

Artikel

Eenzijdig overheidshandelen

Het wordt tijd om overheidshandelen onder het bereik van de gelijkebehandelingswetten te brengen

Mr. P.C. Vas Nunes*

18

1 Inleiding

Het College voor de Rechten van de Mens (hierna: ‘het College’) acht zich, op een enkele uitzondering na, niet bevoegd ‘eenzijdig overheidshandelen’ (hierna: ‘EOH’) te toetsen aan de gelijke behandelingswetgeving, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Dit roept vragen op: Wat is EOH? Is het College-standpunt terecht? Vormt dat standpunt een probleem? Om met dat laatste te beginnen, in 2005 verzochtte de voorloper van het College, de Commissie gelijke behandeling (CGB):¹

‘Zij heeft van 1999 tot 2004 vaak moeten vaststellen dat zij niet bevoegd is te oordelen over eenzijdig overheidshandelen, terwijl er behoefte bestaat ook dit soort zaken aan de orde te stellen. De wettelijke scheidslijn tussen wel en niet mogen oordelen is dun en vooral is in de ogen van klagers niet altijd even duidelijk.’

* Mr. P.C. (Peter) Vas Nunes is gepensioneerd advocaat en auteur op het terrein van gelijke behandeling en discriminatie in het arbeidsrecht.

1 ‘Het verschil gemaakt, Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004’, bijlage bij *Kamerstukken II 2004/05*, 28481, nr. 3, ook te raadplegen op mensenrechten.nl/overige_publicaties. Overigens kwam ik na deze verzuchting geen soortgelijke bezwaren van het College tegen. Het past de EOH-doctrine ruim en zonder kritisch commentaar toe. Ook bijvoorbeeld de ‘Inzicht in inclusie’-publicaties van het College (juli 2016, september 2018 en zeer recent februari 2022) zwijgen over de EOH-problematiek.

Een jaar later schreef professor Zoontjens:²

‘De Commissie toetst in aanleg alle handelingen van burgers, maar slechts in beperkte mate het eenzijdig handelen van de overheid. Belangrijke delen van het overheidshandelen blijven zo buiten het gezichtsveld van de Commissie. Is dit terecht, en zo ja, is dit wenselijk? Als de burger wordt aangesproken op zijn onfatsoenlijk of onrechtmatig gedrag moet dit zeker toch ook gelden voor de overheid? De situatie is voor menigeen een steen des aanstoets. De roep uit het veld om de wet hierop aan te passen, is vrij algemeen.’

Dat het College zich niet bevoegd acht EOH te toetsen heeft zeker iets onbevredigends, maar hoe erg is dit gegeven, ‘kwalitatief’ en kwantitatief? Een hartpatiënt wiens rijbewijs in strijd met de WGBH/CZ niet wordt verlengd kan het betrokken CBR-besluit weliswaar niet door het College laten toetsen, maar hij kan wel bezwaar maken tegen het besluit en, in geval het CBR zijn bezwaar afwijst, beroep instellen bij de bestuursrechter (rechtbank, sector bestuur). Nu voelt voor velen het voeren van een procedure bij de bestuursrechter als een hogere drempel dan een gang naar het College, maar echt veel hoger is die drempel niet. Belangrijker is dat bij de bestuursrechter – zo is me door verschillende deskundigen verzekerd – een beroep op het gelijkheidsbeginsel vrijwel kansloos is (al zal daarin misschien na de Toeslagenaffaire en het ‘reflectierapport’ van de Raad

2 P.J.J. Zoontjens: ‘Moet de CGB al het eenzijdige overheidshandelen toetsen?’, Oordelen en commentaar 2006 (te raadplegen op www.mensenrechten.nl/publicaties/2007), par. 4.6.

van State³ verandering komen). De EOH-doctrine snijdt de weg af naar de instantie die het meest geëigend is om besluiten aan de discriminatiewetgeving te toetsen – het College –⁴ en dat is ‘kwalitatief’ een nadeel. Bovendien staat beroep op de bestuursrechter niet open tegen elk doen en nalaten van een overheidsorgaan; het moet gaan om een ‘besluit’ in de zin van de Awb.⁵ Verder geldt bij de bestuursrechter niet de bewijslastverlichting die de gelijkebehandelingswetten voorschrijven, al is dit nadeel beperkt, gelet op de niet-lijdelijkheid van de bestuursrechter. Ook ontbreekt in het bestuursrecht de mogelijkheid die het College heeft om eigener beweging onderzoek te doen.

