

Prematuur over het primaat

Citation for published version (APA):

Hardy, E. M. J., & Verboeket, L. W. (2020). Prematuur over het primaat: (reactie op: T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart?', NTB 2019/35). *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, (3), 114-118. https://www.inview.nl/document/ida45126af443c47659c469d6ba56e3229?ctx=WKNL_CSL_86

Document status and date:

Published: 01/03/2020

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Prematuur over het primaat

Reactie op ‘Hoe verdeel je een chocoladetaart?’, NTB 2019/35

NTB 2020/50

1. Inleiding

In zijn artikel met de illustratieve titel ‘Hoe verdeel je een chocoladetaart?’ vraagt Tim Robbe zich af hoe een mededingingsnorm zich bij de verdeling van schaarse publieke rechten verhoudt tot de democratische rechtsstaat waarin ‘de politiek’ het primaat heeft.² De mededingingsnorm waar Robbe het dan specifiek over heeft, is in 2016 geïntroduceerd door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) in navolging van een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven (A-G).³ Deze rechtsnorm strekt ertoe dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare schaarse vergunning(en) mee te dingen. De mededingingsnorm vloeit voort uit het formele gelijkheidsbeginsel en wordt door de bestuursrechter inmiddels ook toegepast op onderwijsbekostiging en op de verdeling van schaarse subsidies.⁴ De introductie van de mededingingsnorm en haar implicaties voor de verdeling van schaarse publieke rechten⁵ door de overheid heeft in de literatuur al flink wat stof doen opwaaien.⁶ Robbe is echter de eerste die de mededingingsnorm afzet tegen filosofische theorieën over het rechtvaardig verdelen van schaarste.⁷ Met die insteek heeft Robbe het schaarse-rechtendebat dan ook beslist verrijkt. Dat hij daarbij in klare taal over een taai onderwerp schrijft, is een mooie bijkomstigheid. Ook zijn stellingname is duidelijk, haast onverbiddelijk zelfs: de mededingingsnorm is in strijd met de democratische rechtsstaat, omdat deze norm het primaat van de politiek ‘onno-

dig en onrechtmatig’ blokkeert. Dat de politiek gegadigden mededingingsruimte zou moeten bieden bij het verdelen van schaarse publieke rechten, lijkt Robbe eerder een van de vele filosofische zienswijzen dan iets wat juridisch ‘juist’ is. De introductie van de mededingingsnorm was bovendien verspilde moeite van de Afdeling, zo stelt Robbe, want de rechter kan bij gebrek aan expliciete wetgeving ook prima uit de voeten met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wij vragen ons daarbij af wat onder de streep het verschil in uitkomst zal zijn als de rechter het formele gelijkheidsbeginsel zelf toepast in plaats van de op dat beginsel gebaseerde mededingingsnorm maar dat terzijde.

Met deze stevige stellingname geeft Robbe een door hemzelf als ‘prikkelend’ omschreven antwoord op zijn vraag naar de verhouding tussen een door de rechter opgelegde mededingingsnorm enerzijds en het primaat van de politiek in een democratische rechtsstaat anderzijds. Die omschrijving is terecht, in zoverre dat zijn antwoord ons prikkelde tot het schrijven van deze reactie. Wij hebben met name moeite met het beeld dat Robbe schetst van een bestuursrechter die het primaat van de politiek met voeten zou treden door een absoluut geldende mededingingsnorm te introduceren op basis van een filosofische opvatting, die niet noodzakelijk juridisch ‘juist’ is. Dat beeld is gebaseerd op percepties op meta- en op microniveau, dat wil zeggen op het niveau van de onderlinge verhouding tussen onze staatsmachten en op het niveau van de reikwijdte van de mededingingsnorm zelf. In deze reactie brengen wij een aantal noodzakelijke nuanceringen aan op deze percepties, om misverstanden over de mededingingsnorm te voorkomen.

