

Andere mensen aan tafel

Positieve discriminatie van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau in participatieprocedures inzake duurzame-energieprojecten onder de toekomstige Omgevingswet

Naam: Gido Metz
Studentnummer: S2289474
Begeleider: mr. dr. L. Squintani
Datum: 15 april 2020

Voorwoord

Zo'n anderhalf jaar geleden kwam er al een einde aan mijn studie psychologie, maar met het inleveren van deze scriptie ter afronding van mijn rechtenstudie is dan toch echt mijn studententijd voorbij. Graag maak ik hier van de gelegenheid gebruik om mijn scriptiebegeleider mr. dr. L. Squintani te bedanken. Lorenzo, bedankt voor je begeleiding, zowel bij deze scriptie, bij het werk voor het Living Lab als ook bij het nadenken over mijn toekomstplannen!

Dan nog een woord van dank aan Folmer Helder: dankjewel voor het meelesen en de inhoudelijke en taalkundige suggesties! Gezien de huidige quarantaine zit een afstudeerborrel er voorlopig niet in, maar ik vertrouw erop (en vrees) dat je geduldig afwacht tot je kunt spreken.

En tot slot, aan mijn ouders, zusje en broertje en natuurlijk Wesley: hij is eindelijk af en ik ben bijna officieel afgestudeerd, jullie kunnen weer rustig ademen. 😊
Bedankt voor al jullie steun van de afgelopen jaren!

Gido Metz
April 2020

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding, achtergrond en onderzoeksvragen	5
1.1 <i>Inleiding: Een windmolen in de Prinsengracht</i>	5
1.2 <i>Participatie en de energietransitie: De Aarhus paradox</i>	7
1.3 <i>Onderzoeksvraag en subvragen.....</i>	9
1.4 <i>Leeswijzer</i>	10
Hoofdstuk 2: Participatie en positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus en de Omgevingswet.....	11
2.1 <i>Definitie en wetenschappelijke achtergrond participatie</i>	11
2.2 <i>Participatie en positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus</i>	13
2.2.1 <i>Algemene introductie Verdrag van Aarhus: De drie pijlers</i>	13
2.2.3 <i>Instrumentarium voor participatie en positieve discriminatie.....</i>	13
2.3 <i>Participatie en positieve discriminatie onder de Omgevingswet</i>	17
2.3.1 <i>Publieke participatie onder de Omgevingswet: Ontoereikende uitgangspunten?.....</i>	19
2.3.2 <i>Instrumentarium participatie en positieve discriminatie: Open kader als aanjager voor maatwerk of een ‘ticking the box’ cultuur?</i>	20
2.3.3 <i>Tips voor andere mensen aan tafel: De Inspiratiegids Participatie</i>	22
2.4 <i>Samenvatting en conclusies: De deur naar positieve discriminatie staat open</i>	26
Hoofdstuk 3: Mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Nederlandse arbeidsrecht	29
3.1 <i>Wettelijk kader gelijke behandeling in het arbeidsrecht</i>	29
3.2 <i>Voorkeursbeleid: Ongelijke behandeling ter bestrijding van ongelijkheid</i>	30
3.3 <i>Direct en indirect onderscheid: Martin Luther King en taaleisen.....</i>	32
3.4 <i>Samenvatting en vertaling naar het omgevingsrecht</i>	34
3.4.1 <i>Samenvatting: Zowel gelijkheid van kansen als uitkomsten</i>	34
3.4.2 <i>Vertaling naar het omgevingsrecht: Quota en een diverse klankbordgroep.....</i>	35
Hoofdstuk 4: Mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Nederlandse aanbestedingsrecht	38
4.1 <i>Wettelijk kader aanbestedingsrecht: Gelijkheid en gelijke kansen voor elk</i>	38
4.2 <i>Selectiecriteria: Onderscheid op basis van draagkracht en bekwaamheid</i>	39
4.2.1 <i>Voorbehouden opdrachten: Sociale werkplaatsen aan zet</i>	41
4.3 <i>Gunningscriteria: Onderscheid op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding</i>	41
4.3.1 <i>Nadere criteria: Maatschappelijk en groen aanbesteden.....</i>	42
4.4 <i>Aanvullende bijzondere voorwaarden: Social return</i>	43
4.5 <i>Samenvatting en vertaling naar het omgevingsrecht</i>	45
4.5.1 <i>Samenvatting: Zowel gelijkheid van kansen als uitkomsten</i>	45
4.5.2 <i>Vertaling naar het omgevingsrecht: Aanbevelingen voor participatie-kennisgevingen, inclusieplannen en quota</i>	46
Hoofdstuk 5: Andere mensen aan tafel: Aanbevelingen en samenvatting	49
5.1 <i>Samenvatting: Mogelijkheden te over voor positieve discriminatie in het omgevingsrecht ...</i>	49
5.2 <i>Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk en vervolgonderzoek.....</i>	51
Bronvermelding	54
1. <i>Literatuur (artikelen, boeken, rapporten e.d.).....</i>	54
2. <i>Verdragen, wetgeving en aanverwante documenten</i>	59

3.	<i>Kamerstukken</i>	62
4.	<i>Jurisprudentie</i>	62
5.	<i>Brieven</i>	63
6.	<i>Websites</i>	63

Hoofdstuk 1: Inleiding, achtergrond en onderzoeksvragen

‘Te zeer is de laatste tijd het beeld ontstaan van een witte wijn sippende grachtengordelelite, die de burgers in het land opzadelt met haar groene plannen.

Door instemming met de bouw van deze windturbine kan de Amsterdamse grachtengordel haar solidariteit tonen met de bevolking in de Veenkoloniën, de Rijnmond en vele andere gebieden in Nederland, waar de leefomgeving sterk wordt aangetast door de energietransitie.’¹

1.1 Inleiding: Een windmolen in de Prinsengracht

Met bovenstaande overweging diende het bedrijf Nederwind in maart 2019 bij de Amsterdamse gemeenteraad een ontwerpvoorstel in voor een windmolen in de Prinsengracht, recht tegenover de woning van de voorzitter van het Klimaatberaad, Ed Nijpels.² Zoals in het citaat valt te lezen, was het doel van de indiener om de Amsterdamse grachtengordel zijn solidariteit te laten tonen met de bevolking van bijvoorbeeld de Veenkoloniën, waar de leefomgeving sterk wordt beïnvloed door de ontwikkeling van het windturbinepark De Drentse Monden en Oostermoer.³ Met het draagvlak voor de windmolen in de Prinsengracht zat het volgens de indiener wel goed; de bevolking binnen de grachtengordel stemde volgens hem immers in overwegende mate op partijen als GroenLinks en D66 bij verkiezingen voor de Tweede Kamer en de gemeenteraad.⁴ Desondanks werd het voorstel door de wethouder Duurzaamheid afgewezen.⁵

In het ontwerpvoorstel hierboven wordt een onderscheid gemaakt tussen de ‘elite’ in de Amsterdamse grachtengordel en de burgers in de rest van het land. Hoewel de bewoordingen in het voorstel als redelijk polariserend kunnen worden beschouwd, is er in de hedendaagse samenleving wel degelijk een onderscheid zichtbaar tussen de burger met hoog inkomen uit de veelal mooiere, beter onderhouden stadswijken, versus de burger met een lager inkomen uit de minder aantrekkelijke stadswijken en het meer landelijke gebied.⁶ Eerstgenoemde burger is niet alleen rijk in termen van inkomen, maar veelal ook wat betreft opleidingsniveau.⁷ Mede daardoor kan deze burger zich prima redden in de hedendaagse participatiemaatschappij; hij weet de weg te vinden naar de (lokale) overheid en denkt mee bij besluitvormingsprocedures.⁸ Hij heeft in andere woorden meer ‘politiek zelfvertrouwen’.⁹ Dat leidt ertoe dat deze burger goed voor zichzelf en voor zijn buurt weet te zorgen: samen met andere bewoners uit de buurt verenigt hij zich bijvoorbeeld in belangenclubjes om samen de woonwijk op te knappen, maar ook om ongewenste ontwikkelingen tegen te houden,

¹ Nederwind 1 maart 2019.

² Schouten, *RTV Drenthe* 8 maart 2019; Van Teeffelen, *Trouw* 10 maart 2019.

³ Kooiman & Van Santen, *NRC Handelsblad* 27 juli 2018.

⁴ Nederwind 2019.

⁵ Wethouder Duurzaamheid Amsterdam 17 maart 2019.

⁶ Bovens, Dekker en Tiemeijer 2014, p. 21; Dekker en Van der Meer 2009, p. 104.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

zoals de bouw van een asielzoekerscentrum in de buurt.¹⁰ De laatstgenoemde burger, met lager inkomen en lagere opleiding, heeft dat politieke zelfvertrouwen niet, zoals tal van rapporten hebben geconcludeerd de afgelopen jaren; hij vindt moeilijker de weg naar de overheid en participeert minder in besluitvormingsprocedures.¹¹

Hoewel systematisch bewijs ontbreekt, is het goed mogelijk dat er een verband bestaat tussen het gebrek aan participatie van de lager opgeleide burger met lager inkomen en de kwaliteit van de leefomgeving. Zo laat recent Europa-breed onderzoek van het Europees Milieuagentschap zien dat de spreiding van milieurisico's (luchtvervuiling, geluidshinder en extreme temperaturen) samenvallen met de verschillen in inkomens-, werkloosheids- en opleidingsniveau in Europa.¹² De Oost-Europese regio's, die een lager inkomens- en opleidingsniveau hebben dan gemiddeld in Europa, zijn meer blootgesteld geweest aan luchtvervuilende stoffen zoals fijnstof.¹³ Weliswaar spreekt het rapport ook over stikstofdioxidevervuiling in welvarende steden, maar het zijn dan met name de armere stadsdelen die daar het meest aan worden blootgesteld. Ook in Azië¹⁴ en Noord-Amerika¹⁵ is een overlap gevonden tussen een laag inkomensniveau en een grotere mate van luchtvervuiling. Dichter bij huis, in de gemeente Groningen, lijkt eenzelfde situatie te (zijn) ontstaan. Zo onderzoekt de Gemeente momenteel (oktober 2019 – maart 2020) de mogelijkheden voor een windpark binnen de gemeentegrenzen.¹⁶ Daarvoor wordt gekeken naar de locaties Hoogkerk en Roodehaan, gebieden waarvan niet kan worden uitgesloten dat het inkomens- en opleidingsniveau van de inwoners en bovenal de kwaliteit van leven er toch al lager is: in het gebied Roodehaan is onder andere een vuilstort, een afvalverwerker, een milieuboulevard, een schroothandel en een groot, nog verder uit te breiden zonnepark gesitueerd.¹⁷ Daarnaast is er sprake van een toename van geluidsoverlast van de snelweg A7 die door het gebied gaat.¹⁸ De gemeenschap van Hoogkerk leeft al geruime tijd (letterlijk en figuurlijk) onder de rook van de fabriek van de Suiker Unie en heeft regelmatig te kampen met geur- en geluidsoverlast; enerzijds door de werkzaamheden in de fabriek, maar anderzijds ook door de 2500 vrachtwagens per dag die suikerbieten aanleveren.¹⁹ Daarnaast is er de nodige geluidsoverlast door het spoor, de snelweg en sluipverkeer.²⁰ De komst van windmolens zal daar waarschijnlijk nog meer geluids- en horizonvervuiling aan toevoegen.

¹⁰ Van den Broek e.a. 2016, p. 59.

¹¹ Zie bijvoorbeeld: Bovens, Dekker & Tiemeijer 2014, p. 21.

¹² Europees Milieu Agentschap, 2019.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Mehta e.a. 2014.

¹⁵ Finkelstein, Jerrett & Sears 2005.

¹⁶ College van B&W Groningen, 2 oktober 2019.

¹⁷ Hamstra, Hofman, Tijdens & Kool 2020, p. 14.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Radersma, *RTV Noord* 12 oktober 2018; *RTV Noord* 23 februari 2018, Hamstra, Hofman, Tijdens & Kool, p. 14.

²⁰ Hamstra, Hofman, Tijdens & Kool 2020, p. 14.

1.2 Participatie en de energietransitie: De Aarhus paradox

De plannen voor een windpark in de gemeente Groningen vormen een brug naar een onderwerp waar de verschillen in opleidings- en inkomensniveau ook zichtbaar worden: de energietransitie. Sinds de totstandkoming van het Verdrag van Aarhus²¹ kennen steeds meer duurzame-energieprojecten in meer of mindere mate een vorm van burgerparticipatie. De in 2021 in werking tredende Omgevingswet²² heeft participatie – gedefinieerd als ‘het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit’ – zelfs tot kerndoel verheven.²³ Gewaarschuwd wordt echter, onder andere door het Sociaal en Cultureel Planbureau (hierna: SCP) en de Nationale Ombudsman, dat een groot deel van de bevolking – en dan met name dat deel met lagere opleiding en lager inkomen - niet betrokken is bij deze besluitvorming.²⁴ Daarmee ontstaat een problematische paradox: hoe democratischer de besluitvorming wordt, des te zwakker de democratische legitimatie is.²⁵

Onderzoek laat zien dat lager opgeleiden best betrokken willen worden bij zaken die in de directe leefomgeving gebeuren.²⁶ Daarom is het van belang te onderzoeken hoe burgers met een lager inkomens- en opleidingsniveau in grotere mate kunnen worden betrokken bij besluitvorming over duurzame-energieprojecten, om zo uiteindelijk tot meer democratisch gelegitimeerde participatie- en besluitvormingsprocedures te komen. Met dit doel in het achterhoofd, hebben Squintani en Schoukens de mogelijkheid van positieve discriminatie geopperd.²⁷ Zij betogen dat een symmetrische aanpak, waarbij de staat de gelijkheid tussen individuen niet verstoort en een uniforme procedure voor iedereen hanteert, niet leidt tot een participatieproces met betere besluitvorming, grotere legitimiteit en acceptatie.²⁸ Sommige groepen in de maatschappij zijn immers door bepaalde eigenschappen op een achterstand geplaatst in vergelijking met andere groepen.²⁹ In de door hen opgestelde definitie van positieve actie (die ook in deze scriptie wordt gehanteerd) en de uitleg daarbij, komt naar voren welke groepen het onder andere betreft:

²¹ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, Denmark, 25 June 1998, United Nations, Treaty Series, vol. 2161, p. 447.

²² Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb.* 2016, 156.

²³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow). Voor de definitie, zie de begrippenlijst van de MvT, op pagina 389.

²⁴ Zie voor het rapport van het SCP Van Helden e.a. 2009. Voor het rapport van de Nationale Ombudsman: Van den Broek e.a. 2016, p. 59, maar ook recenter het interview met Ombudsman Van Zutphen in: Verlaan en Rutten, *NRC Handelsblad* 11 december 2019.

²⁵ Squintani 2017.

²⁶ Zie bijvoorbeeld de burgerschapsstijl ‘plichtsgetrouwen/traditionele burgerij’ in: Van der Lelij, Bot & Keuchenius 2018. Naast de wens van lager opgeleiden om betrokken te worden bij zaken in de directe leefomgeving, is in het verleden ook aangetoond dat lager opgeleiden in sterkere mate dan middelbaar- en hoger opgeleiden wensen dat de politieke inspraak (in het algemeen) vergroot wordt, zie: Dekker en Den Ridder 2011.

²⁷ Squintani & Schoukens 2019, p. 26.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

'Positive action encompasses the deliberate use of any socially conscious criterion for the specific purpose of benefiting those groups of society that have previously been disadvantaged in the area of public participation in environmental matters on grounds of social characteristics, such as the level of education or wealth'. Age, gender, racial or ethnic origin, and the level of digital skills, education and wealth are all criteria that can be taken into account in this context.'^{30,31}

In deze scriptie zal overigens uitsluitend aandacht worden besteed aan opleidings- en inkomensniveau.

Om een inventarisatie van verschillende vormen van positieve actie te kunnen maken, hanteren Squintani en Schoukens drie vormen van gelijkheid, waarvan er in deze scriptie twee worden belicht.³² Het betreft enerzijds de minst ingrijpende vorm gelijkheid van kansen en anderzijds gelijkheid van uitkomsten als meest intensieve vorm.³³ Bij gelijkheid van kansen wordt mensen een gelijke startpositie geboden, om zo uiteindelijk meer gelijkheid te bewerkstelligen.³⁴ Gedacht kan worden aan maatregelen die barrières om deel te nemen aan een besluitvormingsprocedure wegnemen. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om het verstrekken van niet-technisch en niet-juridisch geformuleerde informatie over de plannen voor het duurzame-energieproject. Bij gelijkheid van uitkomsten worden daarentegen maatregelen genomen die direct zijn gericht op het bereiken van het einddoel, in dit geval het betrekken van meer mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau.³⁵ Een voorbeeld hiervan is een quotum; bijvoorbeeld dat een minimum aantal personen met een bepaalde achtergrond betrokken moet worden bij een besluitvormingsprocedure. Dit onderscheid in twee vormen van gelijkheid zal ook worden gehanteerd in deze scriptie.

Squintani en Schoukens hebben hun onderzoek naar positieve actie inzake besluitvorming over duurzame-energieprojecten toegespitst op Europees recht en het kader van het Verdrag van Aarhus. Het nationaalrechtelijke kader is daardoor vooralsnog onbelicht gebleven. Een analyse van de mogelijkheden voor positieve actie binnen dit nationale kader is echter zeer relevant, zeker met het oog op het nieuwe wettelijke kader van de Omgevingswet en de ervaringen met de huidige participatiepraktijk. Die huidige praktijk toont immers nu al aan dat sprake is van een onderrepresentatie van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau bij

³⁰ Vertaling: 'positieve actie omvat het opzettelijk gebruik van enig sociaal criterium met het specifieke doel om die maatschappelijke groepen, die voorheen werden benadeeld op het vlak van publieke participatie in milieuaangelegenheden op grond van sociale kenmerken, zoals het niveau van opleiding of inkomen, te laten profiteren. Leeftijd, gender, ras of etnische afkomst en het niveau van digitale vaardigheid, opleiding en welvaart kunnen in deze context in ogenschouw worden genomen., zie Squintani & Schoukens 2019, p. 27.

³¹ In deze scriptie worden zowel de termen positieve actie als positieve discriminatie gebruikt. Beide termen zijn uitwisselbaar. Zie hieromtrent Kapotas 2009, p. 24.

³² Squintani & Schoukens 2019, p. 27. De derde vorm betreft overigens gelijkheid van middelen. Aangezien deze vorm in de analyse van Squintani en Schoukens niet vaak is aangetroffen, wordt er in deze scriptie voor gekozen deze vorm achterwege te laten.

³³ Kapotas 2009, p. 28.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

participatieprocedures in het omgevingsrecht. Onder de Omgevingswet zal de nadruk op participatie alleen maar groter worden, waardoor het een gegronde vrees is dat de onderrepresentatie steeds grotere vormen zal aannemen, met een verminderde democratische legitimatie van besluitvorming en mogelijk maatschappelijke onvrede tot gevolg. Het is daarom niet alleen zeer relevant, maar ook noodzakelijk om nog vóór de inwerkingtreding van de Omgevingswet te onderzoeken of er ruimte is voor positieve discriminatie van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau, zodat zij in de toekomst hopelijk in grote(re)n getale zullen participeren in omgevingsrechtelijke besluitvormingsprocedures.

1.3 Onderzoeksvraag en subvragen

Zoals hierboven beschreven, zal in deze scriptie de focus liggen op positieve actie in het nationale recht, met als doel meer mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau aan participatieprocedures te laten deelnemen. Met het oog daarop is de volgende onderzoeksvraag opgesteld:

In hoeverre is er in juridisch opzicht ruimte voor positieve discriminatie van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau in participatieprocessen over duurzame-energieprojecten onder de toekomstige Omgevingswet?

Onderzocht zal worden welke ruimte de Omgevingswet zal bieden voor participatie en positieve actie in besluitvormingsprocedures over duurzame-energieprojecten. In dat kader is het echter ook van belang om te onderzoeken wat de minimumnormen omtrent participatie en de mogelijkheden voor positieve actie onder het Verdrag van Aarhus zijn. Hoewel Squintani en Schoukens hieromtrent al een initiële analyse hebben verricht, is een verdergaande analyse nodig, om eventuele andere, nog onopgemerkt gebleven mogelijkheden onder het Verdrag te vinden. Met het oog op dit alles is de eerste subvraag opgesteld:

- **Subvraag 1: Welke ruimte bieden het Verdrag van Aarhus en het stelsel van de toekomstige Omgevingswet voor participatie in het algemeen en voor positieve actie in het bijzonder?**

Te verwachten valt dat in het wettelijke kader van de Omgevingswet weinig aanknopingspunten te vinden zullen zijn voor positieve discriminatie bij participatie. Daarom zal ook exploratief onderzoek verricht worden naar rechtsgebieden waarin meer ervaring bestaat met positieve actie. In het arbeidsrecht bijvoorbeeld, bestaan er diverse mogelijkheden voor positieve discriminatie, zoals het voeren van voorkeursbeleid of de instelling van een quotum. Daarnaast zal het aanbestedingsrecht worden geanalyseerd. Hoewel in dat rechtsgebied niet expliciet wordt gesproken over positieve discriminatie, lijkt bijvoorbeeld met het systeem van geschiktheidseisen en gunningscriteria toch een vorm van positieve actie bereikt te kunnen worden. Onderzocht zal worden of de systemen van positieve actie uit het arbeidsrecht en

aanbestedingsrecht naar analogie kunnen worden toegepast in het omgevingsrecht. De volgende subvragen worden daarbij gehanteerd:

- **Subvraag 2: Welke mogelijkheden voor positieve discriminatie bestaan er in het Nederlandse arbeidsrecht en (hoe) zouden deze zijn toe te passen in het omgevingsrecht?**

- **Subvraag 3: Welke mogelijkheden voor positieve discriminatie bestaan er in het Nederlandse aanbestedingsrecht en (hoe) zouden deze zijn toe te passen in het omgevingsrecht?**

1.4 Leeswijzer

De opzet van deze scriptie is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt beschreven welke ruimte voor participatie er in het algemeen en voor positieve discriminatie in het bijzonder is onder zowel het stelsel van het Verdrag van Aarhus als onder dat van de Omgevingswet. Na dit hoofdstuk zal worden onderzocht hoe die ruimte voor positieve discriminatie onder de Omgevingswet kan worden ingevuld. Met dat doel wordt in hoofdstuk 3 het arbeidsrechtelijke systeem van positieve discriminatie, waaronder het voorkeursbeleid, geanalyseerd en wordt bekeken of dit systeem te vertalen is naar het omgevingsrecht. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens het aanbestedingsrecht belicht, met een focus op de kenmerken van positieve actie die zijn te vinden in het systeem van geschiktheidseisen, gunningscriteria en aanvullende bijzondere voorwaarden en de mogelijke betekenis daarvan voor het omgevingsrecht. In hoofdstuk 5 wordt afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste conclusies uit de voorgaande hoofdstukken en met een aantal concrete aanbevelingen voor positieve actie in de omgevingsrechtelijke participatiepraktijk, gebaseerd op het arbeids- en aanbestedingsrecht.