Hoe groot is het probleem kwantitatief? Het aantal College-oordelen waarin EOH speelt, is gering. Ik tel er sinds 2016 (het jaar waarin het bereik van de WGBH/CZ tot het terrein goederen en diensten werd uitgebreid) niet meer dan tien, waarvan het beroep op EOH in zeven gevallen opging.⁶ Nu zegt dit geringe aantal oordelen niet alles, veel verzoeken om een College-oordeel leiden namelijk niet tot een oordeel. In 2020 verklaarde het College ruim 80 oordeelverzoeken ‘kennelijk ongegrond’ omdat het besluit waartegen de klager opkwam EOH betrof.⁷ In 2021 was het aantal oordeelverzoeken dat op die grond kennelijk ongegrond werd verklaard, zowel in absoluut aantal als verhoudingsgewijs, aanzienlijk groter.⁸ Helaas is niet na te gaan wat er in al deze kennelijk ongegrond verklaarde zaken aan de hand was. Mijn onderstaande bevindingen zijn hierdoor noodgedwongen gebaseerd op een kleine, mogelijk aselechte minderheid van de (potentieel) relevante zaken, wat een vertekend beeld kan opleveren. Dit neemt niet weg dat het aantal oordeelverzoeken die op de EOH-grond strandde de indruk wekt dat men wel lijkt te kunnen spreken van een serieuze lacune in de discriminatiewetgeving.

Deze bijdrage bespreekt achtereenvolgens in paragraaf 2 het gegeven dat eenzijdig overheidshandelen niet is genoemd in de lijsten van terreinen waarop de gelijkebehandelingswetten van toepassing zijn; in paragraaf 3 dat die wetten wel de toegang tot ‘goederen en diensten’ dekken, maar dat de reikwijdte van die begrippen niet precies vaststaat; in paragraaf 4 dat ook niet altijd duidelijk is wanneer onderscheid zich voordoet

‘bij’ het aanbieden van goederen en diensten; in paragraaf 5 wat de ‘EOH-doctrine’ inhoudt; in paragraaf 6 hoe de regering die doctrine heeft onderbouwd; in paragraaf 7 of die doctrine ook onverkort van toepassing is op de aanpasplicht van de WGBH/CZ; en in paragraaf 8 of de EOH-doctrine zich verdraagt met het VN-Verdrag Handicap.

2 Gronden en terreinen

Het discriminatieverbod is beperkt tot (1) de in de wet genoemde non-discriminatiegronden en (2) de in de wet genoemde terreinen. Voor deze bijdrage is vooral van belang de grond handicap en chronische ziekte (‘h/cz’). Binnen deze grond gaat het vooral om de terreinen arbeid,⁹ wonen,¹⁰ onderwijs,¹¹ openbaar vervoer,¹² goederen en diensten¹³ en algemene toegankelijkheid.¹⁴ Op deze terreinen geldt het discriminatieverbod voor eenieder, dus in principe ook voor de overheid.

Ik focus hieronder op het voor deze bijdrage meest relevante terrein goederen/diensten. Het is volgens artikel 5b lid 1 WGBH/CZ (vgl. art. 7 lid 1 AWGB) verboden – in principe ook voor de overheid – h/cz-onderscheid te maken ‘bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake (...) indien dit geschiedt (...) door de openbare dienst; door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs (...)’. Wanneer ik het hieronder korthedshalve heb over ‘het aanbieden etc. van een goed of dienst’ doel ik op deze bepaling.

De WGBH/CZ bevat geen verbod op terreinen die niet in de wet zijn genoemd. Denk hierbij aan zaken als vergunning- en subsidieverlening, wetshandhaving, zorg- en sociale verzekering, bijstand, diploma’s, en dergelijke. Dit zijn allemaal eenzijdige besluiten of acties van een overheidsorgaan die niet vallen binnen een van de zojuist genoemde terreinen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat in 1994 tot de AWGB leidde, werd een poging gedaan dit soort overheidshandelen onder het bereik van die wet te brengen. Een amendement wilde onderscheid ook verbieden ‘bij het nemen van besluiten en het verrichten van andere handelingen dan die bedoeld in artikelen 5 [arbeid, PCVN] en 7 [goederen en diensten, PCVN], behoudens voor zover het onderscheid een noodzakelijk gevolg is van de toepassing van een wet’. Het amendement haalde het niet.¹⁵

3 ‘Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken’, Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, november 2021.

