet op het doen van de uitlatingen in

²² Vgl. bijv. HR 5 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8465, *NJ* 2005/287 met HR 29 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1818, *NJ* 2001/694. Zie ook HR 30 mei 2017, *NJ* 2017/248.

²³ HR 2 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8693, *NJ* 2002/421.

het openbaar. Een nadere beschouwing over de aard van de uitlatingen kan daarom achterwege blijven.

Het aanzetten tot haat of discriminatie?

Het aanzetten tot haat en discriminatie is strafbaar gesteld in art. 137d Sr. Dat artikel luidt als volgt:

“1. Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie opgelegd.”

Ook art. 137d kent als bestanddeel ‘in het openbaar’. Een duidelijk voorbeeld is te vinden in HR 14 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:638. In die zaak ging het om uitlatingen van een spreker tijdens een demonstratie die door een paar duizend mensen werd bijgewoond en waarin werd aangezet tot gewelddadig optreden tegen Armeniërs wegens hun ras. De term ‘aanzetten’ impliceert opzet.²⁴

Bij de bespreking van art. 137c concludeerde ik onder meer dat er geen aanknopingspunten zijn voor de stelling dat de in de aangifte bedoelde uitlatingen in het openbaar zijn gedaan. Reeds op die grond meen ik dat evenmin een redelijk vermoeden van aanzetten tot haat of discriminatie als bedoeld in art. 137d Sr bestaat. Een nadere beschouwing over de andere voorwaarden voor strafbaarheid kan in dit verband achterwege blijven.

Het openbaar maken, toezenden of verspreiden van een uitlating die beledigend is voor een groep mensen of die aanzet tot haat of discriminatie?

Het openbaar maken, toezenden of verspreiden van een uitlating die beledigend is voor een groep mensen of die aanzet tot haat of discriminatie is strafbaar gesteld in art. 137e Sr. Het artikel luidt als volgt:

“1. Hij die, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving:

1°. een uitlating openbaar maakt die, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap beledigend is, of aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun geslacht, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap;

2°. een voorwerp waarin, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, zulk een uitlating is vevat, aan iemand, anders dan op diens verzoek, doet toekomen, dan wel verspreidt of ter openbaarmaking van die uitlating of verspreiding in voorraad heeft;

²⁴ Zie daarover nader J.W. Fokkens, in: Noyon/ Langemeijer / R Emmelink, aant. 2 bij art. 137d (bijgewerkt tot en met 20 september 2017).

wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een beroep of gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie opgelegd."

Ook art. 137e Sr is aan te merken als een misdrijf tegen de openbare orde. Dat betekent dat ook in dit opzicht het openbare karakter een voorwaarde voor strafbaarheid is. Die voorwaarde is in art. 137e Sr anders verwoord ('openbaar maakt') dan in de art. 137c en 137d Sr ('in het openbaar'). Voor de beoordeling van de aangifte maakt dat geen wezenlijk verschil. Ook in art. 137e Sr gaat het om de gerichtheid op 'het publiek'.²⁵ Voorts zal het opzet van de dader op het openbaar maken gericht moeten zijn.

Bij de bespreking van art. 137c concludeerde ik onder meer dat er geen aanknopingspunten zijn voor de stelling dat de in de aangifte bedoelde uitlatingen in het openbaar zijn gedaan, terwijl evenmin aanwijzingen bestaan dat sprake is van opzet op het doen van de uitlatingen in het openbaar. Op die gronden meen ik dat evenmin een redelijk vermoeden ten aanzien van het in art. 137e Sr strafbaar gestelde bestaat. Een nadere beschouwing over de andere voorwaarden voor strafbaarheid kan in dit verband achterwege blijven.

6. Conclusie

Uit het oriënterend onderzoek zijn geen feiten en omstandigheden naar voren gekomen waaruit een verdenking van enig ambtsdelict kan voortvloeien. Het onderzoek heeft geen aanknopingspunten opgeleverd voor een strafrechtelijk onderzoek naar aanleiding van de aangifte.

Bijlagen

- De aangifte
- Artikel in Elsevier Weekblad van 6/13 februari 2021 getiteld "Je zus met een neger?".

²⁵ Zie hierover nader de conclusie van AG Hofstee voorafgaand aan HR 21 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2483.