Hoofdstuk 2: Participatie en positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus en de Omgevingswet

Zoals in het vorige hoofdstuk al kort werd belicht, speelt participatie een grote rol onder de Omgevingswet. In dit hoofdstuk wordt in het kader van de eerste subvraag onderzocht hoe groot die rol precies is, en of er binnen dat kader ook ruimte is voor positieve actie. Ter beantwoording van deze vragen wordt in dit hoofdstuk eerst de in deze scriptie gehanteerde definitie en de wetenschappelijke achtergrond van participatie behandeld (paragraaf 2.1). Daarna wordt besproken welke ruimte het Verdrag van Aarhus (paragraaf 2.2) biedt voor participatie in milieuaangelegenheden in het algemeen en meer bijzonder welke ruimte er in dat systeem is voor positieve actie (paragraaf 2.3), gevolgd door eenzelfde analyse van het stelsel van de Omgevingswet (paragraaf 2.4). In paragraaf 2.5 wordt afgesloten met een samenvatting en de beantwoording van de subvraag.

2.1 Definitie en wetenschappelijke achtergrond participatie

Hoewel participatie een kerndoel van de Omgevingswet is, ontbreekt een definitie ervan in de wet. In de begrippenlijst van de memorie van toelichting (hierna: MvT) bij de Omgevingswet staat wel de ook al in hoofdstuk 1 van deze scriptie aangehaalde definitie van ‘participatieve aanpak’, namelijk: ‘het in een vroegtijdig stadium betrekken van belanghebbenden bij het proces van de besluitvorming over een project of activiteit’.³⁶ Er is echter voor gekozen om deze definitie niet op te nemen in de definitiebijlage bij de Omgevingswet.³⁷ Zoals in paragraaf 2.3.1 zal blijken, wordt in de MvT wel een aantal uitgangspunten van participatie opgesteld. Op zich is het in de juridische praktijk gebruikelijk om uitgangspunten en procedurele normen op te stellen en aan de hand daarvan te beoordelen of de regels correct zijn toegepast.³⁸ Desondanks wordt de definitie van participatie uit de MvT er niet minder ondubbelzinnig door te interpreteren. Onduidelijk is bijvoorbeeld wat wordt bedoeld met ‘betrekken’; betekent dit dat mensen mogen meebeslissen, dat met hun zienswijzen rekening wordt gehouden in de besluitvorming of kan de wijze van ‘betrekken’ wisselen van geval tot geval?

In deze scriptie ga ik uit van een ideale situatie als het gaat om participatie, inhoudende dat mensen daadwerkelijk mee mogen beslissen. In dat kader sluit ik me aan bij de definitie die wordt gehanteerd door Squintani en Perlaviciute, die het begrip participatie definiëren als het proces waarin beleidsmakers burgers uitnodigen om samen over beleid en projecten die het milieu beïnvloeden te praten én te beslissen.³⁹ In termen van de participatieladder van Arnstein uit 1969, het meest klassieke participatiemodel, neemt een dergelijke vorm van participatie een hoge plek op de ladder in.⁴⁰ Laag op de ladder worden burgers namelijk alleen geïnformeerd.⁴¹ Op de

³⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 389.

³⁷ Zie de tekst voorafgaand aan de begrippenlijst, p. 388.

³⁸ Maljean-Dubois 2017.

³⁹ Squintani en Perlaviciute 2019.

⁴⁰ Arnstein 1969.

⁴¹ *Ibidem*.

hoogste sport van de ladder daarentegen, hebben de burgers ‘citizen control’; de burgers hebben volledig zelf de macht in handen om zelf een project vorm te geven, beleid te vormen en om het plan uit te voeren.⁴² De in deze scriptie gehanteerde definitie van participatie zou op de ladder van Arnstein een combinatie van de vijfde en zesde sport zijn; respectievelijk ‘placation’ en ‘partnership’.⁴³ Placation heeft betrekking op de mogelijkheid voor burgers om samen met het bevoegd gezag over duurzame-energieprojecten te praten en daarover te adviseren, en partnership focust op het feit dat de besluiten door middel van onderhandelingen tussen burgers en bevoegd gezag genomen worden.⁴⁴

In de vorige alinea kenschetste ik een participatieprocedure waarin mensen daadwerkelijk mogen meebeslissen als een ideale situatie. Dat doe ik mede op basis van sociaalwetenschappelijk onderzoek, dat in een aantal onderzochte gevallen een causaal verband heeft kunnen aantonen tussen participatie en acceptatie: hoe intensiever de participatie bij de ontwikkeling van een duurzaam-energieproject, hoe meer steun de participanten uitspraken voor het specifieke project en voor duurzame energie in het algemeen.⁴⁵ Mogelijk wordt dit effect veroorzaakt doordat de beslissingen en gevolgen van de besluitvorming met een uitgebreide participatieprocedure meer aansluiten bij de behoeften en waarden van de gemeenschap.⁴⁶ Anderzijds is er bewijs dat publieke acceptatie van projecten met negatieve gevolgen voor een lokale gemeenschap nog steeds hoog kan zijn, zolang het besluitvormingsproces maar wordt waargenomen als eerlijk.⁴⁷ Wat betreft die eerlijkheid kan bijvoorbeeld worden gewezen op het begrip ‘waargenomen procedurele rechtvaardigheid’, gedefinieerd als de mate waarin mensen het besluitvormingsproces als eerlijk waarnemen.⁴⁸ Een meer ‘open’ besluitvormingsprocedure, met goede informatievoorziening, transparantie en mogelijkheden voor participatie wordt regelmatig gezien als manier om waargenomen procedurele rechtvaardigheid en acceptatie van duurzame-energieprojecten in positieve zin te beïnvloeden.⁴⁹ Andere genoemde voordelen (deels overlappend met wat hierboven al werd genoemd) van participatie zijn onder andere het vergroten van het vertrouwen in overheden,⁵⁰ het stimuleren van de persoonlijke groei van mensen,⁵¹ de verbetering van de kwaliteit van procedures en de uitkomsten daarvan,⁵² en tot slot de legitimiteit van de besluiten.⁵³ Dit leidt vervolgens tot minder conflicten doordat

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Walker & Devine-Wright 2008.

⁴⁶ Visschers & Siegrist 2014; Tabi & Wustenhagen 2017.

⁴⁷ Gross 2007; McLaren Loring 2007.

⁴⁸ Tyler & Folger, 1980.

⁴⁹ Schuitema & Bergstad 2012; Tyler 2000.

⁵⁰ Slovic 1993; Schneider, Teske, Marschall, Mintrom & Roch 1997.

⁵¹ Pateman 1970; Sabatier 1988; Blackburn & Bruce 1995

⁵² Applegate 1998; Fox 1996; Valadez 2001; Howard, Lipsky & Marshall 1994.

⁵³ Stivers 1990; Oldfield 1990; Box 1998; Irvin & Stansbury 2004.

participanten en de maatschappij als geheel een beter begrip van de genomen besluiten hebben.⁵⁴

2.2 Participatie en positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus

2.2.1 Algemene introductie Verdrag van Aarhus: De drie pijlers

Het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, kortweg het Verdrag van Aarhus, vindt zijn oorsprong in de Rio Declaration on Environment and Development, die is opgesteld in 1992 op de zogenoemde Earth Summit.⁵⁵ Principe 10 van deze verklaring stelt dat milieukwesties het beste kunnen worden behandeld met de participatie van alle betrokken burgers en dat elk individu toegang moet hebben tot informatie, het recht moet hebben deel te nemen aan besluitvorming en effectieve toegang tot de rechter moet hebben. Dit principe leidde een paar jaar later, in 1998, tot het Verdrag van Aarhus. Zowel de Europese Unie als Nederland zijn partij bij het Verdrag.⁵⁶ Zoals ook uit de volledige titel van het Verdrag van Aarhus blijkt, beoogt het Verdrag drie specifieke rechten toe te kennen. Hoewel de nadruk in deze scriptie ligt op publieke participatie en daarmee dus op het recht op inspraak uit het Verdrag, zal ook enige aandacht worden besteed aan het recht op informatie, aangezien het recht op publieke participatie niet kan bestaan zonder het recht op informatie. Het recht op toegang tot de rechter zal verder wel onbesproken worden gelaten.

2.2.3 Instrumentarium voor participatie en positieve discriminatie

Voordat gezocht kan worden naar mogelijkheden voor positieve discriminatie in de participatiebepalingen van het Verdrag van Aarhus, moet eerst uiteengezet worden of positieve discriminatie wel mogelijk is onder het Verdrag. In artikel 3 lid 9 van het Verdrag is een anti-discriminatiebeginsel neergelegd. Daarin is bepaald dat in de uitoefening van de rechten van het Verdrag geen onderscheid mag worden gemaakt ten aanzien van staatsburgerschap, nationaliteit of woonplaats. In de Implementation Guide bij het Verdrag, een niet-bindende maar wel gezaghebbende leidraad, wordt vermeld dat de bepaling met name van pas komt bij het bepalen van het betrokken publiek en daarbij met name ziet op discriminatie van ‘non-citizens and non-residents’.⁵⁷ Verderop staat dat de anti-discriminatiebepaling mogelijk ook behulpzaam is voor (rechts)personen die in een land zijn gevestigd dat positieve discriminatie toepast ten voordele van buitenlandse (rechts)personen. Op basis van dit alles lijkt positieve discriminatie niet te zijn toegestaan. Hierbij kan aan de hand van de Maastricht Recommendations echter een kanttekening worden geplaatst, die toch ruimte voor positieve discriminatie impliceert. Dit document, dat eveneens niet-bindend maar wel gezaghebbend is, stelt dat bij de identificatie van het betrokken publiek – waar volgens de Implementation Guide dus het anti-discriminatiebeginsel op ziet – speciale aandacht moet uitgaan naar die personen die mogelijk wel willen,

⁵⁴ Stivers 1990; Oldfield 1990; Box 1998; Irvin & Stansbury 2004; Beierle 1999.

⁵⁵ UN A/CONF.151/26 (Vol. I).

⁵⁶ *Trb.* 2005, 22.

⁵⁷ Implementation Guide, p. 72.

maar niet kunnen deelnemen. Daarna wordt een aantal voorbeelden genoemd, waaronder ook laaggeletterden en economisch benadeelden.⁵⁸ Op basis hiervan lijkt er toch een zekere ruimte voor positieve discriminatie te zijn. Squintani en Schoukens voegen eraan toe dat het in artikel 3 lid 9 genoemde onderscheid ten aanzien van woonplaats een kapstok kan zijn om positieve actie van gemarginaliseerde groepen aan op te hangen. Dergelijke groepen wonen immers, zoals ook bleek uit hoofdstuk 1 van deze scriptie, op andere plekken dan niet-gemarginaliseerde groepen.⁵⁹

Nu hierboven is vastgesteld dat er een opening voor positieve discriminatie is, wordt specifiek bekeken welke mogelijkheden daartoe er binnen het participatiestelsel van het Verdrag zijn. Met name de artikelen 6 tot en met 8 van het Verdrag zijn hiervoor van belang. In artikel 6 wordt de inspraak in besluiten over specifieke activiteiten geregeld en in artikel 7 de inspraak betreffende plannen, programma's en beleid betrekking hebbende op het milieu. Artikel 8 regelt de inspraak tijdens de voorbereiding van uitvoerende regelingen en/of algemeen toepasselijke wettelijk bindende normatieve instrumenten. Hieronder worden de meest relevante bepalingen uit artikel 6 toegelicht. Deze bepalingen komen ook voor in artikel 7 en 8, zij het soms in iets andere bewoordingen. Zij kunnen echter op eenzelfde wijze als de bepalingen uit artikel 6 worden geïnterpreteerd,⁶⁰ en worden daarom verder buiten beschouwing gelaten.

Op grond van lid 2 van artikel 6 moet het betrokken publiek vroegtijdig en op adequate en doeltreffende wijze geïnformeerd worden over de voorgestelde activiteit en de mogelijkheden voor inspraak. In de Implementation Guide wordt vermeld dat deze kennisgeving 'needs to be considered flexibly to be effective'.⁶¹ Die flexibiliteit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat verschillende methoden gebruikt mogen worden om zoveel mogelijk mensen te informeren.⁶² Uit de bepaling van lid 2 zelf wordt dit ook duidelijk, aangezien de mogelijkheid wordt geboden om de informatie zowel bij openbare bekendmaking te verstrekken, als ook op individuele basis. In de Implementation Guide wordt over individuele bekendmaking gezegd dat dit mogelijk is in 'geschikte situaties',⁶³ wat met name situaties lijken te zijn waarin de belangen van individuen beïnvloed kunnen worden door het te nemen besluit.⁶⁴ Even verderop wordt daarnaast genoemd dat een kennisgeving specifiek gericht op kleinere doelgroepen mogelijk is.⁶⁵ Wat voor kleinere doelgroepen dat zouden kunnen zijn, wordt in de Implementation Guide niet genoemd. In de Maastricht Recommendations wordt wel een verband gelegd tussen de methode van kennisgeven en gemarginaliseerde groepen: vermeld wordt dat bij het ontwikkelen van de methodes voor kennisgeven rekening moet worden gehouden met de behoeften van kwetsbare

⁵⁸ Maastricht Recommendations, p. 16, punt 20e.

⁵⁹ Squintani & Schoukens, p. 38

⁶⁰ Implementation Guide, p. 156.

⁶¹ Idem, p. 136.

⁶² Ibidem.

⁶³ Implementation Guide, p. 135.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

groepen.⁶⁶ Daarnaast wordt vermeld dat methodes zoals internetwebsites en kennisgeving via sociale media een goede optie kunnen zijn voor jongere mensen, maar dat in regio's waar mensen minder regelmatig toegang hebben tot het internet, of voor mensen die bijvoorbeeld laaggeletterd zijn, andere effectieve methoden van notificatie gebruikt moeten worden, zoals zelfs deur-tot-deur informatie verstrekken.⁶⁷ Op basis van het Verdrag van Aarhus, de Implementation Guide en de Maastricht Recommendations kan kortom geconcludeerd worden dat er mogelijkheden zijn om extra aandacht te geven aan gemarginaliseerde groepen wat betreft de kennisgeving van een project en de mogelijkheden voor participatie daarbij. Deze extra aandacht kan gedefinieerd worden als positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen, aangezien de gemarginaliseerde groepen een grotere kans geboden wordt om kennis te nemen van het op handen zijnde project en daarbij te participeren.

In de paragraaf hierboven werd aandacht besteed aan methoden om zoveel mogelijk mensen te informeren over het project en de participatiemogelijkheden. Hieraan gerelateerd is de inhoud van de informatie. Ingevolge lid 6 van artikel 6 is elke bevoegde overheidsinstantie verplicht om het betrokken publiek inzage te geven in alle relevante informatie, zoals een beschrijving van de technische kenmerken van de voorgestelde activiteit en een beschrijving van de belangrijkste effecten van de voorgestelde activiteit op het milieu (lid 6 sub a en b). Interessant is dat ook wordt genoemd dat een niet-technische samenvatting hiervan opgevraagd kan worden (lid 6 sub d), om op deze manier de veelal complex-technische informatie ook voor leken begrijpelijk over het voetlicht te brengen.⁶⁸ Een dergelijke regeling kan eveneens getypeerd worden als positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen, doordat bijvoorbeeld ook lager opgeleiden nu op een begrijpelijke wijze kennis kunnen nemen van de informatie en op basis daarvan kunnen deelnemen aan de besluitvormingsprocedure.

Nu de informatievoorziening vereist voor een doeltreffende inspraak is besproken, wordt vervolgens gekeken naar de inspraakprocedure zelf, te beginnen met lid 3 van artikel 6. Hierin is geregeld dat de inspraakprocedures dusdanig redelijke termijnen moet bevatten dat het publiek zich doeltreffend kan voorbereiden en kan deelnemen. Uit de Maastricht Recommendations wordt duidelijk dat de termijnen afhankelijk gesteld kunnen worden van bijvoorbeeld de complexiteit van het project.⁶⁹ Complexiteit is echter een relatief begrip; lager opgeleiden zullen een project waarschijnlijk sneller als complex waarnemen dan hoger opgeleiden. Voor het onderwerp van deze scriptie zou het dan ook een relevantere vraag zijn of rekening mag worden gehouden met de waargenomen complexiteit van een project. Aan lager opgeleiden zou dan een ruimere termijn kunnen worden gegund om zich voor te bereiden op de participatieprocedure dan aan hoger opgeleiden. Een dergelijke maatregel zou positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen behelzen. Hiervoor is op dit moment echter geen rechtvaardiging in het Verdrag te vinden.

⁶⁶ Maastricht Recommendations, p. 28, punt 63.

⁶⁷ Idem, p. 29, punt 67.

⁶⁸ Implementation Guide, p. 152.

⁶⁹ Implementation Guide, p. 142.

In lid 4 van artikel 6 wordt benadrukt dat de inspraak vroegtijdig moet zijn, zodat alle opties nog open zijn en de inspraak voldoende ‘doeltreffend’ kan zijn. Wat doeltreffend is, wordt echter nergens uitgelegd. Squintani en Schoukens lezen erin dat het concept van doeltreffendheid gerelateerd is aan de mogelijkheid om de uitkomsten van de besluitvormingsprocedure te sturen.⁷⁰ In het licht van die definitie, suggereren zij een aanpak neerkomend op positieve actie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten, door de mening van gemarginaliseerde groepen een groter gewicht toe te kennen dan de mening van niet-gemarginaliseerde groepen. Op deze manier kunnen zij daadwerkelijk het besluitvormingsproces beïnvloeden. Net als ten aanzien van de positieve discriminatie bij de termijnen geldt dat voor positieve discriminatie bij doeltreffende inspraak geen expliciete rechtvaardiging te vinden is.

Om inspraak voldoende doeltreffend te laten zijn, moet naar behoren rekening worden gehouden met het resultaat van de inspraak. Deze gedachte staat centraal in lid 8 van artikel 6. In de Maastricht Recommendations wordt hierover gemeld dat dit proces eerlijk en niet-discriminerend moet zijn.⁷¹ Squintani en Schoukens zien hierin een mogelijkheid voor positieve actie, om er zo voor te zorgen dat gemarginaliseerde groepen niet worden achtergesteld in de mate waarin rekening wordt gehouden met hun inzichten.⁷² Zij komen tot de conclusie dat hier positieve actie in zowel de vorm van gelijkheid van kansen als in de vorm gelijkheid van uitkomsten kan worden toegepast. In de vorm van gelijkheid van uitkomsten wordt meer waarde toegekend aan de inzichten van gemarginaliseerde groepen in vergelijking met de niet-gemarginaliseerde groepen. De vorm van gelijkheid van kansen kan worden toegepast door ervoor te zorgen dat de inzichten van gemarginaliseerde groepen het meest zichtbaar worden gepresenteerd aan de ambtenaren die de meeste beslissingsmacht hebben. Momenteel lijkt in dit verband het tegenovergestelde te gebeuren: in hun analyse van de implementatie van de Waterrichtlijn constateren Van der Heijden en Ten Heuvelhof dat belangengroepen voor industrie en commercie directe invloed konden uitoefenen bij de staatssecretaris, maar dat de participatiemogelijkheden voor het publiek beperkt bleven tot laat in het proces georganiseerde inspraakavonden, waar deelnemers niet de staatssecretaris, maar lagere ambtenaren troffen.⁷³

Tot slot wordt ingegaan op lid 7 van artikel 6, dat bepaalt dat de inspraakprocedure het publiek de mogelijkheid moet verschaffen om schriftelijk of mondeling tijdens een hoorzitting alle opmerkingen, informatie, analyses of meningen naar voren te brengen die het relevant acht voor de voorgestelde activiteit. Het feit dat opmerkingen niet alleen schriftelijk, maar ook mondeling naar voren gebracht mogen worden, lijkt al in het voordeel te werken van gemarginaliseerde groepen. Dit wordt ook benadrukt in de Maastricht Recommendations.⁷⁴ In deze aanbevelingen wordt daarnaast benadrukt dat er eerlijke kansen gegeven moeten worden aan alle

⁷⁰ Squintani & Schoukens, p. 24.

⁷¹ Maastricht Recommendations, p. 40, punt 126.

⁷² Squintani & Schoukens, p. 46.

⁷³ Van der Heijden & Ten Heuvelhof 2013, p. 417.

⁷⁴ Maastricht Recommendations, p. 37, punt 111d.

deelnemers om gehoord te worden.⁷⁵ Ook wordt aandacht besteed aan de inrichting van de ruimte waarin de hoorzitting plaatsvindt: deze moet zo worden ingericht dat ook mensen die niet op hun gemak zijn met spreken in het openbaar effectief kunnen deelnemen aan de hoorzitting.⁷⁶ Hier lijkt dus ruimte te zijn voor positieve actie van kwetsbare burgers in de zin van gelijkheid van kansen.

Samengevat lijkt er op grond van het bovenstaande ruimte te zijn voor positieve discriminatie binnen de verdragsrechtelijke bepalingen over participatie. Ten aanzien van de kennisgeving over het op handen zijnde project en de mogelijkheden voor participatie en de informatievoorziening over het project zelf, bestaan mogelijkheden voor positieve actie in de zin van gelijkheid van kansen. Er kan specifieke aandacht worden geschonken aan gemarginaliseerde groepen en er kunnen niet-technische documenten verstrekt worden. Ook ten aanzien van de mogelijkheden voor het publiek om alles naar voren te brengen, ofwel mondeling, ofwel schriftelijk, geldt dat er een mogelijkheid voor positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen is. Ten aanzien van de regelingen omtrent redelijke termijnen, doeltreffende inspraak en rekening houden met de inspraak geldt dat er mogelijkheden voor positieve discriminatie te bedenken zijn, maar dat daarvoor niet direct een expliciete grondslag voor is te vinden.