4 Hier staat weer tegenover dat het College niet kan toetsen aan verdragen, wat de bestuursrechter wel kan.

5 Zo staat geen beroep open tegen (1) de wijze waarop een besluit wordt uitgevoerd of (2) feitelijk handelen van de overheid.

6 EOH: CRM 2017-78, 2019-45/46/47, 2020-30, 2021-88/89; geen EOH: CRM 2017-127, 2018-72, 2021-34.

7 Volgens de Monitor Discriminatiezaken 2020 (zie mensenrechten.nl) werden in 2020 in totaal 503 verzoeken om een oordeel ingediend, waarvan 166 (33%) kennelijk ongegrond werden verklaard, waarvan 52% vanwege EOH.

8 Volgens het jaarverslag van het College over 2021 (zie mensenrechten.nl) werden in dat jaar 739 oordeelverzoeken ontvangen, waarvan 293 (42%) kennelijk ongegrond werden verklaard, waarvan de ‘grote meerderheid’ vanwege EOH. Hieruit maak ik op dat zeker zo’n 150 verzoeken EOH betroffen.

9 Art. 4, ingevoerd bij de totstandkoming van de AWGB in 2003.

10 Art. 3a, toegevoegd in 2009.

11 Art. 5b lid 1 onder c, toegevoegd in 2009 (huidige redactie: 2016).

12 Art. 7 en 8, toegevoegd in 2012.

13 Art. 5b, toegevoegd in 2016. NB: de AWGB bevatte al vanaf de aanvang in 1994 een verbod van onderscheid m.b.t. goederen en diensten.

14 Art. 2a, toegevoegd in 2017.

15 De argumentatie van minister Dales was m.i. niet sterk. Zie *Handelingen II 1992/93* (11 februari 1993), p. 48-353-3595. De minister las het amen-

3 Goed/dienst

Zoals gezegd, het aanbieden van goederen en diensten is een van de in de wet genoemde terreinen waarop niet mag worden gediscrimineerd. Wanneer is sprake van een goed of dienst? De memorie van toelichting bij het AWGB-wetsvoorstel uit 1993 helpt ons niet veel verder:¹⁶

‘Artikel 7 bevat geen beperkingen met betrekking tot de aard van de aan te bieden goederen of diensten (...). Het onderhavige verbod van onderscheid beslaat uiteenlopende terreinen van het maatschappelijk leven en kan derhalve op zeer verschillende situaties van toepassing zijn.’

Het lijkt me dat geen sprake is van een goed of dienst wanneer het gaat om zaken als het (niet) verlenen van een vergunning, subsidie, of uitkering, het (niet) accepteren van een fiscale aftrekpost, het uitvoeren van een gevangenisstraf, en dergelijke. Maar hoe zit het bijvoorbeeld met het verstrekken van een paspoort of het afnemen van een examen? In de drie zaken waar dit aan de orde was,¹⁷ overweegt het College eerst: onderscheid op een non-discriminatiegrond is verboden bij het aanbieden van goederen en diensten, om vervolgens te oordelen: vanwege het EOH-leerstuk (zie hierna) zijn we niet bevoegd. Daarmee lijkt het College, zij het slechts impliciet, te vinden dat het verstrekken van een paspoort en het afnemen van een examen diensten zijn. Ook het uitkeren van een vergoeding kan een dienst zijn; zo viel het besluit van een zorgverzekeraar om een bepaalde behandeling niet te vergoeden onder de reikwijdte van het terrein goed/dienst.¹⁸ Het College lijkt zelfs het factureren van aanslagen (i.c. waterschapsheffingen) als een dienst te zien.¹⁹ In een zaak betreffende opvang in een AZC overwoog het College over het verbod om onderscheid te maken bij het aanbieden van goederen en diensten, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de AWGB:²⁰

‘Het bedoelde verbod is ruim geformuleerd (...). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het aanbieden van

dement zo, dat het ‘geen ruimte laat voor objectief gerechtvaardigd onderscheid’, en dat het daarmee het bereik van de AWGB ruimer zou maken dan art. 1 GW, terwijl dat – naar zij moet hebben begrepen – niet de bedoeling van mevrouw Groenman was. Na enig heen-en-weer debatteren merkte de minister op: ‘De bezwaren zijn nog technisch op te lossen, maar ik betoog ook dat er geen noodzaak is.’ Groenman: ‘Waarom niet?’ Dales, die een debat op dit punt uit de weg lijkt te zijn gegaan, maakte de gedachtewisseling af met de onjuiste doodoener: ‘Dat heb ik gezegd.’ Wellicht had Groenman haar amendement voorzichtiger moeten formuleren.

