

*The best books... are those that tell
you what you know already
(‘De beste boeken... zijn die
welke je vertellen wat je al weet.’)*

—
Neil Gaiman in ‘American Gods’

1.1

OUVERTURE

Het onderwerp van dit onderzoek is de verhouding tussen de democratische rechtsstaat en een algemene rechtsnorm die overheden verplicht om mededingingsruimte te bieden bij het verdelen van schaarse rechten.

In een democratische rechtsstaat stellen overheden met politieke besluitvorming steeds een algemeen belang vast. Om dat algemeen belang vervolgens te dienen besluiten zij regelmatig om rechten te verlenen aan burgers en ondernemers. Denk daarbij aan vergunningen, subsidies, betalingsrechten (uit overheidsopdrachten) en rechten op levering (van overheidseigendom). Als er door een plafond in potentie meer gegadigden zijn dan te verlenen rechten, dan zijn deze rechten schaars. In het geval van schaarse rechten bestaat in een – op dit moment nog – gefragmenteerd juridisch kader voor verdelende overheden een algemene rechtsnorm. Die norm bepaalt dat, uitzonderingen daargelaten, verdelende overheden gelijke kansen moeten bieden aan alle potentiële gegadigden. Dat moeten zij doen door mededingingsruimte te organiseren met een transparante selectieprocedure: een verplichting om mededingingsruimte te bieden.

De aanleiding voor dit onderzoek is dat de huidige verplichting om mededingingsruimte te bieden op twee manieren problematisch kan zijn in een democratische rechtsstaat:

- Ten eerste beperkt de verplichting mogelijk de politieke beslisruimte waarmee overheden in een democratie bepalen hoe zij met schaarse rechten willen omgaan. Zij schrijft immers heel specifiek het bieden van mededingingsruimte voor. Als de verplichting de politieke beslisruimte beperkt, dan kan zij daarmee democratische waarden beperken.
- Ten tweede roept de verplichting vragen op over legitimiteit. Het gefragmenteerde juridisch kader waarin de verplichting is opgenomen is namelijk maar

deels gebaseerd op wetgeving. Het is grotendeels gebaseerd op Europese en Nederlandse rechtspraak. De rechter heeft echter in een democratische rechtsstaat als primaire taak het toepassen van recht, niet het vormen ervan. Die taak ligt primair bij de wetgever.

Uit een uitgebreide rechtswetenschappelijke literatuurstudie naar de algemene rechtsnorm volgt dat de rechtswetenschappelijke literatuur de rechtsnorm nog niet op voorgaande twee manieren heeft geproblematiseerd.

Een onderzoek naar de verhouding tussen de democratische rechtsstaat en de algemene rechtsnorm is echter juridisch, maatschappelijk en wetenschappelijk relevant. De juridische relevantie volgt uit het feit dat de verplichting een juridisch fenomeen is dat nog niet is bestudeerd in zijn verhouding tot de democratische rechtsstaat – waarbij ook dat laatste concept voor een belangrijk deel juridisch is. Omdat overheden veel en vaak schaarse rechten verdelen is het onderzoek daarnaast duidelijk maatschappelijk relevant. De manier waarop overheden schaarse rechten (zouden moeten) verdelen beïnvloedt namelijk overheden, burgers en ondernemers: alle maatschappelijke actoren dus. Wetenschappelijk relevant is het onderzoek tot slot omdat het de rechtswetenschap voor het verdelen van schaarse rechten verder brengt. Het onderzoek doet dat door rechtswetenschap, rechtsfilosofie en politieke filosofie te verbinden. Dat is niet eerder gedaan voor dit juridisch fenomeen.