2.3 Participatie en positieve discriminatie onder de Omgevingswet

Zoals eerder genoemd, zijn zowel Nederland als de Europese Unie partij bij het Verdrag van Aarhus. Op Europees niveau is het Verdrag ten aanzien van het aspect inspraak geïmplementeerd in de zogeheten Aarhusrichtlijn, waarmee onder andere de Mer-richtlijn en de IPPC-richtlijn gewijzigd werden.⁷⁷ Op nationaal niveau zijn deze twee laatstgenoemde richtlijnen tot op heden deels geïmplementeerd in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en in de Wet Milieubeheer (hierna: Wm); zo verklaart art. 4.1a Wm afdeling 3.4 Awb van toepassing op plannen en programma's waarvoor ingevolge de richtlijn een inspraakprocedure moet ingericht worden. Aangezien afdeling 3.4 Awb een meer geformaliseerde inspraakmogelijkheid inhoudt als er al een ontwerpbesluit ligt en in deze scriptie de focus meer ligt op de informelere participatieprocedures bij aanvang van of nog voorafgaand aan de besluitvormingsprocedures, wordt hieraan verder geen aandacht besteed.⁷⁸ Wel ga ik in op de nieuwe, nog in werking te treden Omgevingswet, het systeem van participatie dat daarin zal worden verankerd, evenals de mogelijkheden voor positieve discriminatie die mogelijk in het wettelijke kader zijn te herkennen als aanvulling op de reeds genoemde mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus. Daarbij is het van belang om op te merken dat zowel het Verdrag van Aarhus als ook de Aarhusrichtlijn minimumharmonisatie nastreven, waardoor de Lidstaten kunnen beslissen om maatregelen te nemen voorbij dat minimum.⁷⁹ Overigens zal

⁷⁵ Idem, p. 39, punt 118d.

⁷⁶ Idem, p. 39, punt 118e.

⁷⁷ Respectievelijk richtlijnen 2003/35/EG, 85/337/EEG en 96/61/EG.

⁷⁸ Op het verschil tussen inspraak op grond van afd. 3.4 Awb en participatie als bedoeld in deze scriptie, wordt in paragraaf 2.3.2 dieper ingegaan.

⁷⁹ Ook wel green-plating genoemd. Zie Squintani 2019, h1.

geen verdere aandacht worden besteed aan de Aarhusrichtlijn; deze richtlijn komt wat betreft participatie immers grotendeels overeen met het Verdrag van Aarhus.

Waar voorafgaand aan de analyse van mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus eerst moest worden onderzocht of positieve discriminatie wel mogelijk was in het licht van de verdragsrechtelijke anti-discriminatiebepaling, zal nu, voorafgaand aan het bespreken van mogelijkheden voor participatie en positieve discriminatie onder de Omgevingswet, eerst moeten worden vastgesteld dat positieve discriminatie binnen het Nederlandse (Grond)wettelijke stelsel is toegestaan. Daarvoor moet een blik worden geworpen op artikel 1 lid 1 van de Grondwet, dat bepaalt dat ‘allen die zich in Nederland bevinden, [...] in gelijke gevallen gelijk behandeld [worden].’ Een eerste aanwijzing voor het feit dat positieve discriminatie mogelijk is, volgt uit de zinssnede ‘gelijke gevallen gelijk behandeld’, implicerend dat ongelijke gevallen ongelijk behandeld mogen worden. Tevens werd het bij de parlementaire behandeling van artikel 1 in het kader van de grondwetsherziening van 1983 expliciet mogelijk geacht om ten aanzien van groepen die in een achterstandspositie verkeren positieve discriminatie toe te passen, mits deze tijdelijk zou zijn en nodig om een feitelijke achterstand weg te werken.⁸⁰ Daarnaast dient een dergelijk onderscheid objectief en redelijkerwijs te rechtvaardigen te zijn en moet het gekozen middel evenredig zijn aan het doel.⁸¹ Deze vereisten zullen we later terug zien in het hoofdstuk over positieve discriminatie in het arbeidsrecht.

In het hoofdstuk over positieve discriminatie in het arbeidsrecht zullen we ook zien dat in wetgeving zoals de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: AWGB) een aantal gronden is gedefinieerd op basis waarvan positieve discriminatie toegepast mag worden.⁸² Het betreft dan bijvoorbeeld voorkeursbeleid ten aanzien van vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep. Hier wordt als toegestane grond niet inkomens- of opleidingsniveau genoemd, op basis waarvan in eerste instantie geoordeeld zou kunnen worden dat positieve discriminatie op die gronden niet mogelijk is. Hierin valt echter een nuancering aan te brengen. Een concreet voorbeeld daarvan is dat er in het belastingstelsel onderscheid gemaakt wordt tussen mensen op basis van inkomensniveau; de hoogte van het inkomen bepaalt in welke belastingschijf men ‘zit’ en hoeveel belasting er moet worden afgedragen aan de fiscus.⁸³ Een dergelijk onderscheid wordt door de wetgever niet als strijdig met artikel 1 Grondwet gezien.⁸⁴

De vergelijking met belastingschijven is een zeer relevante voor het onderwerp van deze scriptie, aangezien in deze scriptie ook mogelijkheden worden onderzocht voor het maken van onderscheid op grond van inkomensniveau. Op basis hiervan kan geoordeeld worden dat er ten aanzien van inkomensniveau (en overigens ook opleidingsniveau) verschillende groepen in de samenleving waar te nemen zijn, waardoor er geen sprake is van gelijke gevallen is. Daardoor kan er positieve

⁸⁰ *Handelingen I* 1981/82, p. 392.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Zie art. 2 lid 3 AWGB en hoofdstuk 3 van deze scriptie.

⁸³ Bunschoten in: T&C Grondwet en Statuut, art. 1 GW, aant. 3 (laatst bijgewerkt 1 juli 2018).

⁸⁴ *Ibidem*.

discriminatie plaatsvinden in het voordeel van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau, ondanks het feit dat inkomens- en opleidingsniveau niet wordt genoemd als toegestane grond voor positieve discriminatie in de AWGB.

2.3.1 Publieke participatie onder de Omgevingswet: Ontoereikende uitgangspunten?

In eerste instantie wordt door de wetgever in de MvT bij de Omgevingswet benadrukt dat de Omgevingswet een ‘bescheiden bijdrage [kan] leveren aan het herstel van vertrouwen in de overheid door het faciliteren van burgerparticipatie’.⁸⁵ Participatie bevordert volgens de wetgever het vertrouwen van de burger in de rechtvaardigheid van het besluit en draagt daarmee bij aan het vertrouwen in de overheid.⁸⁶ Daarmee lijkt het belang van burgerparticipatie vooral een zeker eigenbelang van de wetgever te zijn: het vergroten van draagvlak en herstellen van vertrouwen in de overheid. Verderop in de MvT wordt echter toch gemeld dat ook daadwerkelijk waarde wordt gehecht aan wát de burger heeft in te brengen en dat de inbreng van belangstellenden en belanghebbenden niet alleen het draagvlak, maar ook de kwaliteit van besluitvorming kan vergroten.⁸⁷

De MvT noemt ook een aantal uitgangspunten van burgerparticipatie. Zo wordt met name de vroegtijdige betrokkenheid van burgers bij de voorbereiding van plannen of besluiten van belang geacht.⁸⁸ Betrokkenheid in de beginfase, nog voor de formele besluitvorming begint, biedt namelijk de meeste ruimte om de inbreng van burgers mee te nemen.⁸⁹ De andere uitgangspunten zijn dat de inbreng vanuit de maatschappij gedurende het gehele proces wordt meegenomen, dat eventuele initiatieven vanuit de maatschappij met dezelfde zorg worden behandeld als overheidsinitiatieven, dat de participatie op een transparante wijze plaatsvindt en dat participatie maatwerk moet zijn.⁹⁰ Dit zijn ook de uitgangspunten die in de Code Maatschappelijke Participatie (hierna: de Code) te vinden zijn.⁹¹ Hier wordt ook naar verwezen in de MvT; deze noemt het een belangrijke leidraad bij de voorbereiding van besluiten.⁹² Gebruik van de Code is echter niet expliciet verplicht gesteld in de Omgevingswet en in de Nota van toelichting (hierna: NvT) bij het Omgevingsbesluit wordt vermeld dat de wetgever er ook nadrukkelijk voor heeft gekozen om geen gedragscodes voor te schrijven.⁹³

Aangezien de Code als belangrijke leidraad bij de Omgevingswet wordt gezien, wordt hier nog opgemerkt dat deze in 2017 is geëvalueerd. Hoewel de ervaringen overwegend positief waren, wordt wel gemeld dat ‘het lastig is om een representatieve afspiegeling van de verschillende belanghebbenden inbreng te laten leveren, omdat bepaalde partijen bijvoorbeeld geen tijd kunnen of willen vrijmaken’, en dat dit de vraag oproept of de initiatieven en ideeën wel echt een afspiegeling

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 46.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Idem*, p. 217; Akerboom 2018, p. 126.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 47.

⁸⁹ *Idem*, p. 217; Akerboom 2018, p. 126.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 218.

⁹¹ Code Maatschappelijke Participatie, Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat.

⁹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 218.

⁹³ *Stb.* 2018, 290, p.139.

vormen van wat ‘echt leeft’.⁹⁴ Over welke groepen in de maatschappij dan overwegend (niet) deelnemen, wordt echter niets gezegd in het rapport.

2.3.2 Instrumentarium participatie en positieve discriminatie: Open kader als aanjager voor maatwerk of een ‘ticking the box’ cultuur?

Een blik op het instrumentarium van de Omgevingswet laat zien dat voor elk van die instrumenten is vastgelegd dat er de mogelijkheid is voor participatie in de besluitvorming. Zoals eerder genoemd, vindt de wetgever dat participatie maatwerk moet zijn.⁹⁵ Dit betekent volgens de wetgever dat niet wettelijk moet worden vastgelegd hoe de participatie er precies uit moet zien.⁹⁶ Ten aanzien van de instrumenten Omgevingsvisie (art. 10.7 Ob) en Programma (art. 10.8 Ob) hoeft bijvoorbeeld alleen achteraf in het besluit te worden vermeld hoe burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen zijn betrokken bij de voorbereiding en wat de resultaten daarvan zijn. Overigens moet bij beide instrumenten in beginsel de voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 Awb gevolgd worden, waarbij zienswijzen kunnen worden ingediend door eenieder (respectievelijk art. 16.26 Ow en art. 16.27 Ow).⁹⁷ Zoals in paragraaf 2.3 al kort werd aangestipt, betreft dit echter de meer geformaliseerde inspraakmomenten als er al een ontwerp voor een Omgevingsvisie dan wel Programma ligt. Plambeck vraagt zich om deze reden af of de zienswijzenprocedure uit afdeling 3.4 Awb wel voldoet aan het Verdrag van Aarhus, aangezien inspraak volgens het Verdrag vroegtijdig moet zijn.⁹⁸ Het feit dat de zienswijzenprocedure uit afdeling 3.4 pas start op het moment dat er een ontwerpbesluit ligt, maakt dat volgens Plambeck niet zozeer sprake is van een vroegtijdige inspraakprocedure, maar meer van een verkapte bezwaarprocedure.⁹⁹ Wat hier verder ook van zij, wordt in deze scriptie, mede gezien het uitgangspunt van vroegtijdigheid in de MvT bij de Omgevingswet, de focus meer gelegd op de meer informele participatieprocedures aan de voorkant van het besluitvormingsproces. Aan de zienswijzenprocedure uit afdeling 3.4 Awb wordt geen verdere aandacht besteed.

Bij de instrumenten Omgevingsplan (art. 10.2 lid 1 en lid 2 Ob) en Projectbesluit (artt. 5.47, 5.48, 5.51 Ow en art. 5.3 en 5.5 Ob) wordt wel van de initiatiefnemer van het project en het bevoegd gezag gevraagd om voorafgaand aan het vaststellen van respectievelijk plan en besluit vast te leggen hoe de participatie zal worden vormgegeven. Het Projectbesluit heeft de meest omvangrijke regeling voor participatie en behoort tot het instrumentarium van zowel Rijk, provincies als waterschappen voor het toestaan van complexe projecten in de fysieke leefomgeving met een publiek belang.¹⁰⁰ Als voorbeeld in de MvT bij de Omgevingswet wordt onder andere gegeven de ontwikkeling van energie-infrastructuur.¹⁰¹ Daarmee lijkt dit

⁹⁴ Van Schelven, Kuipéri, & Noordink 2017, p. 26.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 218.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 116.

⁹⁸ Plambeck 2019.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 116.

¹⁰¹ *Idem*, p. 148.

instrument dus het meest relevant voor het onderwerp van deze scriptie. In de totstandkoming van het Projectbesluit is een aantal fasen te onderscheiden, die hieronder kort worden toegelicht (voor zover relevant voor het onderwerp participatie):

- Stap 1: openbare kennisgeving van het voornemen een projectbesluit te nemen (voornemen).
 - o Het voornemen kan worden gezien als de start van de procedure om uiteindelijk te komen tot een projectbesluit en tevens als de start van een ‘breed (informeel) participatieproces, waarin het bevoegd gezag overleg pleegt met de relevante private belanghebbenden en overheden wiens belangen hierbij betrokken zijn.’¹⁰² Hierbij dient het bestuursorgaan een verantwoording van het gevoerde participatieproces te geven. Daarnaast geeft het bestuursorgaan aan hoe lang de participatietermijn duurt. Het SCP maakt daarbij echter de kanttekening dat de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om zelf een termijn vast te stellen aan bestuurders de mogelijkheid geeft om – met het argument van de voortgang – burgers ‘erbuiten’ te houden.¹⁰³
- Stap 2: bepalen van de reikwijdte van het onderzoek naar mogelijke gevolgen van het project.
- Stap 3: voorkeursbeslissing
 - o Het bestuur spreekt een voorkeur uit. Deze stap is vooral relevant wanneer een brede verkenning gewenst is, bijvoorbeeld een complex project waarbij een brede participatie past.
- Stap 4: ontwerpprojectbesluit.
 - o De uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb is van toepassing.
- Stap 5: Projectbesluit

Bij de start van de verkenning doet het bevoegd gezag een ‘kennisgeving participatie’ uitgaan.¹⁰⁴ Hierin staat wie worden betrokken, waarover en wanneer. In de verkenningsprocedure mag iedereen mogelijke oplossingen aandragen voor de beschreven opgave. In het uiteindelijke projectbesluit moet gemotiveerd worden hoe derden zijn betrokken, wat de resultaten zijn van de verkenning en moet worden ingegaan op de aangedragen oplossingen.

Tot slot, lijkt bij het instrument Omgevingsvergunning participatie niet verplicht: de initiatiefnemer moet aangeven of en zo ja hoe hij aan participatie heeft gedaan (art. 16.55 Ow en art. 7.4 lid 1 en 2 Omgevingsregeling¹⁰⁵).

Samengevat, is de strekking van de Omgevingswet dat er bij alle instrumenten, met uitzondering van de Omgevingsvergunning, participatie moet zijn, maar dat niet is vastgelegd hoe dat participatieproces eruit moet komen te zien. Die keuze valt op

¹⁰² Idem, p. 181.

¹⁰³ Van den Broek, e.a. 2016, p. 71.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3 (MvT Ow), p. 148.

¹⁰⁵ *Stcrt.* 2019, 56288.

zich te verdedigen, aangezien het de wens van de wetgever is dat participatie maatwerk moet zijn. Een open kader geeft ruimte voor een eigen invulling van het participatieproces en geeft waarschijnlijk ook ruimte voor positieve actie, zoals we in de volgende paragraaf zullen zien bij de bespreking van de Inspiratiegids Participatie. Wel ontstaat door het open kader het gevaar dat de participatieprocedures weinig om het lijf zullen hebben. Dat is ook één van de conclusie van Akerboom, die er in haar proefschrift voor waarschuwt dat door het gebrek aan normen inzake burgerparticipatie in de Omgevingswet een ‘ticking the box culture’ zal ontstaan, waarin magere participatieprocedures worden gevoerd, om zo het vereiste van participatie snel en (te) gemakkelijk te kunnen afvinken.¹⁰⁶ Het SCP geeft, zoals hierboven vermeld, eenzelfde waarschuwing af ten aanzien van de participatietermijn bij het instrument projectbesluit. Ook is het SCP van oordeel dat de wetgever in de Omgevingswet en het Omgevingsbesluit weinig blijf geeft van de ambitie om burgerparticipatie te willen bevorderen.¹⁰⁷ Ter vergelijking verwijst het SCP naar de Wet op het specifiek cultuurbeleid, waar in artikel 2 specifiek is opgenomen dat de verantwoordelijk minister is belast met het scheppen van voorwaarden voor het sociaal en geografisch spreiden of anderszins verbreiden van cultuuruitingen. Een dergelijke bepaling omtrent participatie had de Omgevingswet ook mogen bevatten, aldus het SCP.¹⁰⁸

2.3.3 Tips voor andere mensen aan tafel: De Inspiratiegids Participatie

Uit de bovenstaande omschrijving van de Omgevingswet en het Omgevingsbesluit blijkt dat niet specifiek is vastgelegd hoe participatie vormgegeven moet worden. Dat maakt enerzijds dat veel mogelijk lijkt te zijn, maar of uit het stilzwijgen van de wet mag worden opgemaakt dat bijvoorbeeld ook positieve discriminatie mag worden toegepast in participatieprocedures is onduidelijk. In de Inspiratiegids Participatie valt ondanks het open kader van de participatieregeling in de Omgevingswet toch meer te lezen over participatie en over mogelijkheden voor positieve discriminatie.¹⁰⁹ Deze gids is opgesteld aangezien door de wetgever al werd erkend dat niet alle partijen de benodigde kennis hadden om een participatietraject goed vorm te geven en een zekere handreiking behulpzaam werd geacht.¹¹⁰ De gids heeft de vorm gekregen van een website en is sinds april 2017 online. Er zijn ‘mogelijke aanpakken, succes- en faalfactoren en praktijkvoorbeelden te vinden die inspireren en helpen bij het vormgeven van participatie in samenspel met partijen’.¹¹¹

De Inspiratiegids zou aanvankelijk de naam ‘handreiking’ krijgen, maar dat zou mogelijk een verkeerde indruk van de juridische status ervan kunnen geven: de gids pretendeert die namelijk in geen enkel opzicht te hebben, dus bijvoorbeeld ook niet die van beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb.¹¹² De formulering van de

¹⁰⁶ Akerboom 2018, p. 128.

¹⁰⁷ Van den Broek e.a. 2016, p. 29.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Zie: www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl

¹¹⁰ *Stb.* 2018, 290, p. 139.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Koers & Bröring 2017.

inhoud van de Inspiratiegids lijkt het juridisch vrijblijvende karakter ervan ook te willen benadrukken, door voor de aanbevelingen de vrijblijvend klinkende naam ‘tips’ te gebruiken. Tekenend is ook dat in de NvT bij het Omgevingsbesluit wordt benadrukt dat de gids niet alleen gericht is op overheden, maar ook op burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties.¹¹³ Het is echter zeer wel mogelijk dat de tips een bindend karakter krijgen indien lokale overheden de tips ter harte nemen en ze bijvoorbeeld opnemen in een participatieplan of in de kennisgeving participatie. Zo deed de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in januari 2020 een uitspraak over participatiebepalingen in een door Provinciale Staten van Friesland opgestelde startnotitie, waarin zij ‘de inhoudelijke en procesmatige uitgangspunten voor het opstellen van een Provinciaal Inpassingsplan ten behoeve van de aanleg van het windpark’ vastleggen.¹¹⁴ Over participatie wordt in de notitie onder andere gezegd dat er een omgevingsadviesraad moet worden ingesteld en dat er inspraak- en informatieavonden zullen zijn. De Afdeling oordeelde dat de bepalingen in de startnotitie, waaronder ook die over participatie, moesten worden aangemerkt als inspanningsverplichtingen.¹¹⁵ De conclusie van het bovenstaande moet luiden dat, hoewel de tips in de Inspiratiegids misschien wel vrijblijvend zijn, maar dat ze niet meer zo vrijblijvend zijn als ze eenmaal zijn vastgelegd in een participatieplan. Hiermee verdwijnt mogelijk het open normenkader dat de Omgevingswet voor ogen heeft als het gaat om participatie.

Ter illustratie van de bovenstaande conclusie omtrent het bindende karakter van participatiebepalingen, wordt hier nog gewezen op een participatieplan van binnen de provinciegrenzen, namelijk dat van de gemeente Stadskanaal. Dit plan werd opgesteld met het oog op de ontwikkeling van een nieuwe omgevingsvisie en een nieuw omgevingsplan. Hierin wordt duidelijk het voornemen geuit om met verschillende werkvormen zoveel mogelijk verschillende sociale groepen te bereiken. Zo is er het voornemen om gebruik te maken van het internet om voorlichting te geven, maar ook om polls via Facebook uit te zetten en om enquêtes via internet te verspreiden. Over die enquêtes wordt het volgende vermeld:

‘Afhankelijk van het onderwerp en de doelgroep(en) kunnen we gericht personen uitnodigen om hieraan deel te nemen, via onder andere wijk- en ondernemersverenigingen, wijkbladen, huis-aan-huisbladen en/of Facebook.’

Even verderop wordt gesproken over het plan om samen met inwoners van Stadskanaal door hun leefomgeving te fietsen, om zo de kwaliteiten en aandachtspunten in de wijk te bekijken. Daarbij wordt vermeld:

‘We willen ook de werkende Knoalsters benaderen, dus dit organiseren we al naar gelang de mogelijkheden op vrijdagmiddagen, zaterdagen of vroeg in de avond richting het voorjaar (wanneer het nog licht is).’

¹¹³ Stb. 2018, 290, p. 139.

¹¹⁴ ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301; Startnotitie Nij Hiddum Houw, via fryslan.frl

¹¹⁵ ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301, r.o. 48.2.

Tot slot wordt nog aandacht besteed aan plannen om andere belanghebbenden zoals ondernemers, de landbouw-, natuur- en toeristische sector en jongeren te betrekken met concrete activiteiten. In de hierna volgende paragrafen is te zien dat de bovenstaande voorbeelden uit het participatieplan van de gemeente Stadskanaal ook in de Inspiratiegids Participatie zijn te vinden.

Op de site van de Inspiratiegids wordt in verschillende lemmata aandacht besteed aan het probleem van representatie en de vraag hoe meer verschillende soorten mensen betrokken kunnen worden bij participatieprocessen. Vervolgens worden korte tips gegeven om dit probleem te verhelpen. Eén daarvan is: ‘pas je verhaal aan aan de personen of partijen die je wilt verleiden tot samenwerking’, en een andere: ‘ga gericht op zoek naar ontbrekende doelgroepen/belangengroepen.’¹¹⁶ Beide tips kunnen gedefinieerd worden als positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen; wanneer specifiek naar de groep lager opgeleiden wordt gecommuniceerd met een verhaal dat op hen is afgestemd, zullen zij een sterkere startpositie in gaan nemen.