2. Nuanceren op metaniveau: over wie het primaat van de politiek toekomt, wie het erkent en wie het laat liggen

2.1 Wie komt het primaat van de politiek toe?

Robbe baseert zijn analyse onder meer op een redactioneel uit 1998, waarin Koopmans de toentertijd veelvuldig bezigde term ‘primaat van de politiek’ ontleedt.⁸ Volgens Koopmans kan het primaat van de politiek vier betekenissen hebben:

1. Aan de politiek, in de zin van politici, komt zeggenschap toe, niet aan ambtenaren.
2. De politiek, in de zin van wetgeving en bestuur, hoort de koers van de wetgeving te bepalen, niet de rechter.
3. De visie van de politiek, in de zin van de nationale autoriteiten, gaat voor op de ideeën van decentraal of geprivatiseerd bestuur.

1 Ellen Hardy en Louise Verboeket zijn als onderzoeker/docent resp. promovenda verbonden aan de capaciteitsgroep Publiekrecht van de Universiteit Maastricht.

2 T.H.G. Robbe, ‘Hoe verdeel je een chocoladetaart? Een kritische beschouwing van de “mededingingsnorm” bij het verdelen van schaarse (publieke) rechten’, NTB 2019/35, p. 357-364.

3 Concl. A-G 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 en ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

4 ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86 (*Tjalling Koopmans College*), r.o. 7.5 en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (*Geobox*), r.o. 7.1.

5 Wij spreken in deze reactie van ‘schaarse publieke rechten’, omdat deze algemene term de lading beter dekt. Robbe heeft gelijk dat de termen ‘schaarse publieke rechten’ en ‘schaarse vergunningen’ in de jurisprudentie naast elkaar worden gebruikt. De mededingingsnorm geldt echter niet alleen voor schaarse vergunningen, maar ook voor andere publieke rechten als schaarse subsidies of ontheffingen voor zondagopenstelling. Waarom we niet net als Robbe de term ‘schaarse (publieke) rechten’ bezigen, komt aan bod in par. 3.2.

6 Zie bijv. C.J. Wolswinkel, ‘Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam’, SEW 2018/110, p. 288-301 en A. Drahmman, ‘Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht’, TBR 2017/156, p. 1050-1060.

7 Wij nemen deze uitdrukking over, maar in wezen klopt zij niet. Het gaat immers niet om het verdelen van schaarste, maar om het verdelen van schaarse middelen, in dit geval rechten.

8 T. Koopmans, ‘Het primaat van de politiek’, *RMThemis* 1998, afl. 4, p. 97.

4. De politiek, in de zin van de overheid, moet richting geven aan wat er in de samenleving gebeurt.

In hetzelfde redactioneel wijst Koopmans erop dat het primaat van de politiek “van alles kan betekenen” en dat degenen die deze term bezigen “vaak in het vage laten wat zij bedoelen”. Het lijkt erop dat dit verwijt ook Robbe treft. Hij omschrijft weliswaar expliciet wat ‘politiek’ is, maar niet wie ‘de politiek’ is en dus ook niet aan wie het primaat van de politiek toekomt. Robbe definieert politiek in algemene termen als “het gezaghebbend bepalen, op basis van een waardenafweging, wie wat krijgt wanneer en hoe”. Deze definitie lijkt het meest aan te sluiten bij de eerste betekenis die Koopmans geeft aan het primaat van de politiek, aangezien dit de enige betekenis is waarin de politiek *zeggen-schap* wordt toegekend. Als het inderdaad de politici zijn die gezaghebbend mogen bepalen wie wat krijgt wanneer en hoe, dan is er niks mis met een mededingingsnorm die zich nadrukkelijk richt tot het bestuur. In dat licht is het spijtig dat Robbe enkel aandacht besteedt aan Koopmans’ tweede en vierde betekenis, door te stellen dat “de rechtsprekende macht de politiek (als in ‘overheid’ en ‘wetgeving en bestuur’) aan de eigen besluitvorming en gemaakte wetten [houdt]”.⁹ In Robbe’s optiek zijn het blijkbaar de wetgever, het bestuur én de alomvattende overheid die gezaghebbend mogen bepalen wie wat wanneer en hoe krijgt. Dat is een vereenvoudigde weergave van Koopmans’ uitleg van het primaat van de politiek, die een nadere onderbouwing behoeft. Bovendien: wie de politiek en haar primaat zó ruim formuleert, overschat wat de politiek vermag.