Gezien de aanleiding, de lacune in de rechtswetenschappelijke literatuur en de relevantie van het onderzoek, is dit onderzoek gestart met twee doelstellingen voor ogen:

- Ten eerste wilde het vaststellen of de verplichting werkelijk de politieke beslissingsruimte beperkt, op welke wijze zij beperkt en of dit theoretisch gezien problematisch is.
- Ten tweede wilde het vaststellen of daadwerkelijk problemen bestaan met de legitimiteit van de verplichting waar deze alleen is gebaseerd op rechtsvormende rechtspraak en welke problemen dat dan zijn.

Om deze doelstellingen te bereiken heeft dit onderzoek de volgende centrale onderzoeksvraag beantwoord:

Hoe verhoudt de verplichting om mededingingsruimte te bieden zich tot de democratische en rechtsstatelijke waarden in de democratische rechtsstaat?

Omdat het onderzoek multidisciplinair is opgezet, kent het een uitgebreid theoretisch kader dat bestaat uit vijf delen. Het theoretisch kader bestaat uit:

- de democratische rechtsstaat als toetsingskader, beschreven door Van Ommeren in 2003;
- het geldende juridisch kader waarin de algemene rechtsnorm is opgenomen;
- een politieke filosofie over schaarste, waarbij vooral gebruik is gemaakt van het werk van Claassen uit 2004;
- staatsrechtelijke en civielrechtelijke ideeën over (grenzen aan) rechterlijke rechtsvorming en het kwadrantenmodel van Schutgens uit 2019;
- de rechtsfilosofie van Radbruch (zowel voor- als naoorlogs).

Er is gekozen voor de beschrijving van de democratische rechtsstaat van Van Ommeren omdat het een van de weinige conceptuele beschrijvingen is waarin niet alleen de rol van de rechter als *rechtsstatelijk instrument* is beschreven – dat is niet zo uniek – maar ook de genoemde politieke beslisruimte als *democratisch instrument* goed is in te bedden – wat wél uniek is. Gezien de centrale onderzoeksvraag is het verwerken van beide instrumenten nodig in één democratisch rechtsstatelijk toetsingskader. Gezien de centrale onderzoeksvraag is het daarnaast evident dat het geldende juridisch kader onderdeel uitmaakt van het theoretisch kader. Het deel politieke filosofie is vervolgens met name gebaseerd op het werk van Claassen omdat hij een van de standaardwerken in de politieke filosofie schreef over schaarste (en andere standaardwerken incorporeert). De staatsrechtelijke en civielrechtelijke literatuur maakt met het model van Schutgens onderdeel uit van het theoretisch kader, omdat hiermee een maatstaf is aan te leggen voor het beoordelen van rechterlijke rechtsvorming. Er is tot slot gekozen voor Radbruch omdat zijn rechtsfilosofie aansluit op het toetsingskader van de democratische rechtsstaat van Van Ommeren, hij rechtvaardigingsgronden formuleert voor het beperken van democratische waarden en Radbruch van grote invloed is geweest op het denken over democratie en rechtsstaat (ook in Nederland).

Het onderzoek heeft de volgende methode in drie lijnen uitgewerkt en toegepast:

- De eerste lijn maakt het mogelijk de beperking van de politieke beslisruimte te beoordelen. De politieke filosofie is daartoe verbonden aan het juridisch kader. De politieke beslisruimte geldt in het toetsingskader van de democratische rechtsstaat als instrument om democratische waarden te realiseren. De politieke filosofie is daarom gebruikt om alle keuzes te beschrijven die politiek denkbaar zijn *ongeacht* een juridisch kader. Om de verbinding met het juridisch kader te maken is het Hohfeldiaanse begrippenkader toegepast. Zo is inzichtelijk gemaakt welke politieke keuzes in het juridisch kader zijn verwerkt – en welke dus zijn uitgesloten. Hohfeld is hier overigens gebruikt omdat (vooral Angelsaksische) literatuur zijn begrippenkader al gebruikt voor het beschrijven van zowel morele als juridische concepten.