Op een ander deel van de site wordt gesproken over ongelijkheid, waarbij als tip wordt gegeven:

‘bested extra aandacht aan de positie van kwetsbare burgers met een minder sterke uitgangspositie. Mondige burgers hebben vaak al meer kennis van hoe de hazen lopen en meer gelegenheden om mee te doen.’¹¹⁷

Hoewel niet geheel duidelijk is hoe de extra aandacht uit de eerste zin vormgegeven moet worden, kunnen mijns inziens toch handvatten worden ontleend aan de tweede zin. Hierin wordt vermeld dat niet-kwetsbare groepen over meer kennis beschikken en meer gelegenheden hebben om deel te nemen. Met het oog daarop, zou geconcludeerd kunnen worden dat de extra aandacht dus moet zien op meer informatievoorziening en speciale mogelijkheden tot participatie specifiek voor kwetsbare burgers. De informatievoorziening komt net als in de alinea hierboven neer op positieve actie in de zin van gelijkheid van kansen. De tweede mogelijkheid, van meer gelegenheden tot participatie specifiek voor kwetsbare burgers is echter te definiëren als positieve actie in de zin van gelijkheid van uitkomsten: zoals in de tip ook wordt gezegd, hebben niet-gemarginaliseerde burgers feitelijk vaak al meer gelegenheden om mee te doen, en door nu specifiek een mogelijkheid tot participatie te openen voor de kwetsbare groepen, worden zij op een gelijke eindpositie gebracht als de niet-gemarginaliseerde groepen.

In het lemma ‘andere mensen aan tafel’ wordt gesproken over de vaak geuite zorg van ambtenaren dat zij altijd dezelfde mensen aan tafel krijgen bij informatieavonden en daarom ook altijd dezelfde visie of belangen horen.¹¹⁸ De tip die vervolgens gegeven wordt, luidt: ‘Als je andere groepen wil betrekken, dan is het de kunst je actief in te leven in hun belevingswerelden.’ Vervolgens wordt gesuggereerd

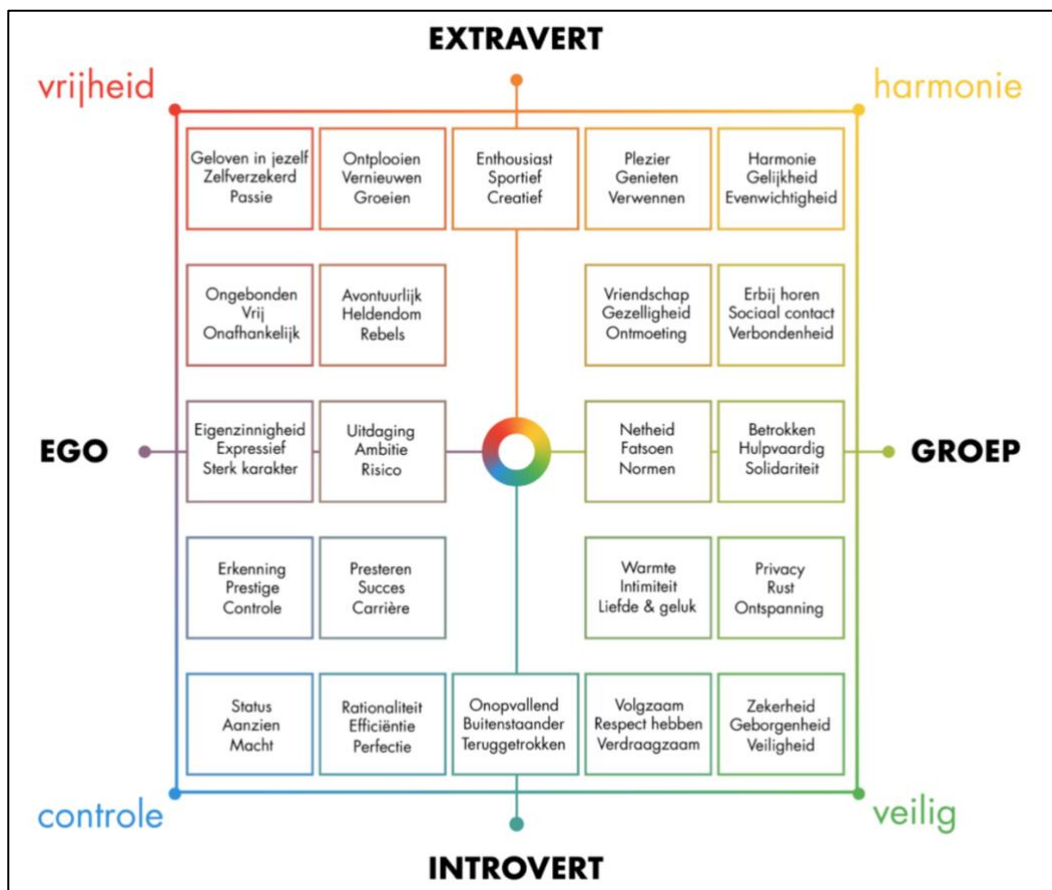
¹¹⁶ Inspiratiegids Participatie, draagvlak.

¹¹⁷ Idem, participatie.

¹¹⁸ Idem, andere mensen aan tafel.

om – bijvoorbeeld aan de hand van een leefstijlmodel, zoals het hieronder afgebeelde BSR-model – eerst de verschillende maatschappelijke groepen te identificeren die mogelijk beïnvloed worden door het project en daardoor mogelijk ook willen meepraten. Deze verschillende werkgroepen zouden dan kunnen worden aangesproken met een werkvorm die bij hen past. Er wordt ook een aantal suggesties voor werkvormen genoemd, zoals klankbordgroepen, maar ook ontmoetingen bij de kraam op de markt, op een wijkfeest, of bij een een-op-een-gesprek bij een kop koffie.

De verschillende maatschappelijke groepen die in het BSR-model worden onderscheiden zijn ingedeeld op basis van vier segmenten, die zijn gekoppeld aan woorden en kleuren (zie Figuur 1). Onderscheiden worden de rode leefstijl (vrijheid, ook wel ‘avontuurzoekers’), de gele leefstijl (harmoniezoekers), de groene leefstijl (rustzoekers) en de blauwe leefstijl (controle, ook wel ‘inzichtzoekers’). De achtergrondinformatie bij het model laat zien dat mensen die tot een bepaald segment behoren, vaak gedeelde eigenschappen hebben, waaronder ook het inkomens- en opleidingsniveau. De rode types zijn bijvoorbeeld voornamelijk hoogopgeleide mensen met een bovenmodaal inkomen en de gele types zijn in meerderheid mensen met een middelbare opleiding en een modaal inkomen.



Figuur 1: het BSR-model waar de Inspiratiegids Participatie naar verwijst in het lemma ‘andere mensen aan tafel’.¹¹⁹

¹¹⁹ Figuur verkregen via www.leefstijlvinder.nl

Na de tip over het gebruik van het BSR-model, vervolgt de Inspiratiegids met de tip: ‘Wanneer je nog in de ideeënfase bent ga je eerder op zoek naar rode en gele types. Zij zijn bereid om mee te denken en creëren.’ Zoals hiervoor aangehaald zijn de rode en gele types echter nu juist de mensen met een gemiddeld of hoger inkomens- en opleidingsniveau. Het feit dat men in een lemma met als onderwerp ‘andere mensen aan tafel’ wordt aangespoord om juist die types mensen uit te nodigen die al vaker aan tafel zitten, komt op mij vreemd over. Wel toont het bovenstaande mijns inziens aan dat het mogelijk is om verschillende maatschappelijke groepen op verschillende momenten in het proces te betrekken. In termen van het hierboven geïntroduceerde model, zou het bijvoorbeeld juist wenselijk zijn om meer ‘groene types’ uit te nodigen aan het begin van het participatieproces. Bovengenoemde tip zou zowel positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen als in de vorm van gelijkheid van uitkomsten kunnen behelzen. Indien de focus meer ligt op het opzoeken en stimuleren tot deelname van minderheidsgroepen en niet zozeer op de uitsluiting van overige groepen, dan is sprake van gelijkheid van kansen. Wordt echter getracht om alleen de minderheidsgroep te laten deelnemen met uitsluiting van andere groepen, dan is meer sprake van gelijkheid van uitkomsten.

Op basis van de informatie in de Inspiratiegids Participatie lijkt positieve discriminatie in het systeem van de Omgevingswet dus in zoverre mogelijk dat verschillende manieren en een verschillende intensiteit en complexiteit van communicatie naar verschillende maatschappelijke groepen mogelijk is. Partijen, waaronder (lokale) overheden, worden aangespoord om gericht te zoeken naar, meer aandacht te besteden aan en andere communicatievormen te gebruiken ten aanzien van minder goed vertegenwoordigde doelgroepen, met als doel die groepen ook deel te laten nemen aan het besluitvormingsproces. Daarmee lijken deze maatregelen voornamelijk een vorm van gelijkheid van kansen te behelzen. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om op verschillende momenten in het proces verschillende soorten mensen aan te trekken, waarbij ook aandacht lijkt te mogen worden besteed aan opleidings- en inkomensniveau. Zoals hierboven uiteengezet, zou een dergelijke maatregel zowel als positieve actie in de zin van gelijkheid van kansen als in de zin van gelijkheid van uitkomsten kunnen worden vormgegeven.

2.4 Samenvatting en conclusies: De deur naar positieve discriminatie staat open

Uit zowel de wetenschappelijke literatuur als uit de motieven die ten grondslag liggen aan het Verdrag van Aarhus en de toekomstige Omgevingswet, blijkt dat aan participatie veel belang wordt gehecht. Mede gezien dit belang, is in dit hoofdstuk onderzocht welke ruimte het Verdrag van Aarhus en het stelsel van de Omgevingswet precies bieden voor participatie in het algemeen en, meer in het bijzonder, voor positieve actie van gemarginaliseerde groepen zoals mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Hieronder worden de belangrijkste conclusies uit dit hoofdstuk samengevat en wordt een antwoord op de subvraag geformuleerd.

Ten aanzien van het Verdrag van Aarhus is enerzijds de antidiscriminatiebepaling uit artikel 3 lid 9 van belang, en anderzijds ook artikel 6, 7 en 8 die specifiek zien op participatie in besluitvormingsprocedures over

respectievelijk besluiten over specifieke activiteiten, over plannen, programma's en beleid en tot slot over de uitvoerende regelingen en/of algemeen toepasselijke wettelijk bindende normatieve instrumenten. Hoewel bij eerste lezing van artikel 3 positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus niet toegestaan lijkt te zijn, lijkt dat bij lezing van de Implementation Guide en de Maastricht Recommendations toch genuanceerder te liggen. In de Implementation Guide wordt immers vermeld dat de antidiscriminatiebepaling met name behulpzaam is bij de identificatie van het betrokken publiek. In de Maastricht Recommendations wordt vervolgens gemeld dat bij deze identificatie speciale aandacht moet worden besteed aan personen die mogelijk wel willen, maar niet kunnen deelnemen. Mede in het licht van deze bepalingen, zou verdedigd kunnen worden dat op basis van de grond 'woonplaats' positieve actie toegepast kan worden ten aanzien van gemarginaliseerde groepen, zoals mensen met een lager opleidings- en inkomensniveau. Dergelijke groepen wonen immers in andere gebieden dan niet-gemarginaliseerde groepen.

Vervolgens blijken er in artikel 6 diverse mogelijkheden voor positieve discriminatie gelezen te kunnen worden, zij het dat de ene mogelijkheid explicieter dan de andere is. Tot de explicietere mogelijkheden voor positieve actie behoren de mogelijkheid om specifieke aandacht te schenken aan gemarginaliseerde groepen bij de kennisgeving van het project en de mogelijkheden om te participeren. Er kan bijvoorbeeld gekozen worden om specifiek informatie aan die groepen te geven en daarnaast kan ervoor gekozen worden die informatie op niet-technische wijze te omschrijven. Hiermee is vooral de weg naar positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen geopend. Ook ten aanzien van de wijze van het naar voren brengen van standpunten geldt dat positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen kan worden nagestreefd, door aan gemarginaliseerde groepen, de gelegenheid te bieden om standpunten ofwel schriftelijk ofwel mondeling naar voren te brengen, in een open sfeer, waarbij zo min mogelijk (fysieke) afstand wordt gecreëerd tussen burgers en overheid. Ten aanzien van de regelingen omtrent redelijke termijnen en doeltreffende inspraak zijn er maatregelen te bedenken die neerkomen op positieve actie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten. Zo zou aan gemarginaliseerde groepen een langere voorbereidingstermijn geboden kunnen worden of zou meer gewicht toegekend kunnen worden aan hun inbreng. Dergelijke maatregelen zijn echter niet direct af te lezen aan het Verdrag en de bijbehorende documenten.

Wat betreft de Omgevingswet, valt op dat de uitgangspunten van participatie in ieder geval grotendeels overeenkomen met bepalingen uit artikel 6 van het Verdrag van Aarhus. Zo moet de participatie vroegtijdig plaatsvinden en moet de inbreng van burgers daadwerkelijk worden meegenomen in de afweging. De Omgevingswet en het Verdrag komen eveneens overeen in die zin dat in beide regelingen met name een aantal kernvereisten is uitgewerkt, maar dat niet precies is vastgelegd hoe de participatie er voor de rest uit moet zien. Wel verplicht in de Omgevingswet is dat participatie moet plaatsvinden bij de instrumenten omgevingsvisie, omgevingsprogramma, omgevingsplan en projectbesluit. In de Omgevingswet kiest het bestuursorgaan zelf hoe het participatieprocedures inricht en hoe lang de participatietermijnen duren. Op basis van de Omgevingswet zelf lijkt er in principe

dus veel mogelijk, wat ook blijkt uit de Inspiratiegids Participatie. Hier wordt redelijk expliciet de deur naar positieve actie geopend, al wordt het niet zo genoemd. Enerzijds gaat het dan om gelijkheid van kansen, bijvoorbeeld wanneer verschillende werkvormen gekozen worden voor verschillende groepen in de samenleving. Door een laagdrempelige werkvorm te kiezen, krijgen mensen met lagere opleiding en lager inkomen een betere startpositie en wordt de kans groter dat zij deelnemen aan de participatieprocedure. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om de informatie in complexiteit aan te passen aan de doelgroep. Daarnaast zijn er nog mogelijkheden voor positieve actie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten te herkennen in de tips die worden gegeven. Zo lijkt de mogelijkheid te bestaan om specifieke participatiemogelijkheden voor gemarginaliseerde groepen te introduceren, om zo te compenseren voor het feit dat andere groepen meer mogelijkheden hebben om te participeren. Daarnaast wordt gesuggereerd om per fase te bekijken welke maatschappelijke groep daarbij het beste kan participeren. Daarmee ligt de weg open om bijvoorbeeld de eerste fase exclusief open te stellen voor mensen met een lager inkomens- of opleidingsniveau.

Nu is vastgesteld dat er ruimte is voor positieve discriminatie in het wettelijke stelsel van de Omgevingswet, is het van belang verder te onderzoeken hoe die ruimte het beste kan worden ingevuld. Hoewel de Inspiratiegids Participatie al een aantal tips geeft, kan waarschijnlijk veel geleerd worden van het arbeidsrecht, waar veel ervaring bestaat met voorkeursbeleid. In het volgende hoofdstuk worden dan ook deze arbeidsrechtelijke mogelijkheden en het belang ervan voor het omgevingsrecht onderzocht.

Hoofdstuk 3: Mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Nederlandse arbeidsrecht

Zoals hiervoor is gebleken, is er ruimte voor positieve discriminatie binnen het nieuwe omgevingsrechtelijke stelsel van de Omgevingswet, maar is nog niet helemaal duidelijk hoe die ruimte precies ingevuld kan worden. Mogelijk kan het arbeidsrecht hierbij behulpzaam zijn, aangezien daar veel ervaring bestaat met positieve discriminatie. Met die gedachte is de tweede subvraag opgesteld, die in dit hoofdstuk zal worden onderzocht: welke mogelijkheden voor positieve discriminatie bestaan er in het Nederlandse arbeidsrecht en hoe zouden deze zijn toe te passen in het omgevingsrecht? Daartoe wordt eerst het voor het arbeidsrecht en gelijkebehandelingsrecht relevante wettelijk kader geschetst (paragraaf 3.1). Daarna worden de mogelijkheden voor het voeren van voorkeursbeleid onder de diverse wettelijke regimes behandeld, gevolgd door de daarbij te hanteren criteria (paragraaf 3.2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan direct en indirect onderscheid (paragraaf 3.3), om in paragraaf 3.4 af te sluiten met een samenvatting en vertaling van de mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Nederlandse arbeidsrecht naar het omgevingsrecht.

3.1 Wettelijk kader gelijke behandeling in het arbeidsrecht

Bezien vanuit nationaal oogpunt is voor het gelijkebehandelingsrecht en positieve discriminatie in de eerste plaats artikel 1 van de Grondwet relevant, dat een algemeen discriminatieverbod bevat. Zoals in het vorige hoofdstuk werd besproken, sluit dit artikel positieve discriminatie niet uit. Aangezien het artikel echter niet specifiek ziet op horizontale rechtsverhoudingen, ontstond de wens om wetgeving te introduceren die wel op die verhoudingen is toegespitst.¹²⁰ Zo ziet de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: AWGB) specifiek op de verhoudingen tussen werkgever en werknemer en verhoudingen tussen dienstverleners en afnemers van die diensten.¹²¹ Op grond van deze wet is het verboden onderscheid te maken op grond van godsdienst, politieke gezindheid, afkomst, geslacht, zwangerschap, nationaliteit, seksuele gerichtheid of burgerlijke staat.¹²²

Naast de AWGB zijn er nog de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (hierna: WGB) en de artikelen 7:646 tot en met 7:649 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), die onder andere een verbod bevatten op onderscheid tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en in de arbeidsvoorwaarden. Ten aanzien van gehandicapten en chronisch zieken is er nog de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekten (hierna: WGB/cz), die ziet op ongeveer dezelfde terreinen als de AWGB; dus zowel arbeid, als ook goederen en diensten, maar ook het vrije beroep, lidmaatschap van een vakbond of vereniging van beroepsgenoten, het beroepsopleiding, het basis- en voortgezet onderwijs, wonen en

¹²⁰ *Kamerstukken II 1991/92, 22014, nr. 5* (Memorie van Antwoord AWGB), p. 6.; Gerards 2011, p. 13-14.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Art. 5 lid 1 AWGB.

openbaar vervoer. Tot slot is er de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (hierna: WGBL), die van werving en selectie tot aan ontslag een verbod op ongerechtvaardigd onderscheid op basis van leeftijd inhoudt.

3.2 Voorkeursbeleid: Ongelijke behandeling ter bestrijding van ongelijkheid

Een deel van de bovenstaande wetten bevat regelingen om positieve actie in de vorm van het voeren van voorkeursbeleid mogelijk te maken, met als doel deze doelgroepen in een bevoorrechte positie te plaatsen om zo feitelijke achterstanden op te heffen of te verminderen.¹²³ Voorkeursbeleid is gebaseerd op de aanname dat het voor het opheffen van ongelijkheid soms niet voldoende is om discriminatie te bestrijden, maar dat ook actief sociaal beleid gevoerd moet worden.¹²⁴ Als dergelijk voorkeursbeleid niet mogelijk zou zijn als gevolg van het discriminatieverbod (dus als er alleen *de facto* gelijkheid zou bestaan), zou dit verbod dus het eigen doel voorbijschieten.¹²⁵ Hieronder worden eerst kort de wettelijke regelingen voor voorkeursbeleid aangestipt, waarna in de volgende paragraaf wordt ingegaan op de criteria en de diverse vormen van voorkeursbeleid, waarbij we zullen zien dat voorkeursbeleid gericht kan zijn op zowel het creëren van gelijkheid van kansen als ook op gelijkheid van uitkomsten.

In artikel 2 lid 3 van de AWGB wordt de mogelijkheid geboden om voorkeursbeleid te voeren ten aanzien van vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep om zo feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen. De regeling voor positieve discriminatie in de AWGB is minder ruim dan in de richtlijnen waarop een deel van de AWGB is gebaseerd;¹²⁶ de richtlijnen stonden ook positieve discriminatie ten aanzien van de gronden godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid.¹²⁷ Voorkeursbeleid op de grond handicap (en chronische ziekte) is echter wel mogelijk met de WGB/cz, om zo feitelijke nadelen verband houdende met deze gronden op te heffen of te verminderen.¹²⁸

Voor het mogen voeren van voorkeursbeleid wordt een viertal criteria gehanteerd door het College voor de Rechten van de Mens (hierna: CRM),¹²⁹ met verwijzing naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU):¹³⁰

1. Aantoonbare achterstand: voldoende aannemelijk moet zijn dat er een achterstand is van de betreffende doelgroep;

¹²³ Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/198.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Richtlijn nr. 2000/43/EG (Anti-rassendiscriminatie richtlijn); richtlijn nr. 2000/78/EG (Kaderrichtlijn).

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28770, nr. 3, p. 8. (MvT wijziging AWGB).

¹²⁸ Zie art. 3 lid 1 sub c WGB/cz.

¹²⁹ Zie onder andere CGB 15 december 2011, 2011-198, ECLI:NL:XX:2011:BW0225, JAR 2012/78, r.o. 3.15.

¹³⁰ Onder meer de zaken *Kalanke* (HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, NJ 1996, 507) en *Badeck* (HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97). Zie Squintani en Schoukens 2019 voor een uiteenzetting van deze zaken.

2. Kenbaarheid: bij de openbaarmaking van een vacature moet worden vermeld dat een voorkeursbeleid wordt gevoerd en dat de vacature voor eenieder openstaat;
3. Zorgvuldigheid: alle kandidaten moeten objectief worden beoordeeld, waarbij men rekening moet houden de mate waarin elke kandidaat aan de eisen uit de vacature beantwoordt. Benoeming van een kandidaat uit de voorkeursgroep kan alleen plaatsvinden bij *gelijke geschiktheid* van de kandidaat.
4. Evenredigheid: de zwaarte van de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.¹³¹

De ‘gelijke geschiktheid’, hiervoor genoemd onder punt 3, wordt door Sloot benoemd als ‘zwakke voorkeur’.¹³² Een dergelijke maatregel is te typeren als positieve discriminatie in de zin van gelijkheid van kansen: de persoon uit de voorkeursgroep wordt met een dergelijke maatregel een meer gelijke startpositie geboden. Daarnaast onderscheidt Sloots nog twee andere, intensievere vormen van voorkeursbehandeling, waarbij de ‘sterke voorkeur’ inhoudt dat de voorkeur uitgaat naar de persoon uit de voorkeursgroep, ook al is deze minder goed gekwalificeerd.¹³³ De vorm ‘absolute voorkeur’ houdt vervolgens in dat alleen personen uit de voorkeursgroep in aanmerking komen.¹³⁴ Deze laatste twee vormen hebben sterke trekken van een *quotum* en zijn beide te karakteriseren als positieve discriminatie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten. De maatregelen zijn immers meteen gericht op het bereiken van het einddoel: het aannemen van meer personen uit een minderheidsgroep. Dergelijke vormen van voorkeursbehandeling zijn in beginsel echter niet toegestaan, zoals ook volgt uit punt 3 van de hierboven genoemde criteria van het CRM.