2.2 De rechter erkent ruimte voor ‘de politiek’

Zoals gezegd is de mededingingsnorm expliciet gericht tot het bestuur. De Afdeling erkent het primaat van de politiek echter niet alleen in de formulering van de mededingingsnorm, maar ook door de (decentrale) wetgever ruimte te laten om de mededingingsnorm in te perken. De Afdeling gaat hierin zelfs verder dan de A-G: waar de A-G alleen ruimte zag voor een beperking bij formele wet, kan volgens de Afdeling ook materiële wetgeving de mededingingsnorm beperken. De politiek heeft daarmee een stevige stem in de verdeelprocedure voor de chocoladetaart verkregen.

De Afdeling stelt op basis van het gelijkheidsbeginsel twee eisen aan een wettelijk voorschrift dat de mededingingsnorm beperkt. Ten eerste kan een beperking niet zover gaan dat iedere vorm van mededinging volledig wordt uitgesloten. Ten tweede moet het wettelijk voorschrift, althans de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, er blijk van geven dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen. In een democratische rechtsstaat behoort de politiek immers niet alleen het belang van enkele uitverkorenen te bedienen, maar dat van de maatschappij als geheel. Uit de toepassing van deze twee eisen door de Afdeling blijkt dat de materiële wetgever zelfs een abso-

lute uitsluiting van de mededinging zou kunnen motiveren.¹⁰ De mededingingsnorm laat politici, anders dan Robbe stelt, dus alle ruimte om bijvoorbeeld een schaarse subsidie zonder mededinging te verlenen, juist als dit na zorgvuldig onderzoek en met een deugdelijke motivering gebeurt. Let wel: door te eisen dat de materiële wetgever een ongelijke behandeling van gelijke gevallen deugdelijk motiveert, brengt de Afdeling feitelijk het gelijkheidsbeginsel in beeld.¹¹ En daar lijkt Robbe gelukkig geen bezwaar tegen te hebben.

Kortom: ‘de politiek’, in de zin van wetgever en bestuur, heeft ondanks de introductie van de mededingingsnorm nog steeds het primaat, want zij kan deze norm bij wettelijk voorschrift beperken of laten wijken. Een voorbeeld biedt de Aanbestedingswet, die op zichzelf geen mededinging voorschrijft voor overheidsopdrachten onder de drempelwaarden voor Europees aanbesteden.¹² Zoals Robbe terecht opmerkt, heeft de wetgever in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet aangegeven dat de enkelvoudig onderhandse gunning van dergelijke overheidsopdrachten – zonder mededinging dus – mogelijk blijft. Het lijkt ons, anders dan Robbe, dan ook sterk dat de Afdeling met de mededingingsnorm voor schaarse publieke rechten dit formeel-wettelijke kader voor overheidsopdrachten heeft willen doorkruisen. Een ander voorbeeld dat Robbe in dit verband aanhaalt, is de subsidietitel uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De standaardroute voor subsidieverlening is dat het bestuursorgaan vooraf bij wettelijk voorschrift de te subsidiëren activiteiten, het subsidieplafond en de verdeelmethode vaststelt. De mededingingsnorm grijpt *niet* in op die standaardroute. De mededingingsnorm kan in een concreet geval zelfs toestaan dat het bestuur met terugwerkende kracht de verdeelmethode wijzigt.¹³ Verder staat de mededingingsnorm (vooralsnog) niet in de weg aan het verlenen van begrotingssubsidies en incidentele subsidies zonder mededinging, aangezien de wetgever het ontbreken van een wettelijke grondslag voor dit type subsidieverstrekkingen mogelijk heeft geacht.¹⁴ Het staat de lokale overheid uit het voorbeeld van Robbe dus nog steeds vrij om een subsidie incidenteel of via de begroting rechtstreeks aan een lokale ondernemer te verstrekken: aan ‘politiek mandaat’ is blijkbaar geen gebrek.¹⁵

⁹ Wij voegen aan dit citaat voor de volledigheid graag “en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur” toe.

