

## **ALGEMENE WET GELIJKE BEHANDELING ook van toepassing op handelen van de overheid**

*Kees Groenendijk en Arriën Kruyt*

### **1. Toeslagenaffaire**

De toeslagenaffaire heeft duidelijk gemaakt dat de Belastingdienst in de afgelopen jaren systematisch Nederlanders uit immigrantengroepen op grond van hun dubbele nationaliteit, hun achternaam, hun godsdienst of bij giften aan moskeeën aan een strenger onderzoek dan andere Nederlanders heeft onderworpen of hen geplaatst heeft op een zwarte lijst van fraudeurs zonder dat onderzocht was of zij daadwerkelijk hadden gefraudeerd. Het zonder gegronde reden negatief behandelen van mensen op grond van een groepskenmerk is een schoolvoorbeeld van discriminatie en is in strijd met artikel 1 van de Grondwet. De discriminatie deed zich niet alleen voor bij de kinderopvangtoeslag maar ook bij de uitvoering van de Wet op inkomstenbelasting. Het gevolg van het plaatsen op een zwarte lijst van fraudeurs leidde ertoe dat de slachtoffers niet in aanmerking kwamen voor schuldsanering en dat zij ook door sociale diensten gezien werden als fraudeurs.

Het verbod op discriminatie in artikel 1 Grondwet luidt: *“Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.”* Deze bepaling beoogt in de eerste plaats burgers te beschermen tegen discriminatie door overheidsinstanties.

### **2. Beperkte toepassing van de AWGB op handelen van de overheid**

Bij de invoering van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in 1994 is het discriminatieverbod uitgebreid naar handelingen van burgers, particuliere organisaties en bedrijven. In de AWGB werd het algemene verbod op discriminatie van art. 1 Grondwet voor die relaties nader uitgewerkt. Slachtoffers van discriminatie konden zich wenden tot de Commissie Gelijke Behandeling, tegenwoordig tot het College voor de Rechten van de Mens met een verzoek om onderzoek te doen.

Op de overheid is de AWGB echter alleen van toepassing als overheidsinstanties goederen of diensten aanbieden of als een overheidsinstantie als werkgever of verhuurder optreedt. Verder verbiedt de AWGB sinds 2004, ter uitvoering van de EU-richtlijn tegen rassendiscriminatie, ook onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming. Dat verbod geldt ook voor de sociale zekerheid en sociale voordelen.<sup>1</sup> Op andere vormen van eenzijdig overheidshandelen is de AWGB niet van toepassing. In de meeste gevallen valt het handelen van de overheid niet onder de AWGB en is het College voor de Rechten van de Mens niet bevoegd om op verzoek van benadeelde burgers een onderzoek in te stellen.<sup>2</sup>

---

1 Art. 7a AWGB ter omzetting van [Richtlijn 2000/43/EG](#) houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming<sup>119</sup>, zie [Stb 2004, 119](#).  
2 Zie bijvoorbeeld [CRM 29 augustus 2016, oordeel 2016-91](#) (ophalen paspoort bij gemeente).

### 3. Voorgeschiedenis

De wetgever heeft in dertig jaar geleden voor die beperking van de reikwijdte van de AWGB gekozen. Het Kamerlid Groenman van D66 diende in 1993 een amendement in om de AWGB volledig op het handelen van de overheid van toepassing te laten zijn.<sup>3</sup> Minister Dales zei positief te staan tegenover de achterliggende gedachte maar noemde het amendement overbodig omdat het beoogde verbod al in artikel 1 van de Grondwet stond. Het amendement werd ontraden en ingetrokken na een vlammend betoog van de minister:

*“Bij dit alles wil ik uitdrukkelijk stellen dat ik de onderliggende gedachte, het verbieden van discriminatie door de overheid in al haar handelen en hoedanigheden, onderschrijf. Geen haar op mijn hoofd die eraan denkt om voor de overheid een uitzondering te willen. Ik meen echter dat dit in artikel 1 van de Grondwet al klip en klaar en zonder enige uitzondering wordt bepaald.”*<sup>4</sup>

Bij de raadpleging na de eerste evaluatie van de AWGB in 2002 bleek dat alle geraadpleegde Ngo's er voorstander van waren dat eenzijdig overheidshandelen ook onder het bereik van de AWGB zou worden gebracht.<sup>5</sup> De Commissie gelijke behandeling heeft bij herhaling gewezen op de onduidelijke afgrenzing van het overheidshandelen waarop de AWGB wel of juist niet van toepassing is.<sup>6</sup> Bij de wetsevaluatie van 2006 kwam de vraag weer aan de orde.<sup>7</sup> Het kabinet Balkenende IV beantwoordde de vraag of de AWGB ook op eenzijdig overheids-handelen kon worden toegepast bij monde van de Minister van Binnenlandse Zaken echter opnieuw ontkennend.