Hoewel op basis van het voorgaande dus alleen een ‘zwakke voorkeur’ toegestaan lijkt te zijn, heeft de Commissie Gelijke Behandeling (de rechtsvoorganger van het CRM) echter toch ruimte voor een ‘sterke’ of ‘absolute’ voorkeur gecreëerd. De strenge zorgvuldigheidstoets, op basis waarvan alleen een ‘zwakke voorkeur’ is toegestaan, komt namelijk voort uit casuïstische jurisprudentie van het HvJ EU en niet uit de wet, zoals de andere vereisten.¹³⁵ Op basis daarvan kwam de CGB tot het oordeel dat maatregelen waarbij een groep absoluut en onvoorwaardelijk wordt uitgesloten onder zeer uitzonderlijke omstandigheden toch gerechtvaardigd kunnen zijn.¹³⁶ De afgelopen jaren hebben de CGB en het CRM meermaals over dergelijke maatregelen moeten oordelen, bijvoorbeeld in de zaken waarin respectievelijk de Rijksuniversiteit Groningen (hierna: RUG) en de Technische Universiteit Delft (hierna: TU Delft)

¹³¹ Deze eisen zijn ook conform aan wat de wetgever in 1991 voor ogen had. In de Memorie van Antwoord bij de AWGB (*Kamerstukken II 1991/92*, 22014, nr. 5, p.74) valt te lezen dat de achterstand duidelijk aantoonbaar moet zijn aan de hand van bijvoorbeeld statistische gegevens, dat de inhoud van het voorkeursbeleid moet worden gerechtvaardigd door de mate van de achterstand en dat de gekozen maatregelen daadwerkelijk tot effect moeten kunnen hebben dat de achterstand van de bevoorrechte groep personen wordt verminderd of opgeheven.

¹³² Sloot 2014, p. 12.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ CGB 7 juli 2008, 2008-81, par. 3.21.

¹³⁶ Ibidem.

maatregelen treffen om meer vrouwen aan te trekken.¹³⁷ Of in deze zaken van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake was, werd beoordeeld aan de hand van de omvang en de bestendigheid van de achterstand van vrouwen.¹³⁸ In de zaak tegen de RUG oordeelde de CGB dat er niet een dusdanige hardnekkige achterstand was dat een voorkeursbeleid dat functies voor vrouwen reserveert gerechtvaardigd was.¹³⁹ In de zaak tegen de TU Delft werd deze achterstand wel aangenomen, op basis van uitgebreide statistische gegevens over de achterstand van vrouwen. In dat oordeel werd overigens ook meegenomen dat de TU Delft al eerder tevergeefs maatregelen had genomen om meer vrouwen aan te trekken en dat de voorliggende maatregel om het reserveren van slechts tien posities ging en de maatregel daarmee dus relatief weinig effect had op de kansen van mannen.¹⁴⁰ In mei 2019 werd bekend dat de Technische Universiteit Eindhoven (hierna: TU/e) met een speciaal traject ging starten waarin vacatures gedurende de eerste zes maanden alleen opengesteld zouden worden voor vrouwen.¹⁴¹ Ook de TU/e beroept zich op een hardnekkige achterstand die met eerdere maatregelen niet opgelost kon worden.¹⁴²

Hoe het HvJ EU oordeelt over deze door de CGB en het CRM in gang gezette hantering van quota is onduidelijk. Wel kan gewezen worden op een ontwerprichtlijn van de Europese Commissie, die voorstelt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat 40% van de niet-uitvoerende bestuurders in beursgenoteerde bedrijven in 2022 vrouw moet zijn.¹⁴³ In september 2019 verscheen in Nederland een rapport van de Sociaal-Economische Raad, die mede met het oog op deze ontwerprichtlijn een dergelijk quotum aanbeval aan de wetgever.¹⁴⁴ In december 2019 stemde de Tweede Kamer in met een motie waarin werd opgeroepen dit advies te volgen en een bindend vrouwenquotum voor de raad van commissarissen van beursgenoteerde bedrijven te introduceren.¹⁴⁵ Met het oog hierop lijkt het creëren van gelijkheid van uitkomsten in de vorm van een quotum voor minderheidsgroepen in ieder geval meer acceptabel te worden. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk zal worden uiteengezet hoe de hierboven beschreven verschillende vormen van voorkeursbeleid kunnen worden toegepast in het omgevingsrecht.

3.3 Direct en indirect onderscheid: Martin Luther King en taaleisen

Hierboven werd aandacht besteed aan de expliciete wettelijke mogelijkheid om voorkeursbeleid te voeren ten aanzien van de gronden geslacht, ras en handicap/chronische ziekte. Daarnaast moet nog aandacht besteed worden aan een andere manier om verschillende maatschappelijke groepen op andere wijze te

¹³⁷ CGB 15 december 2011, 2011-198, ECLI:NL:XX:2011:BW0225, JAR 2012/78; CRM 18 december 2012, 2012-195, JAR 2013/41.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ CGB 15 december 2011, 2011-198, ECLI:NL:XX:2011:BW0225, JAR 2012/78.

¹⁴⁰ CRM 18 december 2012, 2012-195, JAR 2013/41.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld: <https://www.tue.nl/en/working-at-tue/scientific-staff/irene-curie-fellowship/>

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Voorstel Richtlijn verbetering man-vrouwverhouding (COM/2012/0614 final - 2012/0299).

¹⁴⁴ Sociaal Economische Raad 2019, p. 106.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35300-XIII, nr. 55 (motie van de leden Verhoeven en Geluk-Poortvliet).

behandelen. Het gaat dan om de begrippen ‘direct onderscheid’ en ‘indirect onderscheid’.¹⁴⁶ Bij eerstgenoemde vorm wordt onderscheid gemaakt op grond van een wettelijk verboden onderscheid, zoals wanneer een werkgever alleen maar Nederlanders aan wil nemen.¹⁴⁷ In beginsel is direct onderscheid verboden, maar er kunnen uitzonderingen zijn. In het geval van wetten met een zogeheten ‘gesloten systeem’, zoals de WGB, art. 7:646 BW, de AWGB en de WGB/cz, moeten dat uitzonderingsgronden zijn die in de wet zijn genoemd.¹⁴⁸ Zo mag wel een direct onderscheid worden gemaakt op grond van ras als dat onderscheid betrekking heeft op uiterlijke kenmerken die met dat ras samenhangen en een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormen.¹⁴⁹ Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een vacature waarin gezocht wordt naar een acteur die Martin Luther King speelt.¹⁵⁰ In het ‘open systeem’ van de WGBL en art. 7:648 en 649 zijn de mogelijke uitzonderingsgronden niet wettelijk vastgelegd en geldt dus meer vrijheid.¹⁵¹

Wanneer een werkgever er bijvoorbeeld niet voor kiest om als eis te stellen dat werknemers de Nederlandse nationaliteit moeten hebben, maar wel de eis stelt dat werknemers uitsluitend de Nederlandse taal mogen spreken, dan is sprake van indirect onderscheid: er lijkt sprake te zijn van een neutrale eis, maar in de praktijk benadeelt zij alsnog het overgrote deel van de niet-Nederlandse werkzoekenden.¹⁵² Indirect onderscheid kan volgens alle gelijkebehandelingswetgeving toegestaan zijn,¹⁵³ mits er een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de maatregel is.¹⁵⁴ Deze rechtvaardigingsgrond moet worden getoetst aan een drietal cumulatieve criteria die zijn ontwikkeld door het HvJ EU:

1. Het onderscheid moet worden gerechtvaardigd worden door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie;
2. De gekozen middelen beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming;
3. De middelen moeten geschikt en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken.¹⁵⁵

In het voorbeeld van de taaleis hierboven is sprake van een negatieve situatie, waarin een minderheidsgroep wordt benadeeld. Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin indirecte discriminatie juist gebruikt kan worden ter bevoordeling van de arbeidsdeelname van een minderheidsgroep. Door eisen te stellen waaraan met name

¹⁴⁶ Loonstra & Zondag 2015, p. 363.

¹⁴⁷ Zie de definitie van direct onderscheid in art. 1 lid 1 sub b AWGB, art. 1 sub b WGB/cz en art. 1 sub b WGBL.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT AWGB), p. 14.

¹⁴⁹ Art. 2 lid 4 sub b AWGB.

¹⁵⁰ Art. 2 lid 4 sub b jo. lid 6 AWGB en art. 2 onder a van het Besluit gelijke behandeling. Voor het voorbeeld van Martin Luther King: <https://mensenrechten.nl/nl/gelijkebehandelingswetgeving>

¹⁵¹ Loonstra & Zondag 2015, p. 363.

¹⁵² Zie de definitie van indirect onderscheid in art. 1 lid 1 sub c AWGB, art. 1 sub c WGB/cz en art. 1 sub c WGBL.

¹⁵³ Loonstra & Zondag 2015, p. 366. Zie ook bijv. art. 2 lid 1 AWGB.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (*Bilka*), r.o. 36.

de minderheidsgroep aan kan voldoen, ontstaat positieve actie in de zin van gelijkheid van kansen. Indien het bijvoorbeeld gewenst wordt geacht om mensen met een niet-Nederlandse achtergrond in dienst te nemen, zou specifiek gevraagd kunnen worden naar mensen die vloeiend een bepaalde vreemde taal spreken. Op deze manier hebben mensen met een achtergrond in het land waar die betreffende taal wordt gesproken een voorsprong op Nederlandse personen. In de volgende paragraaf wordt uiteengezet hoe indirecte discriminatie uit het arbeidsrecht kan worden vertaald naar het omgevingsrecht.

3.4 Samenvatting en vertaling naar het omgevingsrecht

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de vraag welke mogelijkheden er bestaan voor positieve actie in het Nederlandse arbeidsrecht. Hieronder worden deze mogelijkheden samengevat en wordt een antwoord gegeven op de vraag of en hoe deze mogelijkheden ook zijn toe te passen in de participatiepraktijk in het omgevingsrecht.

3.4.1 Samenvatting: Zowel gelijkheid van kansen als uitkomsten

Op basis van dit hoofdstuk kan geconcludeerd worden dat ten aanzien van de gronden geslacht, ras en handicap/chronische ziekte voorkeursbeleid gevoerd mag worden, mits aan de vier criteria van het CRM wordt voldaan. Dit betekent concreet dat bij gelijke geschiktheid van een kandidaat uit de minderheidsgroep en een kandidaat uit de meerderheidsgroep, gekozen mag worden voor de kandidaat uit eerstgenoemde groep. Een dergelijke maatregel is te typeren als positieve discriminatie in de zin van gelijkheid van kansen, aangezien de minderheidsgroep ermee op dezelfde startpositie wordt gebracht als de meerderheidsgroep. Volgens de gelijkebehandelingswetgeving is dit nog altijd de enige mogelijkheid voor het voeren van voorkeursbeleid. Hier is echter een uitzondering op geïntroduceerd, doordat het CRM het zorgvuldigheidscriterium in zeer uitzonderlijke gevallen niet meer zo stringent toepast. Daardoor is, bijvoorbeeld in de zaken van de universiteiten die feitelijk een vrouwenquotum invoerden, ruimte ontstaan voor de hantering van quota, waarbij alleen de leden uit de minderheidsgroep aangenomen mogen worden. Hiermee is de weg naar positieve discriminatie in de zin van gelijkheid van uitkomsten geopend. Het moet echter wel gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden, waarbij de omvang en bestendigheid van de achterstand van de minderheidsgroep meespelen. Ook de omvang en de duur van het quotum lijken factoren van belang te zijn in de beoordeling of een quotum is toegestaan.

Dan is er nog de figuur van directe en indirecte discriminatie. Direct onderscheid is alleen mogelijk indien daarvoor een expliciete wettelijke grondslag voor is. Het maken van indirect onderscheid is echter niet aan een dergelijke eis gebonden: er mogen kwalitatieve eisen gesteld worden, die mogelijk nadelig uitpakken voor een bepaalde groep. Wel moet er een objectieve rechtvaardigingsgrond zijn voor het stellen van de deze eis en deze grond moet voldoen aan drie cumulatieve criteria. Wanneer direct onderscheid gemaakt zou worden om zo een functie te reserveren voor een minderheidsgroep, zou dit een vorm van gelijkheid van uitkomsten zijn. Een indirect onderscheid zou veel meer een maatregel in de vorm van

gelijkheid van kansen zijn; er worden voor de minderheidsgroep dan voor hen voordelige (en voor de meerderheidsgroep nadelige) eisen gesteld, waarmee de minderheidsgroep op een meer gelijke startpositie wordt gebracht.

3.4.2. Vertaling naar het omgevingsrecht: Quota en een diverse klankbordgroep

Hoewel inkomens- en opleidingsniveau geen gronden voor positieve discriminatie in het arbeidsrecht zijn, is het systeem van voorkeursbeleid in bepaalde opzichten wel degelijk te vertalen naar participatieprocedures in het omgevingsrecht. Het gaat dan met name om het invoeren van een quotum, inhoudende dat een minimum aantal van de participerende burgers een lager inkomens- en opleidingsniveau moet hebben. In het arbeidsrecht wordt een quotum als de meest ingrijpende maatregel van voorkeursbeleid gezien, in tegenstelling tot de gelijke geschiktheidsregel. Ik betoog echter dat in het geval van een quotum in het omgevingsrecht van een omgekeerde situatie sprake is. In het arbeidsrecht is het aantal personen dat voor een bepaalde functie kan worden aangenomen gelimiteerd. Door invoering van een quotum, wordt dat aantal plekken nog gelimiteerder (in ieder geval voor mensen uit niet-gemarginaliseerde groepen). In het omgevingsrecht echter, is er doorgaans niet een maximum aantal personen dat mag participeren, immers: hoe meer verschillende zienswijzen (in niet-juridische zin) er naar voren komen, hoe rijker in perspectieven en draagkracht het uiteindelijke besluit wordt. Door invoering van een quotum wordt alleen het percentage deelnemende mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau groter, zonder iets af te hoeven doen aan het aantal deelnemende mensen met een hoger inkomens- en opleidingsniveau.

Invoering van de gelijke geschiktheidsregel in het omgevingsrecht zou wel impliceren dat er een selectieproces plaatsvindt, waarbij een persoon uit de minderheidsgroep bij gelijke geschiktheid wel mag participeren en de persoon uit de meerderheidsgroep niet. Het zou daarom een zwaardere maatregel zijn dan een quotum. Een dergelijke regel zou ook alleen ingevoerd kunnen worden indien bijvoorbeeld een klankbordgroep met een beperkt aantal plekken wordt ingesteld. De vraag is echter of het wenselijk is om mensen dan op geschiktheid te gaan beoordelen en daarnaast is onduidelijk met welke criteria die geschiktheid dan beoordeeld zou moeten worden. Het lijkt mij verstandig om, in het geval van instelling van een klankbordgroep, het uitgangspunt te hanteren dat eenieder gelijk geschikt is en dat mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau net zolang voorrang krijgen totdat een voldoende representatieve klankbordgroep is samengesteld in termen van inkomens- en opleidingsniveau.

Nu is vastgesteld dat een quotum wenselijk is in participatieprocedures in het omgevingsrecht, wordt aan de hand van de vereisten voor een dergelijk quotum in het arbeidsrecht beoordeeld of een quotum voldoende valt te rechtvaardigen. Daarvoor is met name van belang dat sprake is van een aantoonbare achterstand. Uit de oordelenlijn van de CGB en het CRM valt af te leiden dat die achterstand omvangrijk en bestendig moet zijn. Zoals ook bleek uit de aangehaalde rapporten in hoofdstuk 1, kan geconcludeerd worden dat er inderdaad sprake is van een omvangrijke en bestendige achterstand van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau in

participatieprocedures in het omgevingsrecht. Kijken we naar de mogelijke oorzaken van die achterstand, dan valt zelfs een parallel te trekken met het onderwerp indirecte discriminatie. In de huidige participatiepraktijk lijkt een onbedoeld indirect onderscheid te worden gemaakt ten nadele van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Het gaat dan bijvoorbeeld om de wijze waarop participatieprocedures zijn ingericht: door het gebruik van complexe technische en juridische procedures en beleidsstukken, worden met name de hoger opgeleiden aangetrokken tot de participatieprocedures en worden de mensen met lagere opleiding automatisch uitgesloten van deelname. Er lijkt kortom genoeg reden te zijn voor een quotum binnen participatieprocedures in het omgevingsrecht. Hoe groot het minimumpercentage deelnemende mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau moet zijn, kan per geval beoordeeld worden aan de hand van de populatie: de groep participerende burgers vormt idealiter een representatieve afspiegeling daarvan.

Tot slot ontstaat de vraag hoe mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau verleid moeten worden tot deelname aan het participatieproces, zodat de quota ook daadwerkelijk gehaald gaan worden. Enerzijds is dat een vraag waar de sociale psychologie een antwoord op moet geven. Ook in juridisch opzicht valt hier echter winst te behalen. Hierboven werd gesproken over het onbedoelde indirecte onderscheid dat momenteel wordt gemaakt. Getracht zou kunnen worden om nu indirect onderscheid te maken in het voordeel van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau, waardoor positieve actie in de zin van gelijkheid van kansen ontstaat. Dat kan door de participatiekennisgeving specifiek te richten op deze groep en een communicatievorm te kiezen die aansluit bij deze groep. Na de kennisgeving kunnen ook de werkvormen binnen de participatieprocedure aangepast worden aan de wensen van deze groep. Daarnaast kan ervoor gekozen worden om als eis te stellen dat mensen alleen mogen deelnemen indien zij in een postcodegebied wonen waar verhoudingsgewijs een groter percentage lage inkomensgroepen woont. Dergelijke maatregelen zouden gerechtvaardigd kunnen worden door de eisen die in het arbeidsrecht worden gesteld aan het maken van indirect onderscheid. Het onderscheid kan ten eerste worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets te doen hebben met discriminatie. Ten tweede beantwoorden zij aan een werkelijke behoefte, waarvoor ik verwijs naar bijvoorbeeld hoofdstuk 2, waarin het belang van een gevarieerde groep participanten wordt belicht. Ten derde lijkt het middel mij zeer wel geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. Dit lijkt ook de mening te zijn van de opstellers van de Inspiratiegids Participatie, die ook specifiek als tip geven dat lokale overheden zich in hun benadering moeten aanpassen aan bijvoorbeeld lager opgeleiden met lager inkomen.

Zoals uit dit hoofdstuk blijkt, is er in het arbeidsrecht veel inspiratie voor positieve discriminatie binnen het omgevingsrecht te vinden. Het is echter niet het enige rechtsgebied waar ervaring bestaat met dergelijke maatregelen. In het aanbestedingsrecht wordt bijvoorbeeld gewerkt met selectie- en gunningscriteria, aan de hand waarvan aanbestedende diensten op zo eerlijk mogelijke wijze onderscheid kunnen maken tussen inschrijvingen en zo kunnen kiezen voor de inschrijving die het

beste aan hun doelstellingen voldoet. In het volgende hoofdstuk zal worden onderzocht of en in hoeverre dit systeem is te vertalen naar het omgevingsrecht.

Hoofdstuk 4: Mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Nederlandse aanbestedingsrecht

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat in het arbeidsrecht de nodige inspiratie gevonden kan worden voor positieve discriminatie in het omgevingsrecht. Nu wordt de aandacht echter verlegd naar het aanbestedingsrecht. Hoewel er op het eerste gezicht geen sprake lijkt te zijn van positieve actie in het aanbestedingsrecht, bestaat er wel veel ervaring met het bewaren van het evenwicht tussen enerzijds gelijke behandeling en anderzijds de hantering van criteria waarmee toch onderscheid kan worden gemaakt. Onderzocht zal worden of het gebruik van dergelijke criteria als positieve actie kan worden aangemerkt. De subvraag die daarbij wordt gehanteerd luidt: welke mogelijkheden voor positieve discriminatie bestaan er in het Nederlandse aanbestedingsrecht en zijn deze ook toe te passen in het omgevingsrecht? Daartoe wordt eerst een korte introductie van het systeem van het aanbestedingsrecht gegeven (paragraaf 4.1). Daarbij wordt specifiek ingegaan op de werking van selectiecriteria (paragraaf 4.2), gunningscriteria (paragraaf 4.3) en aanvullende bijzondere voorwaarden (paragraaf 4.4). In paragraaf 4.5 worden conclusies getrokken met betrekking tot de mogelijkheden voor positieve discriminatie in het Nederlandse aanbestedingsrecht en de betekenis daarvan voor de besluitvorming in het omgevingsrecht.

4.1 Wettelijk kader aanbestedingsrecht: Gelijkheid en gelijke kansen voor elk

Het aanbestedingsrecht is erop gericht regels te scheppen in de relatie tussen aanbestedende diensten en aanbieders,¹⁵⁶ met als doel een optimale, eerlijke marktwerking te creëren.¹⁵⁷ De regelgeving omtrent aanbestedingen is neergelegd in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw). Deze wet is voornamelijk een implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen,¹⁵⁸ die specifiek zien op opdrachten boven de Europese drempelwaarden.¹⁵⁹ Met het oog op de invloed van deze aanbestedingsrichtlijnen op de Nederlandse Aw, wordt hieronder kort aandacht besteed aan deze richtlijnen.

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn opgesteld met een aantal Europeesrechtelijke beginselen in het achterhoofd, waarvan het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling met name relevant is voor het onderwerp van deze scriptie. In de uitspraak *Succhi di Frutta* van het HvJ EU wordt dit beginsel in het kader van het aanbestedingsrecht gedefinieerd als een beginsel dat de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen bevordert.¹⁶⁰ Het vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes opgenomen voorstel dezelfde kansen krijgen en dat voor de offertes van alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden.¹⁶¹ Het

¹⁵⁶ Aanbieders worden ook wel inschrijvers genoemd. Beide termen worden hier door elkaar gebruikt.

¹⁵⁷ Van Romburgh 2014, p. 1.

¹⁵⁸ Richtlijn 2004/18/EG (Klassieke Richtlijn) en richtlijn 2004/17/EG (Richtlijn Nutssectoren).

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 24 329, nr. 3 (MvT Aw), p. 2.

¹⁶⁰ HvJ EG 29 april 2004, Zaak C-469/99 (*Succhi di Frutta*), r.o. 110.