¹⁰ Zie punt 11 van de noot van Wolswinkel bij de *Vlaardingen*-uitspraak in AB 2016/426.

¹¹ *Ibid.*, punt 10.

¹² Dit laat onverlet dat de Gids Proportionaliteit en het eigen aanbestedingsbeleid van aanbestedende diensten die vrijheid om overheidsopdrachten zonder mededinging te gunnen, kunnen inperken.

¹³ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (*Geobox*).

¹⁴ Zie art. 4:23, derde lid, Awb. Voorts punt 5 van de noot van Van den Brink bij de *Geobox*-uitspraak in AB 2018/406.

¹⁵ Van incidentele subsidieverlening wordt regelmatig gebruikgemaakt; zie recent bijv. Rb. Den Haag 11 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13275, r.o. 5.1. Overigens kunnen er niet alleen bestuursrechtelijke, maar ook strafrechtelijke risico’s kleven aan het onderhands verlenen van schaarse publieke rechten aan lokale ondernemers: zie M. Rengers & J. Dohmen, “De verstrengelde belangen van Richard de Mos”, NRC 4 oktober 2019.

2.3 De politiek heeft het primaat... laten liggen

Dan nog over de 'politieke werkelijkheid' die Robbe aanvoert. Die werkelijkheid is niet alleen dat politici en bestuurders een schaars publiek recht misschien liever rechtstreeks aan een uitverkoren ontvanger zouden verlenen, maar ook dat diezelfde politici en bestuurders het regelmatig nalaten om regelgeving op te stellen die hun verdeling van schaarse publieke rechten normeert. Zo draaide de *Vlaardingen*-uitspraak niet geheel toevallig om de verdeling van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal: juist op het terrein van dergelijke schaarse kansspelvergunningen ontbreekt richtinggevende wetgeving.¹⁶ Het ontbreken van duidelijke normen in wet- en regelgeving blijft niet beperkt tot de verdeling van schaarse publieke rechten. De Raad van State signaleert in haar laatste jaarverslag een veelomvattende terugtred van de wetgever, waardoor het onvermijdelijk is dat de rechter uitspraken doet met een rechtsvormend karakter.¹⁷ Slob sprak in dit kader recent van 'een hopeloos gebrek aan staatsrechtelijk besef' bij de Nederlandse staat, die het graag laat aankomen op juridische procedures bij politiek gevoelige thema's.¹⁸ Robbe houdt het liever neutraal op een 'nulsituatie', waarin de politiek er simpelweg nog niet aan toe is gekomen om in wetgeving vast te leggen hoe schaarse publieke rechten moeten worden verdeeld.¹⁹ Ook in een nulsituatie moet de rechter echter uitspraak doen.²⁰ Ook Koopmans erkent in voornoemd redactioneel deze nuancering op het primaat van de politiek: bij gebrek aan wettelijke normering ontstaat jurisprudentie "die belangrijke stappen in de rechtsontwikkeling kan inhouden, zonder door de politiek te zijn 'gelegitimeerd'". In de tijd van het redactioneel van Koopmans ging die jurisprudentie bijvoorbeeld over *wrongful birth* en over rechten op computerprogramma's; in de tijd van het artikel van Robbe gaan die uitspraken over de verdeling van schaarse publieke rechten en over het klimaatbeleid.²¹

Al met al heeft de Afdeling niet alleen ruimte gelaten voor wet- en regelgeving die afwijkt van de mededingingsnorm, maar roept zij de politiek zelfs op om daadwerkelijk gebruik te maken van dit primaat. De wetgever – de politiek, zo je wilt – staat volgens de Afdeling voor de opgave om dergelijke problemen niet langer af te wentelen op de rechter, maar om zelf belangrijke keuzes te maken en die vast te leggen. Van Gestel stelt hier de terechte vraag of de politiek het primaat in het wetgevingsproces eigenlijk nog wel wil hebben.²² Het heeft er alle schijn van dat het niet de Afdeling is die het primaat van de politiek negeert, maar de politiek