16 *Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. 3, p. 20.*

17 CRM 2016-91 (paspoort); CRM 2017-78 (examen); CRM 2018-72 (examen).

18 18 Zie CGB 2002-195 (zie punt 5.3); CGB 2004-73. Vermoedelijk is hier de niet-vergoede behandeling die dienst waar het om gaat, niet het (niet-) betalen. NB: Ook als het CGB-oordelen betreft, wordt in de tekst de term ‘College’ gehanteerd.

19 CGB 2008-71 (waterschapsheffingen). De ‘dienst’ was in dit geval wellicht het malen van de polder of iets dergelijks, niet het factureren.

20 CGB 2003-148 (AZC).

goederen en diensten niet noodzakelijkerwijs in het kader van een overeenkomst behoeft te geschieden (...). Het is niet uitgesloten dat bepaalde feitelijke overheidshandelingen of ook publiekrechtelijke rechtshandelingen onder artikel 7 AWGB vallen, indien zij het karakter hebben van het aanbieden van goederen en diensten.’

Enigszins cryptisch is de overweging van het College in de paspoortzaak:

‘De toegang tot een (gemeente)gebouw is geen goed of dienst. Denkbaar is wel dat het ontzeggen van de toegang tot een gebouw tot gevolg heeft dat iemand wordt uitgesloten van een bepaalde dienst die binnen de reikwijdte van de AWGB valt, zoals een dienst die de gemeente aanbiedt in het kader van culturele of sportvoorzieningen.’

Opvallend vind ik ook de overweging in een van de examenzaken: ‘Nu de door verzoekster gevraagde aanpassing de inhoud van de exameneisen raakt, heeft deze geen betrekking op het aanbieden van een dienst, als bedoeld in artikel 5b WGBH/CZ.’ Dit alles duidt op een vrij ruime opvatting van het begrip goed/dienst.

Concluderend vind ik in de oordelen van het College geen duidelijk en algemeen toepasbaar antwoord op de vraag wanneer (nog net) wel en wanneer (net) niet sprake is van het aanbieden enzovoort van een goed of dienst. Dit heeft denk ik te maken met het feit dat het College het bereik van artikel 7 AWGB / artikel 5b WGBH/CZ beperkt tot ‘handelingen van privaatrechtelijke aard’, waarbij de overheid ‘op gelijke wijze als een particulier deelneemt aan het rechtsverkeer’.²¹ In sommige College-oordelen lijkt het alsof het College met betrekking tot deze beperking redeneert: de betrokken overheidsdienst is niet een dienst in de zin van de wet, in andere oordelen redeneert het College: de dienst is weliswaar een dienst als bedoeld in de wet, maar is vanwege de EOH-doctrine (zie hierna) uitgezonderd van de reikwijdte van artikel 7 AWGB / artikel 5b WGBH/CZ. Praktisch gesproken komt het op hetzelfde neer.

4 Handelen ‘bij’

De AWGB en de WGBH/CZ formuleren het discriminatieverbod zo: ‘onderscheid is verboden *bij* ...’ (arbeid, wonen, onderwijs, ov, goederen/diensten, etc.). Wanneer is sprake van handelen ‘bij’ een van de genoemde terreinen? Voor zover het gaat om het voor deze bijdrage belangrijkste terrein goederen en diensten, was de regering beducht voor ‘extensieve interpretatie’.²² Toch lijkt het College soms bereid extensief te interpreteren. Om

21 *Kamerstukken II 2002/03, 28770, nr. 5, p. 29.*

22 Bijlage bij *Kamerstukken II 2001/02, 28481, nr. 1* (evaluatie AWGB 1994-2000) p. 17 (‘Een uitbreiding tot eenzijdige, publiekrechtelijke handelingen van de overheid door middel van een extensieve interpretatie van het begrip diensten is niet juist ...’).