### 4. De contra-argumenten

In 2008 werden door het kabinet twee argumenten aangevoerd om overheidshandelen buiten de werking van de AWGB te houden. Het eerste argument was dat:

*“normering van eenzijdig overheidshandelen niet goed past 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.”*<sup>8</sup>

Ten tweede zouden er al voldoende bepalingen zijn waarop een beroep gedaan kan worden als er sprake is van discriminatie bij eenzijdig overheidshandelen. Verwezen werd naar art. 1

---

3 [TK 22014, nr. 29.](#)

4 [Hand TK 11 februari 1993](#), p. 3594.

5 [TK 2001-2002, 28481, nr. 1](#), p. 17

6 [Commissie gelijke behandeling 2005](#), p. 53-55.

7 Zie voor een uitvoerige bespreking van de wenselijkheid van de uitbreiding tot alle of bepaalde soorten overheidshandelen P.J.J. Zoontjes, De uitzondering inzake 'eenzijdig overheidshandelen', in [M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjes, Gelijke behandeling: principes en praktijken, Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling, Nijmegen 2006](#) (Wolf), p. 117-174.

8 [TK 2008-2009, 28481, nr. 5](#), p. 6.

Grondwet, art. 26 Internationaal Verdrag Burgerlijke en Politieke Rechten, art. 14 Europees Verdrag Rechten van de Mens (EVRM), het EVRM-Protocol no. 12, de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van bestuur.

Het eerste argument is niet overtuigend. Het algemeen belang is in art. 1 Grondwet noch in de genoemde verdragsbepalingen als een grond voor uitzondering op het discriminatieverbod opgenomen. Wel zal een onderscheid of ongelijke behandeling in sommige situaties kunnen worden gerechtvaardigd. Afhankelijk van de grond waarop het onderscheid wordt gemaakt zijn de eisen die aan die rechtvaardiging worden gesteld verschillend. Zo oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over het discriminatieverbod van art. 14 EVRM dat onderscheid op grond van ras in een democratische samenleving zelden of nooit is gerechtvaardigd.<sup>9</sup> Ook het verbod op onderscheid naar ras of etnische herkomst door de overheid in de artikelen 1 en 2 van het VN-Verdrag tegen rassendiscriminatie maakt geen uitzondering voor overheidshandelen dat door het algemeen belang zou zijn gerechtvaardigd. Datzelfde geldt ook voor het VN-Verdrag tegen discriminatie van vrouwen. Het algemeen belang is een zo weinig bepaald begrip dat via die weg in feite het discriminatieverbod voor de overheid volledig kan worden uitgehold. Indien noodzakelijk kunnen uiteraard extra afwegingskaders in de AWGB worden opgenomen.

Het tweede argument van het kabinet Balkende IV, dat er al voldoende normering is, kan nu niet meer serieus worden aangevoerd. Het jarenlange discriminatoire handelen van de Belastingdienst bij de uitvoering van Kinderopvangtoeslagenwet en andere wettelijke regelingen heeft duidelijk gemaakt dat het algemene discriminatieverbod in art. 1 Grondwet en in genoemde verdragen in de praktijk onvoldoende duidelijkheid schept voor de betrokken ambtenaren. Die bepalingen konden de discriminatoire procedures en het discriminatoir handelen van functionarissen binnen die dienst niet voorkomen. Bovendien bood dat algemene kader onvoldoende steun aan burgers die zijn benadeeld door discriminatoir optreden van overheidsorganen.

Er was, naast het hardnekkige doorvragen van enkele vasthoudende Kamerleden, veel en langdurig onderzoek door de Nationale Ombudsman, de Autoriteit Persoonsgegevens, het Openbaar Ministerie en door de overheid ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus nodig om de betreffende discriminatoire handelingen van de Belastingdienst boven tafel te krijgen. Voor de burgers die het slachtoffer waren van deze discriminatie bleek het onmogelijk om de discriminatie in hun eigen geval aan te tonen.