zelf. Dat de politiek (het bestuur), zoals Robbe lijkt te veronderstellen, ook in afwachting van wetgeving het 'primaat' moet kunnen uitoefenen, bijvoorbeeld door naar eigen inzicht schaarse publieke rechten al dan niet onderhands te verlenen, wijkt af van de bestuursrechtelijke uitgangspunten. De uitoefening van een schaars publiek recht zal immers – ten minste deels – het algemeen belang moeten dienen. Daarbij kan de persoon van de rechthebbende een rol spelen, maar vaker is de (kwaliteit van de) uitoefening van het betreffende recht doorslaggevend. De voorkeur voor een lokale ondernemer hoeft niet in dit plaatje te passen. Een andere kwestie die schuurt, is dat schaarse publieke rechten vaak een economische waarde vertegenwoordigen en daarom eerlijk moeten worden verdeeld. Dat brengt ons bij Robbe's percepties over de mededingingsnorm zelf.

3. Nuanceren op microniveau: betekenis en reikwijdte van de mededingingsnorm

3.1 Zomaar een filosofische zienswijze?

Volgens Robbe legt de Afdeling met de mededingingsnorm een van de vele filosofische zienswijzen op aan 'het politieke proces'. Is dat zo? Wie meer wil weten over de ratio achter de mededingingsnorm, moet in de conclusie van de A-G duiken. De inhoudelijke reden die hij geeft voor de erkenning van de mededingingsnorm als nationale rechtsnorm, is dat veel schaarse publieke rechten gerelateerd zijn aan een economische activiteit en dus vermogenswaarde hebben. Aangezien deze rechten schaars zijn, zal het bestuur ze aan sommige aanvragers wel, en aan andere niet (kunnen) toekennen. Het ligt volgens de A-G dan in de rede dat het bestuur deze rechten "niet onderhands verleent aan een bepaalde aanvrager, maar dat het alle (potentiële) aanvragers in de gelegenheid stelt hiernaar op enigerlei wijze mee te dingen".²³ Doet het bestuur dat niet, dan bevoordeelt het bepaalde aanvragers zonder duidelijke reden. Heeft het bestuur wel goede redenen om bepaalde aanvragers voor te trekken, dan ligt de in paragraaf 2.2 besproken route open. De mededingingsnorm is aldus duidelijk geënt op het speelveld van de *homo economicus*, die bepaalde schaarse publieke rechten van het bestuur nodig heeft om economische activiteiten uit te voeren en daarom een eerlijk verdeelproces van dat bestuur mag verwachten.²⁴

Welnu: in een democratische rechtsstaat is het voorkomen van favoritisme en willekeur een gerechtvaardigd belang om het primaat van de politiek – en de discretionaire bevoegdheden van het bestuur – te beperken. Robbe verstopt de weerlegging van dit belang in een voetnoot, waarin hij stelt dat 'andere verdelingsmechanismen' dan mededinging niet meer risico op willekeur en favoritisme met zich brengen, omdat de rechter altijd moet toetsen aan beginselen als het verbod op willekeur en het gelijkheidsbeginsel. Helaas

16 Zie punt 4 van de noot van Wolswinkel bij de *Vlaardingen*-uitspraak in AB 2016/426.

17 Raad van State, *Jaarverslag 2018*, Den Haag 2019, p. 25-26.

18 P. Slob, 'Niet de rechtspraak, maar de staat is het probleem', *Trouw* 29 november 2019.

19 Hier lijkt Robbe 'de politiek' weer beperkter te definiëren, namelijk als zijnde de wetgever.

20 Daartoe is hij zelfs bij wet verplicht: zie art. 13 Wet algemene bepalingen.

21 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

22 R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtred van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?', *RegelMaat* 2019, afl. 3, p. 238.