‘bij’ een terrein te behoren hoeft een goed of dienst niet op dat terrein, voldoende is dat het goed of de dienst min of meer direct *verband houdt met* dat terrein. Zo oordeelde het College dat een besluit van het UWV (toen nog: CWI) om al dan niet een ontslagvergunning af te geven een besluit is waarbij dit bestuursorgaan onderscheid maakt ‘bij’ het beëindigen van een arbeidsverhouding, ‘aangezien het verlenen van een ontslagvergunning een (...) belangrijk en zelfstandig onderdeel uitmaakt van de procedure tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst’.²³

5 De EOH-doctrine

EOH houdt in dat, zelfs wanneer vaststaat dat zich onderscheid voordoet op een verboden discriminatiegrond bij het aanbieden van goederen of diensten, dus wanneer voldaan is aan de eisen van de wetstekst, het College zich toch niet bevoegd acht wanneer het gaat om eenzijdig overheidshandelen. Dit roept de vraag op wat eenzijdig overheidshandelen precies is. De term omvat drie elementen:

- *overheidshandelen*,
- *overheidshandelen*,
- eenzijdig.

Welke instanties vallen onder ‘overheid’? Dit begrip dekt, zo dunkt me, in ieder geval alle ‘bestuursorganen’ als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Nu is het niet altijd duidelijk of een instantie valt aan te merken als bestuursorgaan. Ter illustratie geeft Zoon-tjens twee voorbeelden:²⁴ (1) een stichting die krachtens de Auteurswet is belast met het innen en verdelen van thuishopievergoedingen – een publiekrechtelijke taak – is volgens de bestuursrechter geen overheidsinstantie; (2) een garage die apk-keuringen verricht is dat wel.

Ook de term ‘handelen’ blinkt niet uit in scherp-te. Het handelen van de overheid kan tal van vormen aannemen. Het kan bestaan uit het *uitvaardigen* van algemene, dat wil zeggen voor in principe iedereen geldende, regels (‘algemeen verbindende voorschriften’ of ‘avv’), het kan bestaan uit het *uitvoeren en/of toepassen* van die regels, en het kan bestaan uit wat men wel noemt ‘feitelijk handelen’. Ik kom hier straks op terug. De vraag naar de betekenis van ‘handelen’ wordt extra gecompliceerd doordat de WGBH/CZ in zekere zin ook nalaten als een soort van handelen ziet. De normadressaat die ten onrechte nalaat een aanpassing te treffen discrimineert.

Wanneer handelt de overheid ‘eenzijdig’? Een flauw antwoord zou zijn: als het handelen niet twee- of meerzijdig is. Het ligt minder eenvoudig. Wanneer een ziekenfonds een prestatie weigert omdat de wet geen recht op die prestatie geeft, is sprake van een eenzijdige ‘subsi-

diebeschikking’, aldus het College (CGB 2002-195), maar wanneer een ziekenfonds uitkering weigert op een aanvullende polis is er een ‘zelfstandig recht op vergoeding’ op basis van een tweezijdige verzekeringsovereenkomst (CGB 2004-73). Het is de al dan niet ‘publiekrechtelijke bron van het handelen die bepaalt of dat handelen een- of tweezijdig is. Handelt een bestuursorgaan als wetsuitvoerder of als marktpartij? Vaak treft men in College-oordelen teksten aan als: ‘Van een eenzijdige overheidshandeling is sprake wanneer een openbare dienst eenzijdig uitvoering geeft aan een publiekrechtelijke taak.’²⁵ De tegenhanger van het uitvoeren van een publiekrechtelijke taak is een handelen van ‘privaatrechtelijke aard’²⁶ of handelen in het ‘zakelijke goederen en dienstenverkeer’.²⁷ Een aardig voorbeeld is de zaak van de gemeente die weigerde een sociale koopwoning aan een alleenstaande toe te wijzen, waarbij het College overwoog ‘dat in dit geval sprake is van transacties waarbij de marktwerking uitermate gering is. Dat evenwel heeft niet tot gevolg dat de onderhavige transacties gerekend moeten worden tot eenzijdig publiekrechtelijk overheidshandelen.’²⁸

Zoontjens onderscheidt drie categorieën van EOH:

- overheidshandelen waarbij het gaat om het *vaststellen* van avv;
- besluiten en beschikkingen,²⁹ hierbij gaat het om het *uitvoeren/toepassen* van avv;
- feitelijk overheidshandelen.