## **5. Na de toeslagenaffaire**

De toeslagenaffaire heeft duidelijk gemaakt dat de overtuiging van Minister Dales dat de overheid zich niet aan discriminatie schuldig maakt lang niet altijd overeenkomt met werkelijkheid van de uitvoeringspraktijk.

---

9 EHRM 13 december 2005, 55762/00 en 55974/00, punt 56-58 ([Timishev/Rusland](#)) en EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10 ([Biao/Denemarken](#)).

Het feit dat tegenwoordig ruim een kwart van de Nederlandse bevolking uit immigranten of uit in Nederland geboren kinderen van immigranten bestaat, maakt het dringend gewenst dat de algemene norm van art. 1 Grondwet voor overheidsinstanties en voor ambtenaren in de AWGB wordt gepreciseerd.

De toename van uitwisseling van gegevens en de toepassing van algoritmes en kunstmatige intelligentie heeft de kans op discriminatie op in de AWGB verboden gronden doen toenemen.<sup>10</sup>

Een duidelijk gespecificeerde wettelijke norm, dat ook de overheid alleen onderscheid op de in art. 1 AWGB genoemde gronden mag maken als daarvoor een wettelijke grondslag is, kan ertoe bijdragen dat niet opnieuw onschuldige burgers door de overheid worden gediscrimineerd. Vastlegging van die norm in de AWGB specificeert wat het verbod van art. 1 Grondwet betekent voor het handelen van de overheid. Op deze manier wordt aangesloten bij de definities en methodiek van de AWGB. De bestaande procedures, de regels over bewijsrecht en de rol van het College voor de Rechten van de Mens bij handhaving worden dan ook van toepassing op klachten over handelingen van de overheid.

## **6. Voorgestelde nieuwe bepaling in de AWGB**

### **Artikel 1b**

- 1. Deze wet is ook van toepassing op eenzijdige handelingen van bestuursorganen en van personen werkzaam binnen die organen.**
- 2. Onder bestuursorgaan als bedoeld in het eerste lid wordt verstaan bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht.**
- 3. Het eerste lid is niet van toepassing**
  - a. op besluiten tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften;**
  - b. als het onderscheid is gebaseerd op een wettelijk voorschrift dat het onderscheid uitdrukkelijk voorschrijft of toelaat.**

Toelichting

#### *Artikel 1b, lid 1*

De voorgestelde uitbreiding van de werkingssfeer van de AWGB tot eenzijdige overheidshandelingen in het eerste lid wordt beperkt doordat de algemene uitzonderingen van art. 2 AWGB. Ook de bijzondere uitzonderingen van de art. 5, lid 2a t/m 6 AWGB zijn van toepassing in de situaties bedoeld in het voorgestelde eerste lid. Zo kunnen gevallen waarin onderscheid ter bescherming van de vrouw, onderscheid in “gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn” of onderscheid op grond van nationaliteit wel is toegelaten bij algemene maatregel van bestuur buiten het verbod van artikel 1b, lid 1 worden gebracht. Die bepaling zal immers ook gelden voor het eenzijdig overheidshandelen. Zo kan bij AMvB worden omschreven in welke bijzondere omstandigheden bijvoorbeeld het kenmerk nationaliteit wel een rol kan spelen bijvoorbeeld

---

10 Zie het rapport van de Algemene Rekenkamer, “[Aandacht voor Algoritmes](#)” uit 2021.

in de opsporing of bij fraudebestrijding of gebruikt kan worden bij het opsporen van mogelijke discriminatie als gevolg van door gemeenten, belastingdienst of politie gebruikte algoritmen.<sup>11</sup>

#### *Artikel 1b, lid 2*

In het tweede lid wordt voor de omschrijving van de betrokken overheidsorganen en dus voor de afgrenzing van deze uitbreiding aangesloten bij de omschrijving in art. 1:1 AWB.

#### *Artikel 1b, lid 3*

In het voorgestelde derde lid wordt de werking van het eerste lid op twee manieren beperkt.

Ten eerste blijven besluiten waarbij wetten, algemene maatregelen van bestuur en andere algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld buiten de werkingssfeer van de AWGB. Die besluiten zijn openbaar. Hun totstandkoming is onderworpen aan democratische controle. Bovendien is er op de (on)verenigbaarheid van die voorschriften met art. 1 Grondwet controle door de rechter mogelijk, behalve bij wetten in formele zin.