23 Concl. A-G 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, par. 6.2.

24 De term *homo economicus* wordt door de A-G ontleend aan A.W.G.J. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law*, 's-Hertogenbosch: BOXPress 2013, p. 280.

verzuimt hij deze verdelingsmechanismen nader te specificeren. Bovendien ontgaat ons de logica van deze redenering. Blijkbaar gaat Robbe ervan uit dat de rechter eventueel willekeurig verdeelgedrag kan bijstellen, gegeven dat benadeelden inderdaad naar de rechter stappen. Maar dat lijkt ons de omgedraaide wereld.

De eis dat het bestuur bij de verdeling van schaarse, publieke en economisch waardevolle rechten mededingingsruimte moet bieden om een willekeurige verdeling van die rechten te voorkomen, is dus niet zomaar een filosofische zienswijze, maar een uitgangspunt in onze democratische rechtsstaat. Deze eis leidt ertoe dat het bestuur schaarse publieke rechten onder mededinging verdeelt, tenzij het objectief kan rechtvaardigen waarom mededinging niet past. Wij zien niet in dat een dergelijke eis fundamenteel indruist tegen de principes van een democratische rechtsstaat, noch dat hij het primaat van de politiek doorkruist.

3.2 *Het ene schaarse recht is het andere niet*

De mededingingsnorm verdient een tweede nuancering: die van haar reikwijdte. Ten eerste is de mededingingsnorm specifiek bedoeld voor schaarse publieke rechten die een *economische waarde* hebben. Daarom bestaat er volgens de A-G 'principiële minder reden' voor de tijdelijkheid van een vergunning die geen betrekking heeft op een economische activiteit, zoals een parkeervergunning.²⁵ Ten tweede is de mededingingsnormjurisprudentie – voornamelijk – alleen van toepassing op schaarse *publiekrechtelijke* rechten. Volgens Robbe is de discussie over de mededingingsplicht echter ook 'relevant' voor schaarse rechten die de overheid vanuit een privaatrechtelijke hoedanigheid verstrekt, zoals overheidsopdrachten en concessies. Nog los van de voorrang van het formeel-wettelijke kader op de toepassing van de mededingingsnorm,²⁶ is het echter nog allerminst zeker dat de mededingingsnorm ook daadwerkelijk van toepassing is op privaatrechtelijke overheidsovereenkomsten buiten de aanbestedingsrechtelijke context.²⁷

3.3 *De mededingingsnorm, maar dan concreet*

Het is opvallend dat Robbe fel van leer trekt tegen de keuze voor de mededingingsnorm zonder die norm nader te concretiseren, zoals de A-G en de Afdeling dat wel doen. Maar we begrijpen Robbe: het is altijd makkelijker om abstracte uitgangspunten van hun nuances te ontdoen en ze vervolgens met elkaar te laten botsen. De veronderstellingen 'de politiek heeft het voor het zeggen' en 'van de rechter moet de politiek mededinging creëren' conflicteren nu eenmaal, daar valt geen speld tussen te krijgen. De eerste stelling hebben we reeds van nuances voorzien; het is tijd om hetzelfde te doen met de tweede.

Wat houdt de door Robbe zo gehekkelde mededingingsnorm nu precies in? De mededingingsnorm zelf is immers weinig concreet: het bestuur moet 'op enigerlei wijze' aan potentiële gegadigden ruimte bieden om mee te dingen naar beschikbare schaarse publieke rechten. De Afdeling formuleert daarom, in navolging van de A-G, nog twee rechtsnormen. Ten eerste kunnen schaarse publieke rechten *in beginsel* niet voor onbepaalde tijd, maar alleen tijdelijk worden verleend. Anders zou het voor nieuwkomers nagenoeg onmogelijk zijn om tot de markt toe te treden. Ten tweede moet het bestuur een 'passende mate van openbaarheid' verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Het bestuur dat alleen bepaalde geïnteresseerden tijdig op de hoogte stelt van een verdeling op volgorde van binnenkomst, realiseert immers geen gelijke kansen op verkrijging van het schaarse publieke recht.²⁸