¹⁶¹ *Ibidem*.

gelijkheidsbeginsel wordt niet expliciet genoemd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar het HvJ EU heeft in de zaak *Storebaelt* geoordeeld dat uit de hoofddoelstelling van de richtlijnen volgt dat dit beginsel moet worden toegepast.¹⁶² In deze zaak stond een oproep tot inschrijving ter discussie waarin als voorwaarde was opgenomen dat zoveel mogelijk nationale materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materiaal moesten worden gebruikt. Deze voorwaarde was in strijd met het gelijkheidsbeginsel, aangezien andere landen door een dergelijke voorwaarde onevenredig werden benadeeld.¹⁶³

Het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling (en overigens ook andere, hier niet genoemde beginselen) moet in ogenschouw worden genomen bij aanbestedingsprocedures, bijvoorbeeld bij het opstellen van selectie- en gunningscriteria. Aan de hand van deze criteria kiest de aanbestedende dienst welke inschrijver de opdracht mag uitvoeren: de dienst keert punten toe al naar gelang de inschrijver voldoet aan de criteria en uiteindelijk wordt de opdracht gegund aan de inschrijver met het hoogste puntental.¹⁶⁴ Deze criteria mogen niet te streng, onredelijk of niet-noodzakelijk zijn.¹⁶⁵ Dergelijke disproportionele eisen kunnen een eerlijke procedure in de weg zitten en kunnen tot gevolg hebben dat bepaalde potentiële inschrijvers niet meer kunnen of willen inschrijven op de opdracht. Daarnaast is er door bovenstaande beginselen geen tot weinig ruimte voor toepassing van bijvoorbeeld het beginsel van redelijkheid en billijkheid, aangezien het toepassen van dat beginsel op de ene inschrijver zou kunnen leiden tot een schending van het beginsel van gelijke behandeling ten opzichte van de andere inschrijver.¹⁶⁶ Ondanks bovenstaande beperkingen in de vrijheid van aanbestedende diensten, is er wel degelijk ruimte om bepaalde eisen te stellen aan de inschrijvers. Hierna zal worden behandeld hoe groot die ruimte is en in hoeverre daarbij positieve actie kan worden toegepast.

4.2 Selectiecriteria:¹⁶⁷ Onderscheid op basis van draagkracht en bekwaamheid

De selectiecriteria betreffen de persoon van de aanbieder.¹⁶⁸ In het systeem van de selectiecriteria wordt onderscheid gemaakt tussen uitsluitingscriteria en geschiktheidseisen.¹⁶⁹ Aan de uitsluitingscriteria wordt in deze scriptie geen aandacht besteed.¹⁷⁰ In art. 2.90 lid 2 Aw wordt een opsomming gegeven van toegestane geschiktheidseisen. Het betreft:

¹⁶² HvJ EG 22 juni 1993 Commissie/Denemarken (*Storebaelt*), r.o. 33.

¹⁶³ *Idem*, r.o. 36-45.

¹⁶⁴ Van Romburgh 2014, p. 96.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 1.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Zie Figuur 2 op p. 44 voor een schematisch overzicht van het systeem van selectiecriteria (en ook van de gunningscriteria en aanvullende bijzondere voorwaarden die hierna worden besproken).

¹⁶⁸ Van Romburgh 2014, p. 96.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 103.

¹⁷⁰ Deze criteria worden buiten beschouwing gelaten, aangezien zij niet raken aan het onderwerp van deze scriptie. Ten overvloede wordt opgemerkt dat uitsluitingscriteria bijvoorbeeld kunnen zien op uitsluiting van inschrijvers omdat zij in het verleden zijn veroordeeld wegens een strafbaar feit of een beroepsfout hebben begaan. Zie ook de artt. 2.86 en 2.87 Aw en Van Romburgh 2014, p. 101.

1. De financiële en economische draagkracht;
2. Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;
3. Beroepsbevoegdheid.

Wat betreft de financiële en economische draagkracht geldt dat de minimumeisen hieromtrent niet onnodig of onnodig zwaar moeten zijn en in een redelijke verhouding moeten staan tot de aard en de omvang van de opdracht.¹⁷¹ Hierin valt onder andere het hierboven benoemde gelijkheidsbeginsel te herkennen. In de zaak *Beentjes* nam het HvJ EU desondanks een ruime discretionaire bevoegdheid aan voor het opstellen van geschiktheidseisen met betrekking tot de financiële en economische draagkracht.¹⁷² Wel wordt in de Gids Proportionaliteit¹⁷³ vermeld dat het van belang is de eisen dusdanig te kiezen dat eenieder die in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren ook kan meedingen.¹⁷⁴ Daarbij wordt specifiek gerefereerd aan de positie van het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB), dat door te hoge eisen niet kan meedingen.¹⁷⁵

Hoewel de bovenstaande regel uit de Gids Proportionaliteit niet expliciet in de aanbestedingsrechtelijke literatuur wordt aangemerkt als een vorm van positieve actie, zou mijns inziens gesteld kunnen worden dat wel degelijk sprake is van positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen. Het betreft hier echter wel een minimale vorm van gelijkheid van kansen: *de iure* gelden immers voor alle marktpartijen dezelfde eisen en worden er geen soepelere eisen gehanteerd voor de minderheidsgroepen. Echter, aangezien deze eisen niet te zwaar mogen zijn, wordt *de facto* wel de achterstandspositie van minderheidsgroepen weggewerkt, zodat zij op een gelijke startpositie worden gebracht als grotere marktpartijen.

Over de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid vermeldt de Gids Proportionaliteit dat dit eisen zijn die iets zeggen over de mate waarin inschrijvers in staat geacht mogen worden de activiteiten naar behoren te verrichten en dat gezocht moet worden naar ervaring op punten die van essentieel belang zijn voor de opdracht (ook wel kerncompetenties genoemd).¹⁷⁶ Waarschijnlijk doelt de Gids daarmee op het arrest *Beentjes*, waarin werd geoordeeld dat voor de beoordeling van de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid gekeken mag worden naar de specifieke ervaring die het inschrijvende bedrijf al heeft met soortgelijke werkzaamheden.¹⁷⁷ Deze regel uit de Gids Proportionaliteit geeft blijk van eenzelfde redenering als de regels ten aanzien van financiële draagkracht, namelijk dat voorkomen moet worden dat gevraagd wordt naar kerncompetenties die niet-essentieel zijn. Daarmee worden immers kleinere marktpartijen benadeeld. Ook hier moet de conclusie dus zijn dat er

¹⁷¹ Van Romburgh 2014, p. 103.

¹⁷² HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beentjes*), r.o. 17, 20, 37.

¹⁷³ De Gids Proportionaliteit is opgesteld als wettelijk verplicht te volgen richtsnoer voor een betere toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Zie ook Van Romburgh 2014, p. 33.

¹⁷⁴ Gids Proportionaliteit 2016, p. 43.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Idem, p. 48.

¹⁷⁷ HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beentjes*), r.o. 24, 37.

sprake is van een minimale vorm van positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen.

4.2.1 Voorbehouden opdrachten: Sociale werkplaatsen aan zet

Hiervoor werd al kort aandacht besteed aan het feit dat bijvoorbeeld het MKB niet kan voldoen aan te hoge selectiecriteria. Daarnaast zijn er nog bedrijven, zoals met name sociale werkvoorzieningen, die er volgens de MvT bij de Aw vaak ook niet in slagen om opdrachten gegund te krijgen onder normale mededingingsvoorwaarden. Daarom biedt de Aw de mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan sociale werkvoorzieningen als ten minste 50 procent van de werknemers gehandicapt is, of aan ondernemingen die de integratie van arbeidsbeperkten tot doel hebben.¹⁷⁸

Een voorbehouden opdracht lijkt een voorbeeld van positieve actie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten te zijn; de sociale werkplaats krijgt een opdracht gegund die anders, in een aanbestedingsprocedure, zou zijn gegund aan een ‘reguliere’ inschrijver. De reguliere inschrijver zou immers een gunstiger voorstel tegen een lagere prijs kunnen doen. Met een voorbehouden opdracht wordt de sociale werkplaats kortom op een gelijke eindpositie gebracht als de reguliere inschrijver.

4.3 Gunningscriteria: Onderscheid op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding

Hiervoor werden de selectiecriteria besproken, die zien op de persoon van de aanbieder. In deze paragraaf worden gunningscriteria besproken, die het voorwerp van de opdracht betreffen.¹⁷⁹ Het overkoepelende gunningscriterium is neergelegd in art. 2.114 lid 1 Aw: gekozen moet worden voor de economisch meest voordelige inschrijving. Hieronder vallen drie subcriteria, genoemd in het tweede lid, waarbij de aanbestedende dienst voor één van de drie subcriteria dient te kiezen:

1. De beste prijs-kwaliteitsverhouding;
2. De laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit;
3. De laagste prijs.

Naar Europees recht is het aan de aanbestedende dienst zelf om één van de drie gunningscriteria te kiezen.¹⁸⁰ De Nederlandse wetgever heeft met het oog op duurzaam en innovatief inkopen echter in lid 3 van art. 2.114 Aw neergelegd dat aanbestedende diensten in beginsel dienen te kiezen voor het criterium beste prijs-kwaliteitsverhouding, waarbij niet alleen gekeken moet worden naar de prijs van een product, maar ook naar de levenscyclus van een product.¹⁸¹ Daardoor zal verder niet worden ingegaan op de overige twee gunningscriteria.¹⁸²

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, pp. 10-11.

¹⁷⁹ Van Romburgh 2014, p. 109.

¹⁸⁰ HvJ EG 7 oktober 2004, zaak C-247/02 (*Sintesi*), Jur. 2004, p. I-9215, r.o. 40.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2011-2012, 32440, nr. 25 (Amendement Ziengs-Leege).

¹⁸² Ten overvloede wordt hier nog het volgende opgemerkt over deze vereisten. Indien men kiest voor de laagste prijs, moet dat gemotiveerd worden (*Kamerstukken II* 2015/16, 24329, nr. 3 (MvT Aw), p. 7). Kiest men voor het criterium de laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit, dan is niet alleen

4.3.1 Nadere criteria: Maatschappelijk en groen aanbesteden

Afhankelijk van de inkoopdoelstellingen die de aanbestedende dienst heeft, kan men ingevolge art. 2.115 lid 2 Aw nadere criteria stellen waarin het gunningscriterium uiteenvalt en aan de hand waarvan de inschrijvingen worden beoordeeld. Deze nadere criteria kunnen bijvoorbeeld zien op innovatie, sociale en duurzame aspecten.¹⁸³ Vaak wordt in het geval van sociale aspecten gesproken over maatschappelijk verantwoordelijk inkopen, en over groen aanbesteden of groene overheidsopdrachten als de focus meer op de duurzame aspecten ligt.¹⁸⁴ Nemen we het voorbeeld van groen aanbesteden, dan kunnen door dergelijke duurzaamheidscriteria bedrijven die op duurzame wijze hun producten vervaardigen eerder in aanmerking komen voor de opdracht.¹⁸⁵

De opsomming van nadere criteria uit art. 2.115 lid 2 Aw is niet uitputtend.¹⁸⁶ De criteria moeten echter wel steeds verband houden met het voorwerp van de opdracht.¹⁸⁷ Dit betekent niet dat de nadere criteria alleen mogen zien op het gevraagde werk of de gevraagde dienst of levering: zij kunnen ook zien op andere fasen van de levenscyclus daarvan.¹⁸⁸ Daarnaast kan een gunningscriterium zien op iets anders dan de ‘materiële basis’ van het werk, de levering of dienst.¹⁸⁹ Deze regel vormt een codificatie van het *koffie-arrest* van het HvJ EU, waarin werd geoordeeld dat het om een verband aan te nemen met het voorwerp van de opdracht niet is vereist dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft (dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen).¹⁹⁰ Met die redenering oordeelde het Hof vervolgens dat het gunningscriterium dat de te leveren koffie fairtrade moest zijn een toegestaan criterium was. Arbeidsomstandigheden kunnen ook een gunningscriterium zijn, mits ze niet te algemeen geformuleerd zijn (dat zou bijvoorbeeld wel het geval zijn als ze betrekking hebben op alle werknemers van een fabrikant).¹⁹¹ De kwaliteit van de werknemers die concreet werken aan de levering of het werk kan ook als nader criterium worden gehanteerd, blijkt uit jurisprudentie van het HvJ EU.¹⁹² In een uitspraak van een Amsterdamse kortgedingrechter uit juli 2019 werd een gunningscriterium geaccepteerd waarin van inschrijvers werd gevraagd een plan te overleggen met betrekking tot de inclusie van medewerkers in de LHBTI+

de prijs van belang, maar kunnen ook andere kosten worden meegewogen, zoals levenscycluskosten (Zie art. 2.115 Aw wat hieronder wordt verstaan).

¹⁸³ art. 2.115 lid 2 sub e Aw.

¹⁸⁴ De Europese Commissie hanteert als definitie van groene overheidsopdrachten het proces in het kader waarvan overheidsdiensten goederen, diensten en werken beogen te verkrijgen die gedurende de volledige levenscyclus ervan een minder belastend milieueffect hebben dan vergelijkbare goederen, diensten en werken met dezelfde primaire functie (Mededeling van de Commissie 2008, punt 3.1). Zie ook: Europese Commissie 2016.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*).

¹⁸⁷ Art. 2.115 lid 3 Aw.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 24329, nr. 3 (MvT Aw), p. 82.

¹⁸⁹ Zie bijvoorbeeld art. 2.115 lid 3 Aw.

¹⁹⁰ HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 24329, 3 (MvT Aw), p. 82.

¹⁹² HvJ EU 26 maart 2015, zaak C-601/13 (*Ambisig*).

doelgroep en mantelzorgende medewerkers.¹⁹³ Of deze uitspraak stand zal houden in hogere instantie is twijfelachtig, wel is door het bovenstaande duidelijk geworden dat er ruimte is voor nadere gunningscriteria die zien op medewerkers van een inschrijver.

Net als eerder ten aanzien van de selectiecriteria werd opgemerkt, wordt ook het stellen van nadere criteria die bijvoorbeeld gericht zijn op sociale en duurzame aspecten niet expliciet benoemd als positieve actie. Gebruik van dergelijke criteria kan echter wel een soortgelijk effect hebben. Door hantering van een criterium dat ziet op duurzaamheid, kent een aanbestedende dienst meer punten toe aan de inschrijving van een duurzaam producerend bedrijf dan aan een inschrijving van een regulier bedrijf. Daarmee wordt het duurzaam producerende bedrijf een meer gelijke startpositie geboden. Voor te stellen valt dat het duurzaam producerende bedrijf zonder een dergelijk criterium niet of moeilijker een opdracht gegund krijgt dan een regulier bedrijf, aangezien duurzaam produceren mogelijk kostbaarder is dan een regulier productieproces. Door hantering van dergelijke criteria is er kortom sprake van positieve actie in de zin van gelijkheid van kansen.

4.4 Aanvullende bijzondere voorwaarden: Social return

Artikel 2.80 Aw biedt nog de mogelijkheid om aanvullende voorwaarden te verbinden aan de uitvoering van de opdracht, mits dergelijke voorwaarden niet strijdig zijn met het VWEU. Waar de hiervoor behandelde gunningscriteria wensen van de aanbestedende dienst inhouden, aan de hand waarvan alle inschrijvingen worden beoordeeld, zijn bijzondere voorwaarden juist vaste, objectieve eisen, die geen invloed hebben op de beoordeling van de inschrijvingen.¹⁹⁴ Met andere woorden: indien een eis is opgenomen als gunningscriterium, kan de inschrijver punten verdienen al naar gelang hij aan het criterium hij voldoet.¹⁹⁵ Wanneer de aanbestedende dienst de eis als een bijzondere voorwaarde opneemt, moet de inschrijver aan de eis voldoen, anders kan hij niet meedingen naar de opdracht.¹⁹⁶ De aanbestedende dienst kan overigens zelf bepalen of hij een eis wil opnemen als gunningscriterium of als bijzondere voorwaarde.¹⁹⁷

Artikel 2.80 Aw stelt uitdrukkelijk dat de voorwaarden waaronder de opdracht moet worden uitgevoerd, verband kunnen houden met sociale overwegingen. Zo wordt in de parlementaire stukken bij dit artikel het voorbeeld genoemd van verplichtingen om in opleidingsacties voor werklozen of jongeren te voorzien.¹⁹⁸ Een ander voorbeeld van een voorwaarde gerelateerd aan sociale overwegingen is social return, waarbij personen met een afstand tot de arbeidsmarkt betrokken worden bij de uitvoering van een overheidsopdracht op het terrein van werken of diensten.¹⁹⁹ Het achterliggende doel is dat deze doelgroep op deze manier werkervaring opdoet en daarna

¹⁹³ Rb. Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5589.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 24 329, nr. 3, p. 62.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Idem*, p.61.

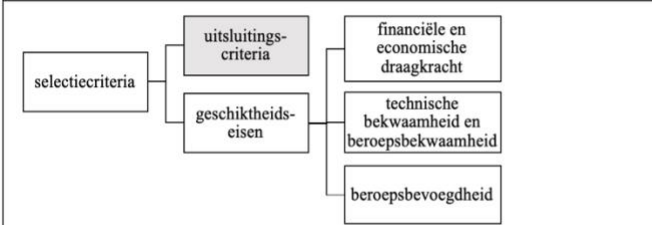
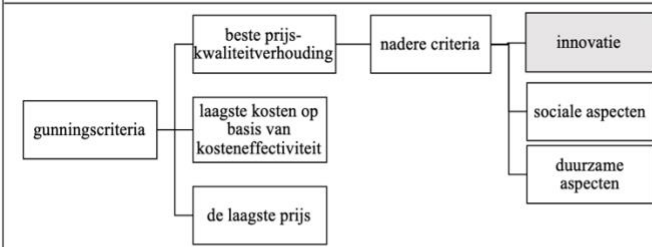
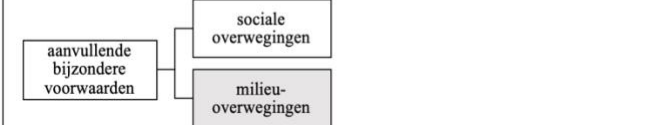
¹⁹⁷ Mutsaers in: T&C Aanbestedingsrecht, art. 2.80 Aw (laatst bijgewerkt 1 mei 20190).

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 75.

¹⁹⁹ Van Romburgh 2014, p. 116.

gemakkelijker aansluiting heeft op de arbeidsmarkt.²⁰⁰ Voor de rijksoverheid is het streefpercentage vastgesteld op 5 procent.²⁰¹ Dat betekent dat 5 procent van de totale voor die opdracht geldende loonsom aantoonbaar moet worden besteed aan een daadwerkelijke inzet van personen bij de uitvoering van de opdracht in het kader van de invulling van social return.²⁰² De social-returnvoorwaarde wordt doorgaans als voorwaarde in het contract opgenomen.²⁰³ Overigens werd het in het reeds hiervoor aangehaalde arrest *Beentjes* acceptabel geoordeeld om een eis te hanteren dat de opdracht door ten minste 70 procent langdurig werklozen moet worden uitgevoerd.²⁰⁴

Door een social-returneis als contractuele aanvullende bijzondere voorwaarde te hanteren, wordt een situatie bereikt die lijkt op die van een quotum: de inschrijver moet verplicht een bepaald percentage mensen uit een bepaalde groep in dienst nemen om de opdracht gegund te kunnen krijgen. Daarmee is sprake van positieve actie in de zin van gelijkheid van uitkomsten.

Aanbestedingsrechtelijke stelsel		Vormen van pos. actie die daarin zijn te herkennen	
		Gelijkheid van kansen	Gelijkheid van uitkomsten
		Dusdanige geschiktheidseisen t.a.v. draagkracht, bekwaamheid en bevoegdheid kiezen zodat eenieder die in staat is de opdracht uit te voeren ook kan meedingen.	Voorbehouden opdrachten voor sociale werkplaatsen aangezien zij niet aan (te hoge) selectiecriteria kunnen voldoen.
		Maatschappelijk verantwoord inkopen en groen aanbesteden: prioriteit geven aan inschrijvers die voldoen aan vereisten m.b.t. sociale/ duurzame aspecten.	
			Social return: een minimumpercentage mensen met afstand tot de arbeidsmarkt moet betrokken worden bij de uitvoering van de opdracht.

Figuur 2: schematisch overzicht met links het aanbestedingsrechtelijke systeem (de grijsgekleurde vakken zijn in deze scriptie goeddeels buiten beschouwing gelaten) en rechts de besproken vormen van positieve actie die daarin zijn te herkennen.²⁰⁵

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32501, nr. 12 (Kabinetsstandpunt, brief van de minister van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties en de staatssecretaris van sociale zaken en werkgelegenheid), p. 4.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ *Kamerstukken II* 2010/11, 32501, nr. 12 (Kabinetsstandpunt, brief van de minister van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties en de staatssecretaris van sociale zaken en werkgelegenheid), p. 3.

²⁰⁴ HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beentjes*), r.o. 29, 30, 36.

²⁰⁵ Ten aanzien van de gunningscriteria zijn in het schema alleen de nadere criteria vermeld die in deze scriptie worden behandeld. Zie art. 2.115 lid 2 voor de andere mogelijke nadere criteria.

4.5 Samenvatting en vertaling naar het omgevingsrecht

Hoewel in het aanbestedingsrecht niet expliciet over positieve actie wordt gesproken, blijkt uit de exploratieve analyse in dit hoofdstuk dat het in dit rechtsgebied gehanteerde instrumentarium wel degelijk vormen van positieve actie in zich heeft en daarom zeer relevant is voor de participatiepraktijk in het omgevingsrecht. Hieronder worden de specifieke mogelijkheden voor positieve discriminatie samengevat en wordt uiteengezet hoe deze mogelijkheden kunnen worden toegepast in het omgevingsrecht.

4.5.1 Samenvatting: Zowel gelijkheid van kansen als uitkomsten

Zoals uit de eerste paragraaf van dit hoofdstuk blijkt, is in het Europese en nationale aanbestedingsrecht het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie van groot belang. Het doel is een zo eerlijk en uniform mogelijke aanbestedingsprocedure te bewerkstelligen, waarin alle inschrijvende partijen op gelijke wijze worden behandeld. Dit maakt dat er een grote nadruk ligt op het hanteren van proportionele eisen, bijvoorbeeld ten aanzien van de uit het selectiecriterium voortvloeiende geschiktheidseisen. De ruime discretionaire bevoegdheid die geldt voor het opstellen van dergelijke eisen, bijvoorbeeld met betrekking tot de financiële en economische draagkracht en kerncompetenties betreffende de beroepsbekwaamheid, wordt dan ook begrensd door de eis van proportionaliteit. Op deze manier krijgen ook kleinere potentiële inschrijvers, zoals bedrijven in de MKB categorie, de kans om zich in te schrijven en wordt hen dat niet belet door disproportioneel strenge eisen. Door die proportionaliteit lijkt een zekere minimale vorm van gelijkheid van kansen nagestreefd te worden ten aanzien van deze kleinere marktspelers.