Afgezien van de grond ras (zie hierna) is wetgeving als zodanig zo goed als³⁰ uitgezonderd van toetsing aan het discriminatieverbod. Dit geldt ook voor lagere wetgeving, waarbij men kan denken aan zaken als ministeriële regelingen, concessievoorwaarden, gemeentelijke verbodsbepalingen, een CBR-examenreglement, of een regeling van het UWV of het RIVM. Het toetsverbod geldt voor de bestuursrechter³¹ en al helemaal voor het College.

Dat de rechter en het College in beginsel niet bevoegd zijn wetgeving aan het discriminatieverbod te toetsen is begrijpelijk. Wetten zijn een uitdrukking van de volkswil. Zij zijn ‘democratisch gelegitimeerd’. Dit is het duidelijkst bij wetten in formele zin en verordeningen van provincies, gemeenten en andere gekozen instanties,

23 CGB 2005-1.

24 P.J.J. Zoon-tjens: ‘Moet de CGB al het eenzijdige overheidshandelen toetsen?’, bijdrage in Oordelen en commentaar 2006 (zie mensenrechten.nl), p. 293.

25 CRM 2021-88. Het CRM verwijst voor zijn omschrijving van het begrip EOH ten onrechte naar het hieronder aangehaalde verworpen amendement-Groenman (*Kamerstukken II 1992/93*, 22014, nr. 29).

26 Voorbeeld: CGB 2009-107.

27 Voorbeelden: CGB 1998-84, 2002-42 en 2004-72.

28 CGB 2002-42.

29 Een besluit is een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling (art. 1:3 lid 1 Awb). Een beschikking is een species van een besluit, te weten een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan (lid 2).

30 Zoontjens formuleert voorzichtiger: de rechtsmacht van het College ten aanzien de toetsing van de inhoud van wetten moet ‘zo beperkt mogelijk worden uitgelegd’ (Oordelen en commentaar 2006 p. 299).

31 Art. 8:3 lid 1 Awb sluit beroep tegen een avv of beleidsregel uit. Ik laat het buiten toepassing laten van avv-bepalingen wegens strijd met rechtstreeks werkende internationale verdragen en EU-wetgeving buiten beschouwing.

maar ook gedelegeerde wetgeving wordt geacht de wil van het volk te vertegenwoordigen. Toch heeft de niet-toetsbaarheid van met name zulke lagere regelgeving iets onbevredigends. Stel – om een fictief voorbeeld te nemen – dat het UWV op basis van een wettelijke delegatiebepaling een regeling vaststelt, inhoudende dat werknemers met een bepaalde beperking, zoals chronische vermoeidheid of long covid, niet in aanmerking komen voor een IVA-uitkering. Die regeling zou een avv zijn. Is het redelijk dat hij niet aan de WGBH/CZ getoetst zou kunnen worden?

Het ‘democratische legitimatie’-argument gaat in mindere mate op voor het uitvoeren en toepassen van wetgeving in de vorm van beleidsregels en besluiten, en in nog mindere mate voor ‘feitelijk handelen’ van de overheid. Toch meent het College dat het ook deze vormen van overheidshandelen in beginsel niet aan de GB-wetgeving kan toetsen.

6 Ratio

De EOH-doctrine staat nergens met zoveel woorden in de wet. Zij berust op de bedoeling van de AWGB-wetgever om overheidshandelingen enkel onder het bereik van de wet te laten vallen ‘voor zover de overheid op gelijke wijze als een particulier deelneemt aan het rechtsverkeer’. Dit citaat komt uit de wetsgeschiedenis van de Implementatiewet AWGB.³² De formulering van de doctrine varieert in de vele wetgevingsstukken, zo ook de formulering van de onderbouwing ervan, ofwel de ratio van de doctrine. Ik identificeerde vier argumenten, waarbij de wetgever het accent soms op het ene, dan weer op het andere legde:

- de overheid discrimineert toch niet; zij is immers gehouden aan artikel 1 van de Grondwet;
- de burger die het oneens is met een eenzijdige overheidshandeling (niet zijnde een daad van wetgeving) kan daartegen bezwaar maken en in beroep gaan, zoals geregeld in de Awb;
- overheidshandelen is democratisch gelegitimeerd;
- het College weegt het algemeen belang niet mee, dit in tegenstelling tot de bestuursrechter.