De mededingingsnorm is daarmee nadrukkelijk gericht op de inrichting van het verdeelproces. Het staat het bestuur nog altijd vrij om de rechtsvorm van het schaarse publieke recht, de verdeelmethode en de groep (potentiële) gegadigden naar eigen voorkeur vast te stellen.²⁹ Naar ons idee liggen de acht keuzes die Robbe in tabelvorm schetst, dus nog volledig open. De mededingingsnorm tornt daar niet aan. Het enige wat deze norm eist, is dat het bestuur tijdig transparant is over die keuzes. En als die transparantie niet past, dan is het aan het bestuur om objectief te motiveren waarom niet. De gemeentelijke overheid die Robbe meermaals aandraagt, kan dus nog altijd een schaarse subsidie verlenen aan één bepaalde (groep) ondernemer(s), mits zij die keuze deugdelijk kan motiveren. Zo bezien mengt de rechter zich met de mededingingsnorm niet 'onnodig' in het politieke proces dat over de verdeling van schaarse rechten gaat, laat staan 'onrechtmatig'.

4. Tot besluit

Dankzij Robbe doet er een nieuwe speler mee aan het schaarse-rechtendebate: de filosoof. Dat is beslist een verrijking, maar ook binnen het filosofische perspectief is de nuance essentieel. Robbe schetste in dit blad een beeld van een rechter *gone rogue*, die de goedwillende politiek zou dwarsbomen met behulp van een specifieke filosofische zienswijze. Naar ons idee heeft Robbe zijn beschrijvingen van het primaat van de politiek en van de mededingings-

25 Concl. A-G 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, par. 6.3. Vgl. ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2892, r.o. 4.4-4.5.

26 Zie par. 2.2.

27 Zie recent Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.8. Strikt genomen geven wij Robbe geen eerlijke kans door te verwijzen naar een uitspraak die is verschenen na publicatie van zijn artikel, maar hopelijk vergeeft hij ons dat.

28 Zie wederom: M. Rengers & J. Dohmen, 'De verstregelde belangen van Richard de Mos', NRC 4 oktober 2019.

29 Vgl. concl. A-G 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, par. 6.2: "Om misverstanden te voorkomen, dat [schaarse publieke] vergunningen open moeten staan voor mededinging betekent niet dat voor het aantal in een gebied te verdelen vergunningen geen onderscheid zou mogen worden gemaakt tussen categorieën van aanvragers."

norm echter onvoldoende genuanceerd. We kunnen ons goed voorstellen dat zijn stellige beschrijvingen bruikbare gedachte-experimenten opleveren voor het (postacademische) onderwijs, maar zij rechtvaardigen niet de conclusie dat de mededingingsnorm in strijd is met de democratische rechtsstaat. De rechterlijke creatie van de mededingingsnorm correspondeert wellicht met een bepaalde filosofische zienswijze, maar dat leidt er niet zonder meer toe dat die norm het primaat van de politiek onnodig of zelfs onrechtmatig beperkt. In tegendeel: de mededingingsnorm past volgens ons naadloos in het systeem van *checks and balances* dat eigen is aan een democratische rechtsstaat.

We zijn het met Robbe eens dat er nog veel onderzoekswaardige vragen leven en discussies moeten worden gevoerd over wat een rechtvaardige verdeling van schaarse rechten inhoudt, bijvoorbeeld als het gaat om het creëren van ook *materieel* gelijke kansen tussen gegadigden. Laten we in die discussies dan wel rekenschap blijven geven van de mitsen en maren die de mededingingsnorm rijk is. Om terug te komen op het voorbeeld van Robbe: de politiek mag nog altijd zelf uitmaken hoe groot de chocoladetaart is, welke vulling zij heeft, in hoeveel stukken zij wordt gesneden, welke partijen een vorkje mogen pakken en in welke volgorde die partijen in de rij mogen gaan staan. De mededingingsnorm eist slechts dat de politiek daar transparant over is en dat zij, wanneer de taart op is, een volgende taart opnieuw eerlijk verdeelt. Van dit alles mag bij wettelijk voorschrift worden afgeweken. We willen de klaagzang van de verongelijkte 'politiek' zeker niet bederven, maar vergeet niet: een chocoladetaart smaakt altijd beter met een snufje zout.