Naast de selectiecriteria zijn er nog de gunningscriteria, die zien op het voorwerp van de opdracht. Deze vallen weer uiteen in nadere criteria, die worden gekozen op basis van de inkoopdoelstellingen die een aanbestedende dienst heeft. Wil een aanbestedende dienst ofwel groen ofwel maatschappelijk verantwoord aanbesteden, dan zal deze kiezen voor respectievelijk duurzaamheids- en sociale criteria. Deze criteria mogen ook zien op iets anders dan de materiële basis van het werk, de levering of dienst. Ten aanzien van de sociale aspecten zijn bijvoorbeeld criteria over de kwaliteit van de medewerkers die werken aan de opdracht toegestaan. Ook arbeidsomstandigheden kunnen een gunningscriterium zijn, gegeven dat deze alleen zien op het personeel dat aan de levering, werk of dienst werkt en niet op het hele bedrijf van de inschrijver. Daarnaast is onlangs in een uitspraak van een Amsterdamse voorzieningenrechter een gunningscriterium goedgekeurd dat van inschrijvers vroeg een plan te overleggen met betrekking tot de inclusie van medewerkers uit twee minderheidsgroepen. Door dergelijke nadere criteria te hanteren, en inschrijvers punten te geven al naar gelang zij voldoen aan deze criteria, wordt ten aanzien van de bedrijven die hieraan kunnen voldoen positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen toegepast.

Na bovenstaande opmerkingen over het gebruik van geschiktheidseisen en gunningscriteria die gelijkheid van kansen kunnen bewerkstelligen, wordt nu nog aandacht besteed aan de voorbehouden opdrachten en aanvullende bijzondere

voorwaarden. De voorbehouden opdrachten zijn er specifiek voor sociale werkplaatsen en ondernemingen die de integratie van arbeidsbeperkten tot doel hebben. Dergelijke bedrijven kunnen niet goed concurreren met reguliere bedrijven indien zij deel zouden nemen aan een aanbestedingsprocedure. Met het oog daarop kan een aanbestedende dienst bepaalde opdrachten aan deze bedrijven voorbehouden. Een dergelijke opdracht is een vorm van positieve actie die gelijkheid van uitkomsten beoogt te bereiken. Tot slot zijn er nog de aanvullende bijzondere voorwaarden. Aan een dergelijke voorwaarde moet het inschrijvende bedrijf voldoen, in tegenstelling tot de hierboven behandelde selectie- en gunningscriteria waaraan het bedrijf niet per se hoeft te voldoen, maar wel meer punten verdient indien het er wel aan voldoet. Een social-returnverplichting is een voorbeeld van een aanvullende bijzondere voorwaarde. Op deze manier kan de opdracht gegund worden aan die inschrijver die ervoor zorgt dat een vooraf opgesteld percentage personen met afstand tot de arbeidsmarkt weer aan het werk komt. Indien een dergelijke social-returnverplichting is vastgelegd als aanvullende bijzondere voorwaarde, ontstaat een situatie die op een quotum lijkt; er moet dan immers aan de verplichting worden voldaan, anders kan de opdracht niet gegund worden. Daardoor is, net als bij de voorbehouden opdrachten, sprake van gelijkheid van uitkomsten.

4.5.2 Vertaling naar het omgevingsrecht: Aanbevelingen voor participatiekennisgevingen, inclusieplannen en quota

Hoewel er in het systeem van het aanbestedingsrecht niet zozeer wordt gesproken over hantering van criteria die expliciet samenhangen met opleidings- of inkomensniveau, zijn er wel degelijk mogelijkheden om bepaalde regelingen uit het aanbestedingsrecht te vertalen naar het omgevingsrecht. Begonnen wordt met het systeem van geschiktheidseisen. De gronden opleidings- en inkomensniveau zijn daar nog het gemakkelijkst in te passen. Geschiktheidseisen omtrent de financiële en economische draagkracht vertonen namelijk gelijkenissen met het criterium inkomensniveau. De geschiktheidseisen met betrekking tot technische- en beroepsbekwaamheid en kerncompetenties hangen samen met het opleidingsniveau, immers, tijdens een opleiding wordt ook gewerkt aan het bijbrengen van kerncompetenties.

Ten aanzien van de geschiktheidseisen over financiële en economische draagkracht geldt in het aanbestedingsrecht een ruime discretionaire bevoegdheid. De eisen moeten echter wel proportioneel zijn, zodat kleinere marktspelers ook kunnen meedingen. Dit is te vertalen naar het omgevingsrecht door de participatiekennisgeving specifiek te richten op mensen met een lager inkomen en specifieke eisen voor deelname te stellen waar met name zij aan kunnen voldoen, zodat hun startpositie vergroot wordt en dus positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen ontstaat. Een eis zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat mensen mogen deelnemen indien zij in een postcodegebied wonen waar verhoudingsgewijs een groter percentage lage inkomensgroepen woont. Overigens wordt hier nog een vorm van positieve actie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten gesuggereerd, die is gebaseerd op een ruime interpretatie van het aanbestedingsrechtelijke systeem waarbij in de selectieprocedure een inschrijver meer punten krijgt toegekend indien hij in hogere mate aan de eisen

voldoet. Indien een persoon met lager inkomen participeert in de besluitvormingsprocedure, zou meer gewicht toegekend kunnen worden aan de zienswijze van deze persoon, waardoor zijn zienswijze aan invloed wint.

De conclusies uit bovenstaande alinea met betrekking tot de vergelijking tussen financiële en economische draagkracht en inkomen gelden ook voor de vergelijking tussen beroepsbekwaamheid en kerncompetenties en opleidingsniveau. In het aanbestedingsrecht geldt dat gezocht moet worden naar kerncompetenties die van essentieel belang zijn voor de opdracht. Daarvoor mag gekeken worden naar specifieke ervaring die het inschrijvende bedrijf al heeft met soortgelijke ervaringen. Trekken we de parallel met participatieprocedures in het omgevingsrecht, dan kan ten eerste een participatiekennisgeving worden opgesteld en een werkvorm worden gekozen die aansluit bij de kerncompetenties van lager opgeleiden. Daarnaast zouden specifieke eisen voor deelname aan de deelnemers van dergelijke procedures gesteld kunnen worden, die met name vervuld kunnen worden door lager opgeleiden. Gedacht kan worden aan kerncompetenties die te maken hebben met de meer praktische beroepen die mensen met een lagere opleiding doorgaans uitoefenen. Daarnaast zou specifiek gevraagd kunnen worden naar mensen die juist weinig tot geen ervaring hebben met deelname aan participatieprocedures. Op deze manier ontstaat positieve actie gebaseerd op gelijkheid van kansen: met name de lager opgeleiden zullen aan deze eisen kunnen voldoen, waardoor zij een meer gelijke startpositie zullen gaan innemen. Ook hier zou overigens meer stemgewicht toegekend kunnen worden aan mensen die voldoen aan deze kerncompetenties.

Hierboven zijn de selectiecriteria vertaald naar het omgevingsrecht. De gunningscriteria uit het aanbestedingsrecht, die meer zien op het voorwerp van de opdracht, zijn echter ook relevant voor het onderzoeken van de mogelijkheden voor positieve discriminatie in het omgevingsrecht. De nadere criteria die worden gehanteerd kunnen bijvoorbeeld zien op de kwaliteit van medewerkers die werken aan het werk, de levering of dienst. Een dergelijk systeem zou op eenzelfde wijze vertaald kunnen worden naar het omgevingsrecht als bij de geschiktheidseisen, door de participatiekennisgeving en de werkvormen af te stemmen op mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Ook hier ontstaat dan positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen. Daarnaast bleek dat van een inschrijver mag worden gevraagd om een plan met het oog op de inclusie van medewerkers met een bepaalde achtergrond. Een dergelijk inclusieplan zou binnen het omgevingsrechtelijke kader goed zijn op te nemen in bijvoorbeeld participatieplannen, zoals ook min of meer gebeurt in het voorbeeld van de gemeente Stadskanaal in hoofdstuk 2.

Tot slot wordt de relevantie voor het omgevingsrecht van de twee zwaarste mogelijkheden voor positieve actie uit het aanbestedingsrecht behandeld: de voorbehouden opdrachten en de aanvullende bijzondere voorwaarden. Deze worden als ‘zwaarste mogelijkheden’ aangemerkt, omdat bij beide vormen, in tegenstelling tot bij de geschiktheidseisen en gunningscriteria, per se voldaan moet worden aan bepaalde voorwaarden, anders krijgt het de opdracht niet gegund. Voorbehouden opdrachten zijn er specifiek voor sociale werkplaatsen en bedrijven die de integratie van arbeidsbepikten tot doel hebben. Aanvullende bijzondere voorwaarden kunnen

inhouden dat een bedrijf een minimaal percentage personen met een afstand tot de arbeidsmarkt moet betrekken. Geenszins wordt hier nu bedoeld een verband te leggen tussen arbeidsbeperkten en mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Wel wordt gewezen op de gelijkens dat beide groepen een afstand hebben, de ene groep tot de arbeidsmarkt, de andere groep tot besluitvormingsprocessen.

Indien het systeem van aanvullende bijzondere voorwaarden uit het aanbestedingsrecht wordt vertaald naar het omgevingsrecht, zou dat kunnen betekenen dat een quotum in de participatieprocedures moet worden ingebouwd, inhoudende dat een minimum percentage van de deelnemers aan de participatieprocedure lager opgeleid moet zijn of een lager inkomen moet hebben. Voor richtlijnen over hoe groot dat percentage moet zijn, kan worden opgemerkt dat veel mogelijk is, gelet op de praktijk van de overheid, die een percentage van 5 procent hanteert, maar ook op de uitspraak *Beentjes*, waarin duidelijk werd dat zelfs een percentage van 70 procent was toegestaan. Een quotum met een percentage van 100 procent zou feitelijk een vertaling zijn van de figuur van de voorbehouden opdracht. Dit zou de meest vergaande vorm van positieve actie zijn en betwijfeld wordt of een dergelijk quotum wenselijk zou zijn, aangezien de besluitvorming er niet representatiever van wordt ten aanzien van andere groepen. In dit kader verwijs ik naar de conclusie over quota in het hoofdstuk over arbeidsrecht, waarin werd geadviseerd om het minimumpercentage te laten afhangen van de grootte van de groep in de populatie. Anderzijds lijkt in de Inspiratiegids Participatie wel degelijk de mogelijkheid te worden geboden om specifieke participatiemogelijkheden voor gemarginaliseerde groepen te introduceren. In de Inspiratiegids wordt eveneens de mogelijkheid geboden om per fase te bekijken welke groep daar het beste bij kan participeren. In dat kader zou een dergelijk quotum voor mensen met lager inkomens- en opleidingsniveau wel te verdedigen zijn, aangezien per fase dan andere groepen de mogelijkheid krijgen om te participeren.

Hoofdstuk 5: Andere mensen aan tafel: Aanbevelingen en samenvatting

Onder de titel ‘Andere mensen aan tafel’ (ontleend aan één van de lemmata uit de Inspiratiegids Participatie) staat in deze scriptie de probleemstelling centraal dat er een tweedeling is ontstaan tussen mensen met een hoger inkomens- en opleidingsniveau, die wel deelnemen aan participatieprocedures over duurzame-energieprojecten, en mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau, die dat veelal niet doen. Naar aanleiding van die probleemstelling en de naderende inwerkingtreding van de Omgevingswet die participatie als kerndoel heeft, is de volgende onderzoeksvraag opgesteld, die in dit hoofdstuk wordt beantwoord: in hoeverre is er in juridisch opzicht ruimte voor positieve discriminatie van lager opgeleiden met lagere inkomens in participatieprocessen over duurzame-energieprojecten? Hierna worden eerst de conclusies uit de voorgaande hoofdstukken samengevat, waarna aan de hand van een aantal concrete aanbevelingen een antwoord wordt geformuleerd op de onderzoeksvraag.

5.1 Samenvatting: Mogelijkheden te over voor positieve discriminatie in het omgevingsrecht

In hoofdstuk 1 wordt het probleem geïntroduceerd van de tweedeling in de samenleving tussen mensen met een hoger inkomens- en opleidingsniveau en mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Die tweedeling is bijvoorbeeld zichtbaar in de locatie waar deze twee groepen wonen, maar ook in de mate waarin deze groepen deelnemen aan besluitvormingsprocessen, zoals over duurzame-energieprojecten. In dit hoofdstuk wordt ook het mogelijke verband geïntroduceerd tussen de kwaliteit van de directe leefomgeving en de mate van betrokkenheid bij de besluitvormingsprocessen over de leefomgeving. Vanuit de aanname dat meebeslissen over de directe leefomgeving positieve gevolgen kan hebben voor de kwaliteit van deze omgeving en de besluitvorming, wordt in deze scriptie getracht mogelijkheden te vinden om mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau in grotere mate betrokken te laten zijn bij besluitvormingsprocessen inzake duurzame-energieprojecten. Daarvoor wordt de mogelijkheid van positieve discriminatie onderzocht, waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen maatregelen die gelijkheid van kansen en maatregelen die gelijkheid van uitkomsten bewerkstelligen.

In hoofdstuk 2 worden vervolgens de wetenschappelijke achtergrond en relevantie van participatie en de mogelijkheden voor participatie in het algemeen en de mogelijkheden voor positieve discriminatie onder het Verdrag van Aarhus en het stelsel van de Omgevingswet onderzocht. Ten aanzien van de relevantie van participatie wordt geconcludeerd dat participatie een positieve invloed kan hebben op onder andere de kwaliteit, de waargenomen rechtvaardigheid en acceptatie van besluitvormingsprocedures. Op basis van de analyse van het Verdrag van Aarhus en de Omgevingswet blijkt positieve discriminatie onder beide systemen mogelijk te zijn. Binnen het verdragsrechtelijke kader zijn er met name mogelijkheden voor positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen, bijvoorbeeld ten aanzien van de wijze van kennisgeving van het project en de toegestane wijze van het naar voren brengen van

inzichten door burgers. Verdergaande maatregelen op basis van gelijkheid van uitkomsten ten aanzien van het voeren van redelijke termijnen en doeltreffende inspraak zijn te bedenken, maar zijn niet expliciet in het verdrag in te lezen. Wat betreft de mogelijkheden voor positieve actie onder de Omgevingswet, blijkt dat dit ten eerste mogelijk is in de vorm van gelijkheid van kansen. Genoemd worden bijvoorbeeld de hantering van verschillende werkvormen en op doelgroepen afgestemde communicatievormen. Dan lijken er nog mogelijkheden voor positieve discriminatie in de vorm gelijkheid van uitkomsten te zijn, door participatiemogelijkheden specifiek voor gemarginaliseerde groepen te introduceren.

Aangezien in hoofdstuk 2 is geconstateerd dat er ruimte is voor positieve discriminatie binnen het omgevingsrecht, maar nog niet helemaal duidelijk is hoe die ruimte moet worden ingevuld, wordt in hoofdstuk 3 het arbeidsrecht geanalyseerd. Specifiek wordt onderzocht welke mogelijkheden er voor positieve discriminatie bestaan in het Nederlandse arbeidsrecht en of en hoe deze zijn toe te passen in het omgevingsrecht. Eerst wordt het voorkeursbeleid behandeld. De ratio achter voorkeursbeleid is dat het voor het opheffen van ongelijkheid soms niet voldoende is om discriminatie te bestrijden, maar dat actief sociaal beleid gevoerd moet worden. De meest voorkomende vorm van voorkeursbeleid is dat bij gelijke geschiktheid van twee kandidaten, de persoon behorende tot een wettelijk gedefinieerde minderheidsgroep aangenomen mag worden. Een dergelijke maatregel is te definiëren als positieve discriminatie in de vorm van gelijkheid van kansen. Inmiddels is in zeer uitzonderlijke gevallen ook een absoluut en onvoorwaardelijk voorkeursbeleid toegestaan. Dit is te formuleren als positieve discriminatie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten.

Hoewel er voor voorkeursbeleid een beperkt aantal mogelijke gronden is, waar inkomens- en opleidingsniveau niet onder vallen, zou een regeling voor voorkeursbeleid ten aanzien van deze groepen wel geïmplementeerd kunnen worden in het omgevingsrecht. Indien het vereiste van de aantoonbare achterstand wordt toegepast in het omgevingsrecht, zien we dat mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau een omvangrijke en bestendige achterstand hebben in de participatieprocessen. Met het oog daarop wordt in de afsluiting van hoofdstuk 3 dan ook gepleit voor een quorum voor deze doelgroep. Daarnaast wordt nog de vorm indirect onderscheid belicht, omdat voor indirect onderscheid niet een beperkt aantal gronden is vastgesteld, in tegenstelling tot bij het voorkeursbeleid. Door eisen te stellen waar met name minderheidsgroepen aan voldoen, wordt ten aanzien van deze groep positieve discriminatie in de vorm van gelijkheid van kansen gevoerd. Geopperd wordt om in het omgevingsrecht de participatiekennisgeving specifiek te richten op deze groep, door een communicatievorm te kiezen die aansluit bij deze groep. Daarna kunnen ook de werkvormen binnen de participatieprocedure aangepast worden aan de wensen van deze groep.

Hoewel in eerste instantie het arbeidsrecht het meest relevant lijkt als het om positieve discriminatie gaat, wordt in hoofdstuk 4 echter ook het aanbestedingsrecht onderzocht op mogelijkheden voor positieve discriminatie. In dit rechtsgebied wordt immers getracht om enerzijds een voor alle inschrijvende marktpartijen zo gelijk mogelijke aanbestedingsprocedure in te richten, maar het anderzijds de aanbestedende

dienst toch mogelijk te maken om onderscheid tussen marktpartijen te maken. Daarmee ontstaan meer impliciete vormen van positieve actie. In dit hoofdstuk wordt onder andere benadrukt dat de gehanteerde geschiktheidseisen proportioneel moeten zijn, zodat kleinere marktpartijen ook de gelegenheid wordt geboden om mee te dingen naar een opdracht. Hier lijkt een minimale vorm van gelijkheid van kansen in het voordeel van de kleinere marktpartijen te worden nagestreefd. Ten aanzien van de gunningscriteria, mogen nadere criteria gesteld worden die zien op sociale of duurzame aspecten. Hoe meer de inschrijver voldoet aan dergelijke criteria, des te meer punten hij krijgt in de procedure. Sociale criteria kunnen bijvoorbeeld zien op de inclusie van minderheidsgroepen. Ook hier wordt gelijkheid van kansen ten aanzien van dergelijke inschrijvers nagestreefd. Positieve actie in de vorm van gelijkheid van uitkomsten is in het aanbestedingsrecht echter ook mogelijk. Zo zijn er de voorbehouden opdrachten, aan de hand waarvan bijvoorbeeld sociale werkplaatsen een opdracht toegewezen kunnen krijgen. Ook de aanvullende bijzondere voorwaarden, die inhouden dat een opdracht pas gegund kan worden als de inschrijver aan de eisen voldoet is een vorm van gelijkheid van uitkomsten.

Op basis van het behandelde over geschiktheidseisen en gunningscriteria, wordt gesuggereerd om de participatiekennisgeving specifiek te richten op mensen met een lager inkomen en specifieke eisen voor deelname te stellen waar met name zij aan kunnen voldoen, zodat hun startpositie vergroot wordt en dus positieve actie in de vorm van gelijkheid van kansen ontstaat. Een eis zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat mensen mogen deelnemen indien zij in een postcodegebied wonen waar verhoudingsgewijs een groter percentage lage inkomensgroepen woont. Daarnaast zou op basis van een ruime interpretatie van het puntensysteem in de aanbestedingsrechtelijke selectieprocedure nog gelijkheid van uitkomsten bewerkstelligd kunnen worden, door de inzichten van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau ook meer gewicht toe te kennen. Wanneer het gebruik van voorbehouden opdrachten en aanvullende bijzondere voorwaarde wordt vertaald naar het omgevingsrecht, ligt eveneens de weg open naar het gebruik van een quotum voor een minimum aantal personen met lager inkomen en lagere opleiding in het omgevingsrecht.

5.2 Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk en vervolgonderzoek

Het korte antwoord op de onderzoeksvraag van deze scriptie, namelijk in hoeverre er in juridisch opzicht ruimte is voor positieve discriminatie van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau in participatieprocessen over duurzame-energieprojecten onder de toekomstige Omgevingswet, luidt dat die ruimte er in grote mate is. Het normenkader van de Omgevingswet is namelijk open en biedt veel ruimte voor ‘maatwerk’. Hierna wordt een aantal concrete aanbevelingen gegeven voor de inrichting van participatieprocessen, die laten zien hoe groot de ruimte is voor positieve discriminatie en daarmee een beantwoording van de onderzoeksvraag vormen.

De eerste aanbeveling ziet specifiek op positieve discriminatie in de vorm van gelijkheid van kansen. In de Inspiratiegids Participatie wordt expliciet de mogelijkheid

benoemd om verschillende communicatie- en werkvormen te hanteren die specifiek zijn afgestemd op verschillende groepen. De eerste aanbeveling is dan ook om in eerste instantie met deze werkwijze te beginnen en communicatie- en werkvormen te kiezen die aansluiten bij mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Uit de Inspiratiegids Participatie blijkt bijvoorbeeld dat schriftelijke communicatie kan worden aangepast aan het niveau van de doelgroep. Dit is ook één van de aanbevelingen die voortkomt uit de hoofdstukken over arbeidsrecht en aanbestedingsrecht. Daarnaast kan met een verwijzing naar de begeleidende documenten bij het Verdrag van Aarhus worden geëxperimenteerd met individuele communicatiemethoden, zoals deur-tot-deur mondelinge informatieverstrekking aan mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau. Daarmee wordt ook duidelijk dat de intensiteit van communicatie verhoogd kan worden ten aanzien van deze groep. Dit blijkt ook uit de Inspiratiegids Participatie.

De tweede aanbeveling gaat over het stellen van eisen voor deelname aan een participatieprocedure en is gebaseerd op de analyse van het arbeidsrecht en aanbestedingsrecht. In het arbeidsrecht mag onder voorwaarden een indirect onderscheid worden gemaakt, waardoor een bepaalde groep bevoordeeld wordt. In het aanbestedingsrecht is een soortgelijk effect te bereiken, door bijvoorbeeld sociaal of groen aan te besteden en in de selectie meer punten toe te kennen aan inschrijvers die voldoen aan de eisen daaromtrent. De aanbeveling voor participatieprocedures in het omgevingsrecht luidt om dusdanige eisen te stellen die in het voordeel werken van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau, maar die niet per se betekenen dat anderen hier niet aan kunnen voldoen. Verwezen wordt naar het eerder gegeven voorbeeld dat mensen alleen mogen deelnemen indien zij in een postcodegebied wonen waar verhoudingsgewijs meer mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau wonen. Ook op deze manier ontstaat gelijkheid van kansen.