Ten tweede schept het derde lid, onder b uitdrukkelijk ruimte om bij of krachtens wet te bepalen dat het onderscheid op een of meer in art. 1 AWGB genoemde gronden in bepaalde gevallen wel is toegestaan. Zo is deze uitbreiding van de AWGB volgens het voorgestelde derde lid niet van toepassing op onderscheid op grond van nationaliteit dat wordt gemaakt in bijvoorbeeld de Vreemdelingenwet, de Kieswet, de Uitleveringswet, de Participatiewet en het Wetboek van Strafrecht.

De voorgestelde bepaling laat echter niet toe dat in lagere wetgeving, of door overheidsdiensten of -functionarissen onderscheid op grond van nationaliteit wordt gemaakt zonder expliciete grondslag in een formele, door de Staten-Generaal goedgekeurde wet. Onderscheid op een van de in art. 1 AWGB genoemde gronden kan dus niet langer zijn gebaseerd op een ministeriële circulaire, interne werkinstructie, richtlijn of protocol, zonder een uitdrukkelijke basis in een gepubliceerd wettelijk voorschrift.

## **7. Toegang tot het College voor de Rechten van de Mens.**

Het is voor slachtoffers van discriminatie van groot belang dat zij zich tot een ter zake kundige en laagdrempelige instantie kunnen wenden met het verzoek om een onderzoek in te stellen. Het College voor de Rechten van de Mens heeft evenals zijn rechtsvoorganger de Commissie Gelijke Behandeling aangetoond hiervoor competent te zijn en heeft een grote ervaring en een veelzijdige jurisprudentie opgebouwd. Specifiek voor het College voor de Rechten van de Mens is een andere benadering van de bewijslast. In ons voorstel hoeft aan de AWGB op dit punt niets gewijzigd te worden.

---

11 Brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer van 9 februari 2021, [TK 31066, nr. 783](#).

Dit laat onverlet de mogelijkheid om zich te wenden tot de bestuursrechter om een discriminerend besluit aan te vechten. Dat kan echter alleen als er een besluit voorligt. Tegen feitelijk handelen van de overheid staat meestal geen beroep op de bestuursrechter open.

Het College voor de Rechten van de Mens kan ook overheidshandelen te onderzoeken zonder dat er een formeel besluit voorligt. Bovendien kan het College een onderzoek uit eigen beweging starten.

In de afgelopen decennia is gebleken dat het College, evenals de CGB, door de laagdrempelige ingang en expertise op dit terrein een belangrijke aanvulling op de rechter vormt. De rechter geeft een bindend oordeel, maar is minder laagdrempelig en minder gespecialiseerd. De rechter kan wachten op het oordeel van het College, maar hoeft niet te doen.

Veel burgers met klachten over discriminatie door de overheid vinden nu al de weg naar het College. Over een deel van die klachten kan het College nu echter geen oordeel uitspreken. Meer dan 85 van de 500 zaken die het College in 2020 afhandelde, betroffen overheids-handelen waarover het College volgens de huidige AWGB niet inhoudelijk mag oordelen. Daarom werden die klachten zonder onderzoek "kennelijk ongegrond" verklaard.<sup>12</sup> Veel klagers zullen gefrustreerd zijn door die formele uitspraken zonder onderzoek van hun klacht.

## 8. Tot slot

Voor een effectieve bestrijding van discriminatie is goede wetgeving noodzakelijk. Om te zorgen dat die wetgeving ook in de praktijk functioneert is het eveneens nodig dat rechters en advocaten geschoold worden in dit voor hun vaak onbekende rechtsgebied. Ook de juridische faculteiten zouden meer werk kunnen maken van het onderwerp discriminatie in onderzoek en onderwijs. De Rijksoverheid kan daarbij een stimulerende rol spelen.

=.=

*Kees Groenendijk en Arriën Kruyt, 18 mei 2022*

*Kees Groenendijk is emeritus-hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit Nijmegen en heeft veel onderzoek gedaan naar bestrijding van discriminatie in en buiten Nederland. Hij was bestuurslid van het nu niet meer bestaande Landelijk Bureau Racismebestrijding (LBR) van 1985 tot 1992 en gaf in 1995-1996 in opdracht van de Minister van BZK leiding aan de eerste evaluatie van de AWGB.*

*Arriën Kruyt was de oprichter en de eerste directeur van het LBR van 1985 tot 1992. Van 1995 tot 2007 was hij plaatsvervangend lid van de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling. Als kwartiermaker was hij betrokken bij de totstandkoming van het College voor de Rechten van de Mens.*