Geen van deze argumenten overtuigt. Dat de overheid nooit zou discrimineren: we weten inmiddels wel beter. Bovendien: als de overheid toch nooit discrimineert, wat is dan het bezwaar om dit (nog eens) in de wet vast te leggen? Dat de Awb openstaat: zie hierboven de inleiding: de College-procedure heeft voordelen boven die van de bestuursrechter. Dat overheidshandelen democratisch gelegitimeerd is: dit was blijkbaar geen argument tegen invoering van de Awb. Dat het College het algemeen belang niet meeweegt: dit argument spreekt me (enigszins) aan. De regering verwoordde het ooit zo:³³

32 *Kamerstukken II 2002/03, 28770, nr. 5, p. 29.*

33 Brief minister Ter Horst 19 december 2008, *Kamerstukken II 2008/09, 28481, nr. 5, p. 6.*

‘Een tweede argument om niet uit te breiden is dat de AWGB niet primair de rechtsverhouding tussen burger en overheid regelt, maar het privaatrechtelijke rechtsverkeer tussen burgers onderling of tussen burgers en de overheid. Normering van eenzijdig overheidshandelen past niet goed binnen dit kader, omdat eenzijdig overheidshandelen een andere afweging vergt dan handelen in een civiele rechtsverhouding. Bij eenzijdig overheidshandelen dient rekening te worden gehouden met het algemeen belang. Dit algemeen belang is niet in de afwegingskaders van de AWGB opgenomen.’

Wanneer het College *direct* onderscheid op een van de wettelijk geregelde non-discriminatiegronden (afgezien van leeftijd, contractomvang en contractsoort) vaststelt, en geen van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is, dan *moet* het oordelen dat gehandeld is in strijd met de wet, hoezeer een beroep zou kunnen worden gedaan op het algemeen belang.

Een argument dat naar mijn weten niet met zoveel woorden in de wetsgeschiedenis is genoemd, maar wel tot uitdrukking komt in sommige College-oordelen, is dat een wettelijke regeling soms geen beleidsruimte laat aan het betrokken bestuursorgaan om anders te beslissen dan het deed. Als het College de beslissing zou toetsen zou het in feite de wettelijke regeling zelf toetsen, iets wat zelfs de rechter (behoudens *direct* werkende verdragen) niet mag doen.

Samenvattend: de EOH-doctrine is in de wetgevingsgeschiedenis wisselend en niet steeds voldoende overtuigend gemotiveerd, maar er valt wel iets voor te zeggen. De vraag is of die doctrine, zoals toegepast door het College, niet verder gaat dan noodzakelijk. Om dit te onderwerpen zou wellicht denkbaar zijn dat de wetgever de AWGB en/of de WGBH/CZ uitbreidt met een beperkt en/of geclausuleerd verbod op eenzijdig overheidshandelen.³⁴ Ik denk aan de optie om *direct* h/cz-onderscheid objectief te rechtvaardigen met een beroep op het algemeen belang, al dan niet met onderscheid tussen situaties waar het betrokken overheidsorgaan wel/niet beleidsruimte heeft.

7 Aanpasplicht

Een aparte categorie College-oordelen over EOH betreft het nalaten van een bestuursorgaan een doeltreffende aanpassing te verrichten. Een voorbeeld is de zaak van de wc-loze treinen (CRM 2019-45/46/47). De treinen van Arriva op het traject Arnhem–Winterswijk hadden geen wc aan boord. Twee continentiebepaalde dames stellen dat Arriva ze op grond van hun beperking discrimineer-

34 Zie C.A. Groenendijk & A. Kruijt: ‘Algemene wet gelijke behandeling ook van toepassing op handelen van de overheid’, 18 mei 2022. Zij doen de suggestie een nieuw art. 1b AWGB in te voeren, waarvan lid 1 zou moeten luiden: ‘Deze wet is ook van toepassing op eenzijdige handelingen van bestuursorganen en van personen werkzaam binnen die organen.’