De derde aanbeveling is om een quotum in participatieprocedures in te bouwen, zodat in ieder geval een minimumpercentage mensen met lager inkomens- en opleidingsniveau moet deelnemen aan de besluitvormingsprocedure. Een quotum is een vorm van gelijkheid van uitkomsten en is zowel gebaseerd op de analyses van de Inspiratiegids Participatie, van het arbeidsrecht, als ook van het aanbestedingsrecht. Een quotum zou kunnen fungeren als stok achter de deur: doordat het quotum gehaald moet worden, zal men voldoende tijd en aandacht moeten steken in de methoden die hierboven werden aanbevolen. Een quotum zou in verschillende vormen geïmplementeerd kunnen worden en kan variëren in het minimumpercentage. Voor het minimumpercentage kan verwezen worden naar bijvoorbeeld het social-returnbeleid van de overheid, waar een minimumpercentage van 5 procent wordt gehanteerd, en naar het arbeidsrecht en aanbestedingsrecht waar respectievelijk percentages van 40 en 70 procent acceptabel worden geacht. Het zou echter wellicht meer aan te raden zijn om het minimumpercentage van het quotum te kiezen op basis van de grootte van de groep mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau in de populatie. Zo ontstaat een representatieve groep participanten. Tot slot zou er op basis van de Inspiratiegids Participatie zelfs nog voor gekozen kunnen worden om specifieke mogelijkheden voor participatie voor mensen met een lager inkomens- en

opleidingsniveau te introduceren. Een dergelijke maatregel zou kunnen worden verbonden met de mogelijkheid om per fase te bekijken welke groep daar het beste aan kan deelnemen. Er kan dan voor worden gekozen om bijvoorbeeld de eerste fase alleen open te stellen voor deze groep mensen.

De vierde aanbeveling ziet op het open normenkader waarmee deze conclusie begon. Hoewel dit open kader de expliciete wens van de wetgever is, is het mijns inziens toch nodig dat minimumeisen voor participatie vastgelegd moeten worden, bijvoorbeeld in een participatieplan. De uitgangspunten van participatie uit de MvT bij de Omgevingswet kunnen daarbij als inspiratie dienen. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat deze uitgangspunten zijn gebaseerd op de Code Maatschappelijke Participatie en dat uit de evaluatie daarvan blijkt dat het ook met deze uitgangspunten lastig is om een representatieve afspiegeling van de samenleving te laten participeren. Met het oog daarop zijn deze uitgangspunten dus nog niet voldoende. Mogelijk kunnen de aanbevelingen uit deze scriptie en de tips uit de Inspiratiegids Participatie hier wel behulpzaam zijn. Verwezen wordt ook naar het voorbeeld van de gemeente Stadskanaal, die in een participatieplan duidelijk heeft vastgelegd dat communicatie- en participatiemethoden worden afgestemd op de verschillende groepen in de samenleving. Door dergelijke minimumeisen vast te leggen, kan tegemoet worden gekomen aan de waarschuwing van zowel de wetenschap als het SCP dat het open normenkader tot een ‘ticking the box’ cultuur zal leiden.

Tot slot: in deze scriptie zijn de juridische mogelijkheden voor positieve discriminatie van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau onderzocht, aangezien de wetgever het wenselijk vindt dat ook zij participeren. In deze scriptie is echter geen aandacht besteed aan hoe wenselijk deze groep het zelf vindt om deel te nemen aan participatieprocessen. De vraag is dan ook of mensen met lager inkomens- en opleidingsniveau daadwerkelijk meer gaan deelnemen door de in deze scriptie geopperde mogelijkheden voor positieve discriminatie. Zullen zij wel meer deelnemen, dan rijst nog de vraag of de participatie voor hen voldoende doeltreffend zal zijn (bijvoorbeeld of in voldoende mate met de belangen van deze groep rekening wordt gehouden). Vervolgonderzoek zal moeten aantonen of de mogelijkheden voor positieve discriminatie in participatieprocedures voldoende toereikend zijn en kan mogelijk ook licht schijnen op de motivatie van dergelijke groepen om wel of niet te willen deelnemen. Hier wordt ook het verschil met het arbeidsrecht en aanbestedingsrecht duidelijk: daar melden werkzoekenden en inschrijvers zich uit zichzelf bij respectievelijk werkgevers en aanbestedende diensten omdat zij graag aan de slag willen. In het omgevingsrecht ligt dat, in ieder geval ten aanzien van mensen met een lager inkomens- en opleidingsniveau, anders en zal de overheid actief op zoek moeten naar deze burger. Er is, in andere woorden, voldoende ruimte aan tafel voor andere mensen, maar ze moeten wel worden uitgenodigd.

Bronvermelding

1. Literatuur (artikelen, boeken, rapporten e.d.)

Akerboom 2018

S. Akerboom, *Between Public Participation and Energy Transition: the case of wind farms* (diss. Amsterdam UvA 2018)

Applegate 1998

J.S. Applegate, 'Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decision-making', *Indiana Law Journal* 1998/73, afl. 3, p. 903-957.

Arnstein 1969

S.R. Arnstein, 'A Ladder Of Citizen Participation', *Journal of the American Planning Association*, 1969/35, afl. 4, p. 216-224.

Beierle 1999

T.C. Beierle, 'Using social goals to evaluate public participation in environmental decisions', *Policy Studies Review* 1999/16, afl. 3/4, p. 75-103.

Blackburn & Bruce 1995

J. Blackburn & W.M. Bruce, *Mediating environmental conflict: theory and practice*, Westport: Quorum Books 1995.

Bovens, Dekker & Tiemeijer 2014

M. Bovens, P. Dekker & W. Tiemeijer, *Gescheiden werelden? Een verkenning van sociaal-culturele tegenstellingen in Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2014.

Box 1998

R.C. Box, *Citizen governance: leading American communities into the 21st century*, Sage Publications 1998.

Bunschoten in: T&C Grondwet en Statuut

D.E. Bunschoten, 'Gelijkheidsbeginsel, verbod van discriminatie', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten & H.G. Hoogers (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online).

Van den Broek e.a. 2016

A. van den Broek, A. Steenbekkers, P. van Houwelingen en K. Putters, *Niet buiten de burger rekenen! Over randvoorwaarden voor burgerbetrokkenheid in het nieuwe omgevingsbestel*. Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2016.

Dekker & Van der Meer 2009

P. Dekker en T. van der Meer, 'Opleidingsverschillen verder onderzocht', in: P. Dekker, T. van der Meer, P. Schyns en E. Steenvoorden (red.), *Crisis in aantocht: Verdiepingsstudie Continu Onderzoek Burgerperspectieven*. Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2009, p. 135-152.

Dekker & Den Ridder 2011

P. Dekker & J. den Ridder, 'De publieke opinie', in: R. Bijl, J. Boelhouwer, M. Cloin en E. Pommer (red.), *De sociale staat van Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2011, p. 55-76.

Europees Milieu Agentschap 2019

European Environment Agency, 2019. *Unequal exposure and unequal impacts: social vulnerability to air pollution, noise and extreme temperatures in Europe*. EEA Report no 22/2018.

Finkelstein, Jerrett & Sears 2005

M.M. Finkelstein, M. Jerrett, & M.R. Sears, 'Environmental inequality and circulatory disease mortality gradients', *Journal of Epidemiology and Community Health* 2005, p. 481-487.

Fox 1996

J. Fox, 'How Does Civil Society Thicken? The Political Construction of Social Capital in Rural Mexico', *World Development* 1996/24, afl. 6, p. 1089-1103.

Gross 2007

C. Gross, 'Community perspectives of wind energy in Australia: the application of a justice and community fairness framework to increase social acceptance', *Energy Policy* 2007/35, p. 2727-2736.

Hamstra, Hofman, Tijdens & Kool 2020

A. Hamstra, A. Hofman, M. Tijdens & D. Kool, 'Windplatform: Uitkomsten verkenning Windenergie', Groningen: Windplatform 2020.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *Grondrechten, de nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Juridische uitgeverij Ars Aequi 2011.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/198.

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (online).

Van der Heijden & Ten Heuvelhof 2013

J. van der Heijden & E. ten Heuvelhof (2013), 'Coping with Mandated Public Participation: The Case of Implementing the EU Water Framework Directive in the Netherlands', *Perspectives on European Politics and Society* 2013/14, afl. 4, p. 403-417.

Van Helden e.a. 2009

W.J. van Helden, J. Dekker, P.C. van Dorst en E.J.E. Govers-Vreeburg, 'We gooien het de inspraak in!' *Een onderzoek naar de uitgangspunten voor behoorlijke burgerparticipatie*, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2009

Howard, Lipsky & Marshall 1994

C. Howard, M. Lipsky & D.R. Marshall, 'Citizen Participation in Urban Politics: Rise and Routinization', in: G.E. Peterson (ed.), *Big-City Politics, Governance, and Fiscal Constraints*, Washington, DC: Urban Institute Press 1994.

Irvin & Stansbury 2004

R.A. Irvin & J. Stansbury, 'Citizen participation in decision-making. Is it worth the effort?', *Public Administration Review* 2004/64, afl. 1, p. 55-65.

Kapotas 2009

P. Kapotas, *Positive action as a means to achieve full and effective equality in Europe*, (diss. Londen: The London School of Economics and Political Science: 2009).

Koers & Bröring 2017

A.W. Koers & H.E. Bröring, 'Burgerparticipatie en omgevingsprojecten: hoe zorgen we voor kwaliteit?' *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2017/4, p. 161-166.

Kooiman & Van Santen, NRC Handelsblad 27 juli 2018

J. Kooiman & H. Van Santen, 'Begin in het noorden niet over Windmolens', *NRC Handelsblad* 27 juli 2018.

Van der Lelij, Bot & Keuchenius 2018

B. Van der Lelij, W. Bot & C. Keuchenius, *Burgerperspectieven voor de NOVI, Resultaten van een publieksonderzoek*, Amsterdam: Motivaction 2018.

Loonstra & Zondag 2015

A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. Van Vliet, '*Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Maljean-Dubois 2017

S. Maljean-Dubois, 'The Effectiveness of Environmental Law: A Key topic', in: S. Maljean-Dubois (ed.), *The Effectiveness of Environmental Law*, Cambridge: Intersentia.

Mutsaers in: T&C Aanbestedingsrecht

M.J. Mutsaers, 'Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden (art. 2.80 Aw)', in: J.M. Hebly (red.), *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*, Deventer: Kluwer 2019.

McLaren Loring 2007

J. McLaren Loring, 'Wind energy planning in England, Wales and Denmark: Factors influencing project success', *Energy Policy* 2007/35, p. 2648-2660.

Mehta e.a. 2014

S. Mehta, H. Sbihi, T. Nguyen Dinh, D. Vu Xuan, L. Le Thi Thanh, C. Truong Thanh, G. Le Truong, A. Cohen, & M. Brauer, 'Effect of poverty on the relationship between personal exposures and ambient concentrations of air pollutants in Ho Chi Minh City', *Atmospheric Environment* 2014, p. 571-580.

Oldfield 1990

A. Oldfield, *Citizenship and Community: Civic Republicanism and the Modern World*, Londen: Routledge 1990.

Pateman 1970

C. Pateman, *Participation and democratic theory*, Cambridge University Press 1970.

Plambeck 2019

E.J.H. Plambeck, 'Prejudiciële vragen over de kern van het Nederlandse bestuursprocesrecht', *Jurisprudentie Milieurecht* 2019/4.

Radersma, RTV Noord 12 oktober 2018

S. Radersma, Suikerunie over stank: 'We zitten klem', *RTV Noord* 12 oktober 2018, <https://www.rtvnoord.nl/nieuws/200018/Suikerunie-over-stank-We-zitten-klem>

Van Romburgh 2014

H.W. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht. Een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014.

RTV Noord 23 februari 2018

N.N., 'Buren zijn 'verschrikkelijke' bietencampagne zat; geef suikerfabriek eigen weg', *RTV Noord* 23 februari 2018, <https://www.rtvnoord.nl/nieuws/190713/Buren-zijn-verschrikkelijke-bietencampagne-zat-geef-suikerfabriek-eigen-weg;>

Sabatier 1988

P.A. Sabatier, 'An advocacy coalition framework of policy change and the role of policy-oriented learning therein', *Policy Sciences* 1998/21, afl. 2/3, p. 129-168.

Sociaal Economische Raad 2019

Sociaal Economische Raad, *Advies 19/12: Diversiteit in de top; tijd voor versnelling. Deel II Analyse*, september 2019

Van Schelven, Kuipéri, & Noordink 2017.

R. van Schelven, F. Kuipéri & M. Noordink, *Onderzoek maatschappelijke participatie in MIRT-projecten, Eindrapport*, Den Haag: Kwinkgroep 2017.

Schneider, Teske, Marschall, Mintrom & Roch 1997

M. Schneider, P. Teske, M. Marschall, M. Mintrom & C. Roch, 'Institutional Arrangement and the Creation of Social Capital: The effects of public school choice', *American Political Science Review* 1997/91, afl. 1, p. 82-93.

Schouten, RTV Drenthe 8 maart 2019

G. Schouten, 'Een windmolen in de Amsterdamse Prinsengracht', *RTV Drenthe* 8 maart 2019, <https://www.rtvdrenthe.nl/nieuws/144860/Een-windmolen-in-de-Amsterdamse-Prinsengracht>

Schuitema & Bergstad 2012

G. Schuitema, C.J. Bergstad, 'Acceptability of environmental policies', in: L. Steg, A.E. van den Berg, J.I.M. de Groot (Eds.), *Environmental psychology: An introduction*, West Sussex: John Wiley & Sons, Ltd; 2012.

Slovic 1993

P. Slovic, 'Perceived Risk, Trust and Democracy', *Risk Analysis* 1993/13, afl. 6, p. 675-682.

Sloot 2014

B.P. Sloot, *Juridische grenzen en mogelijkheden van tijdelijke voorkeursbehandeling ter vergroting van het percentage vrouwelijke hoogleraren*, Landelijk Netwerk Vrouwelijke Hoogleraren 2014.

Squintani 2017

L. Squintani, 'The Aarhus Paradox: Time to Speak about Equal Opportunities in Environmental Governance', *Journal for European Environmental & Planning Law* 2017/14, afl. 1, p. 3-5.

Squintani 2019

L. Squintani, *Beyond Minimum Harmonisation - Gold-Plating and Green-Plating of European Environmental Law*, Cambridge University Press.

Squintani & Perlaviciute 2019

L. Squintani & G. Perlaviciute, 'Access to public participation: Unveiling the mismatch between what law prescribes and what the public wants' *SSRN eLibrary*, 2019/24, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3402440>

Squintani & Schoukens 2019

L. Squintani & H. Schoukens, 'Towards equal opportunities in public participation in environmental matters in the European Union', in: L. Squintani, J. Darpö, L. Lavrysen, & P-T. Stoll (Eds.), *Managing Facts and Feelings in Environmental Governance*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Stivers 1990

C. Stivers (1990), 'The Public Agency as Polls: Active Citizenship in the Administrative State', *Administration & Society* 1990/22, afl. 1, p. 86-105.

Tabi & Wüstenhagen 2017

A. Tabi & R. Wüstenhagen, 'Keep it local and fish-friendly: Social acceptance of hydropower projects in Switzerland', *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 2017/68, p. 763-773.

Van Teeffelen, Trouw 10 maart 2019

K. van Teeffelen, 'Ludiek of cynisch? Voorstel voor windmolen in de grachtengordel', *Trouw* 10 maart 2019, <https://www.trouw.nl/duurzaamheid-natuur/ludiek-of-cynisch-voorstel-voor-windmolen-in-de-grachtengordel~ba3e56de/>

Tyler 2000

T.R. Tyler, 'Social justice: Outcome and procedure', *International Journal of Psychology*, 2000/35, afl. 2, p. 117–25.

Tyler & Folger 1980

T.R. Tyler & R. Folger, 'Distributional and procedural aspects of satisfaction with citizen-police encounters', *Basic and Applied Social Psychology* 1980/, afl. 4, p. 281–292.

Valadez 2001

J.M. Valadez (2001), *Deliberative Democracy, Political Legitimacy, and Self-Determination in Multicultural Societies*, Londen: Routledge 2001

Verlaan en Rutten, NRC Handelsblad 11 december 2019

J. Verlaan en R. Rutten, 'Ombudsman: Burgers worden als fraudeur bestempeld als ze een vinkje verkeerd hebben geplaatst', *NRC Handelsblad* 11 december 2019, <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/12/11/wachten-op-klachten-is-geen-optie-meer-a3983566>

Visschers & Siegrist 2014

V.H.M Visschers & M. Siegrist, 'Find the differences and the similarities: Relating perceived benefits, perceived costs and protected values to acceptance of five energy technologies', *Journal of Environmental Psychology* 2014/40, 117 – 130.

Walker & Devine-Wright 2008

G. Walker, P. Devine-Wright, 'Community renewable energy: what should it mean?', *Energy Policy* 2008/36, p. 497–500.

2. *Verdragen, wetgeving en aanverwante documenten*

A. *Verenigde Naties*

Verdrag van Aarhus

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, Denmark, 25 June 1998, United Nations, Treaty Series, vol. 2161, p. 447.

Rio Declaration on Environment and Development

UN A/CONF.151/26 (Vol. I).

Implementation Guide

United Nations Economic Commission for Europe, The Aarhus Convention: An implementation guide, United Nations Publication, second edition 2014

Maastricht Recommendations

United Nations Economic Commission for Europe, Maastricht Recommendations on Promoting Effective Public Participation in Decision-making in Environmental Matters prepared under the Aarhus Convention, United Nations Publication 2015.

B. Europese Unie

Aarhusrichtlijn

Richtlijn 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 tot voorziening in inspraak van het publiek in de opstelling van bepaalde plannen en programma's betreffende het milieu en, met betrekking tot inspraak van het publiek en toegang tot de rechter, tot wijziging van de Richtlijnen 85/337/EEG en 96/61/EG van de Raad (*PbEG* 2003, L 156).

Mer-richtlijn

Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (*PbEEG* 1985, L 175).

IPPC-richtlijn

Richtlijn 96/61/EG van de Raad van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (*PbEG* 1996, L 257).

Anti-rassendiscriminatie-richtlijn

Richtlijn nr. 2000/43/EG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*PbEG* L 180).

Kaderrichtlijn

Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* L 303).

Klassieke Richtlijn

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEU* L 134/114).

Richtlijn Nutssectoren

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEG* L 134)

Mededeling van de Commissie 2008

Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité van de Regio's – 'Overheidsopdrachten voor een beter milieu', *COM* (2008) 400).

Europese Commissie 2016

Europese Commissie, *Groen Kopen! Een handboek voor groene overheidsopdrachten*. Geraadpleegd via: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_nl.pdf

Voorstel Richtlijn verbetering man-vrouwverhouding

Voorstel voor een RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende

bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD).

C. Nederland

Aanbestedingswet 2012 (Aw)

Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (*Stb.* 2012, 313)

Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)

Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (*Stb.* 1994, 230).

Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (*Stb.* 1992, 315).

Code Maatschappelijke participatie

Ministerie van infrastructuur en waterstaat, 'Code Maatschappelijke participatie Eerder, breder en beter Maatschappelijke participatie bij – MIRT – projecten' 2014.

Gids Proportionaliteit 2016

Schrijfgroep Gids Proportionaliteit, *Gids Proportionaliteit, eerste herziening, april 2016.*

Omgevingswet

Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb.* 2016, 156

Omgevingsbesluit

Besluit van 3 juli 2018, houdende procedurele regels en regels over algemene onderwerpen over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving, *Stb.* 2018, 290.

Omgevingsregeling

Regeling van de Minister voor Milieu en Wonen, de Staatssecretaris van Defensie, de Minister van Economische Zaken en Klimaat, de Minister van Infrastructuur en Waterstaat, de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 21 november 2019, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving, *Stcrt.* 2019, 56288.

Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB)

Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*Stb.* 1980, 86).

Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGB/cz)

Wet van 3 april 2003 tot vaststelling van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (*Stb.* 2003, 206).

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL)

Wet van 17 december 2003, houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (*Stb.* 2004, 30).

Wet milieubeheer (Wm)

Wet van 13 juni 1979, houdende regelen met betrekking tot een aantal algemene onderwerpen op het gebied van de milieuhygiëne (*Stb.* 1979, 442).

3. Kamerstukken

Handelingen I 1981/82, p. 392

Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3 (MvT AWGB)

Kamerstukken II 1991/92, 22014, 5 (MvA AWGB).

Kamerstukken II 2002/03, 28770, nr. 3, p. 8. (MvT wijziging AWGB)

Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3

Kamerstukken II 2010/11, 32 501, nr. 12 (Kabinetsstandpunt, brief van de minister van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties en de staatssecretaris van sociale zaken en werkgelegenheid),

Kamerstukken II 2011-2012, 32 440, nr. 25 (Amendement Ziengs-Leegte).

Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3 (MvT Ow).

Kamerstukken II 2015/16, 24 329, nr. 3 (MvT Aw).

Kamerstukken II 2019/20, 35300-XIII, nr 55 (motie van de leden Verhoeven en Geluk-Poortvliet).

4. Jurisprudentie

HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (*Bilka*)

HvJ EU 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beentjes*)

HvJ EG 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (*Storebaelt*)

HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, NJ 1996, 507 (*Kalanke*)

HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97 (*Badeck*)

HvJ EG 17 september 2002, C-513/99 (*Concordia Bus Finland*).

HvJ EG 29 april 2004, Zaak C-469/99 (*Succhi di Frutta*)

HvJ EG 7 oktober 2004, zaak C-247/02 (Sintesi), Jur. 2004, p. I-9215

HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10

HvJ EU 26 maart 2015, C-601/13 (*Ambisig*).

ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301

Rb. Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5589

CGB 15 december 2011, 2011-198, ECLI:NL:XX:2011:BW0225, JAR 2012/78;

CRM 18 december 2012, 2012-195, JAR 2013/41.

5. Brieven

Nederwind 2019

Voorstel Windturbine 'de Prinsengrachtmolen'. Brief aan gemeenteraad van Amsterdam, 1 maart 2019,

https://amsterdam.raadsinformatie.nl/document/7404058/1/Raadsadres_voorstel_Wi ndturbine_de_Prinsengrachtmolen

Wethouder duurzaamheid Amsterdam 2019

Brief van de wethouder Duurzaamheid aan indiener, 17 maart 2019:

<https://amsterdam.raadsinformatie.nl/document/7658595/1/09012f978297f9e2>

College van B&W Groningen 2019

Brief van het college van B&W van de gemeente Groningen aan de gemeenteraad, 2 oktober 2019, <https://gemeenteraad.groningen.nl>

6. Websites

Inspiratiegids Participatie 2019

www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl

Leefstijlvinder

www.leefstijlvinder.nl