de. Het College stelt vast dat Arriva voldoet aan de concessievoorwaarden van de provincie. Weliswaar heeft zij desondanks een plicht om zo nodig doeltreffende aanpassingen te verrichten, maar die plicht is geconcretiseerd in het Besluit toegankelijkheid van het openbaar vervoer, en dat besluit legt geen verplichting op om treinen van een wc te voorzien. Arriva maakt dus geen onderscheid. Het werkelijke probleem is dat de Staat en de provincie geen wc-vereiste hebben opgenomen in respectievelijk het Besluit en de concessievoorwaarden. Dit probleem valt buiten het bereik van de WGBH/CZ, want het College is ‘op grond van de wet’ niet bevoegd overheidshandelen als hier aan de orde te toetsen. Nu hadden de verzoeksters in deze zaak zich, behalve op onderscheid op grond van hun beperking, ook beroepen op schending van artikel 2a WGBH/CZ. Op grond van deze bepaling rustte op Arriva de verplichting om, behoudens onevenredige belasting, ‘tenminste geleidelijk’ te zorgen voor ‘de algemene toegankelijkheid’. Ten aanzien van deze grondslag had het College wellicht ook kunnen redeneren: de algemene toegankelijkheidseisen die de wet aan vervoerders als Arriva stelt zijn uitputtend in de wet geregeld, en het College is gehouden de wet toe te passen. Dit doet het College echter niet; het oordeelt dat het aanbrengen van wc’s onevenredig belastend voor Arriva zou zijn. Vanwaar het verschil in benadering tussen de beoordeling van de ‘onderscheid-claim’ en de ‘toegankelijkheid-claim’? Ik had me kunnen voorstellen dat het College ook ten aanzien van de onderscheid-claim de ‘onevenredige belasting’-kaart had getrokken.

8 Slotopmerking

De WGBH/CZ moet worden uitgelegd in overeenstemming met het VN-Verdrag Handicap. De bewoordingen van dit verdrag zijn weinig concreet, waardoor het moeilijk is te zeggen (1) of onze WGBH/CZ aan het verdrag voldoet³⁵ en (2) of het verdrag, geheel of gedeeltelijk, rechtstreeks werkt.³⁶ Misschien bepleit ooit iemand, die dankzij de EOH-doctrine bot ving bij het College, bij de bestuursrechter dat de Nederlandse wet op dit punt strijdig is met het verdrag. Dat zou duidelijkheid kunnen brengen.

Gelijktijdig met dat verdrag nam de VN een ‘Optional Protocol’ aan, in de vertaling: facultatief protocol.³⁷ Artikel 1 van dat protocol bepaalt dat individuen en organisaties een klacht over schending van het verdrag kunnen indienen bij het Comité voor de Rechten van Personen met een Handicap (‘het VN-Comité’). Ingevol-

ge artikel 6 kan het VN-Comité een staat uitnodigen mee te werken aan een onderzoek. Een kleine honderd staten, waaronder 22 EU-lidstaten, hebben het protocol geratificeerd. Ondanks adviezen van het CRM³⁸ heeft Nederland het protocol (nog) niet ondertekend. De reden lijkt mede³⁹ te maken te hebben met zorg over ‘de mogelijke financiële en juridische gevolgen van ratificatie’.⁴⁰ Spreekt uit deze zorg dat onze regering niet geheel overtuigd is dat de WGBH/CZ verdragsconform is? Ratificatie van het protocol zou de weg vrijmaken voor toetsing door een onafhankelijk orgaan van de EOH-doctrine. Ik vraag me af of die doctrine de toetsing zou overleven.

35 Ik heb art. 4 lid 1 onder a en e, art. 5 lid 2 en art. 33 lid 2 WGBH/CZ op het oog.

36 De Raad van State meende destijds dat art. 5 lid 3 van het verdrag, over aanpasplicht, ondanks de vaagheid van die bepaling, mogelijk rechtstreeks en horizontaal werkt. De regering bestreed dit, maar erkende wel dat sommige andere verdragsbepalingen rechtstreeks werken. Zie onder andere kamerstuk 33 992 nr. 3 p. 25/26.

37 In werking op 3 mei 2008.

38 Advies 2013/07 van 26 augustus 2013 en ongenummerd Advies van 25 september 2014.

39 Het andere argument heeft te maken met twijfel over het functioneren van VN-verdragscomités.

40 Zie advies Raad van State genoemd in brief minister Blok 13 maart 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 33826, nr. 27 over voorstel goedkeuringswet Facultatief Protocol bij IVESCR. Evenals recent advies Raad van State in brief minister Helder 14 juli 2022 (voorlichting facultatieve protocollen, o.a. vraag 3 en 6) 3396416-1032296-WJZ.