- De tweede lijn maakt het mogelijk rechtsvormende rechtspraak te beoordelen op de mate waarin deze de rechtspolitieke grenzen van rechterlijke controle overschrijdt. Rechterlijke controle geldt in het toetsingskader als instrument om rechtsstatelijke waarden te realiseren. Met de maatstaf ontwikkeld op basis van het model van Schutgens is deze rechtsvormende rechtspraak beoordeeld. De rechter overschrijdt (rechts)politieke grenzen, als zijn uitspraak een zwak of geen verband houdt met een bestaande norm en maatschappelijk controversieel is (of: maatschappelijke consensus niet is vastgesteld of ontbreekt).
- De derde lijn maakt het tot slot mogelijk te beoordelen of eventuele beperkingen van democratische waarden binnen het toetsingskader van de democratische rechtsstaat zijn te rechtvaardigen met rechtsstatelijke waarden. Daarvoor zijn de rechtvaardigingsgronden ingezet die zijn te vinden in de rechtsfilosofie van Radbruch.

De methode is vervolgens toegepast om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden aan de hand van drie deelvragen:

- *Hoe verhoudt het juridisch kader voor de verplichting om mededingingsruimte te bieden zich tot de politieke beslisruimte als een democratisch instrument dat democratische waarden verwezenlijkt?*
- *Hoe verhoudt de rechtsvormende rechtspraak voor de verplichting om mededingingsruimte te bieden zich als een rechtsstatelijk instrument tot democratische waarden?*
- *Hoe is een eventuele beperking van democratische waarden te rechtvaardigen met rechtsstatelijke waarden zoals die zijn verwezenlijkt door de verplichting om mededingingsruimte te bieden?*

1.2 AFBAKENING: SCHAARSE RECHTEN EN DE ALGEMENE RECHTSNORM

1.2.1 *Algemeen*

Het juridisch kader voor de algemene rechtsnorm die overheden verplicht mededingingsruimte te bieden bij het verdelen van schaarse rechten kent een breed toepassingsbereik. Het brede toepassingsbereik blijkt uit het feit dat overheden zowel in het bestuursrecht als in het privaatrecht te maken kunnen krijgen met de verplichting mededingingsruimte te bieden als zij schaarse rechten verdelen, waarbij die verplichting ook nog kan voortvloeien uit zowel Unierecht als Nederlands recht. Het juridisch kader is daardoor aan te merken als gefragmenteerd. Het kent verschillende grondslagen, (een gebrek aan) ratio's en verschillende uitwerkingen. Die uitwerkingen variëren ook in mate van gedetailleerdheid. Ondanks een gefragmenteerd juridisch raamwerk is het door het brede toepassingsbereik over het algemeen duidelijk welke procedures overheden alleen nog bij hoge uitzondering mogen toepassen bij het verdelen van schaarse rechten.

1.2.2 *Welke rechten verleent de overheid?*¹

1.2.2.1 *Publiekrechtelijke rechten: vergunningen en subsidies*

Het eerste type recht dat overheden verlenen is het publiekrechtelijke recht. Dat is 'een recht dat [de overheid als] een bestuursorgaan verleent op grond van een daartoe aan het bestuursorgaan toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid'.² Van dit type recht bestaan twee soorten:

1. vergunningen; en
2. subsidies.³

De publiekrechtelijke bevoegdheid om vergunningen of subsidies te verlenen, ontlenen bestuursorganen uiteindelijk aan wetgeving. Bestuursorganen die bevoegdheden gebruiken om een uitzondering op een wettelijk verbod of gebod te maken, verlenen vergunningen.⁴ Bij vergunningen geeft de overheid dus ergens toestemming voor. De houder van de vergunning dient zich te conformeren aan de voorschriften in de vergunning. Doet zij dat niet, dan kan het bestuursorgaan de vergunning intrekken. Vergunningen kennen zelf overigens geen algemene definitie in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Bijzondere wetgeving geeft soms wel definities. Zo kent de Dienstenwet in artikel 1 als definitie voor vergunning de 'beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst'. Een voorbeeld van een vergunning is de vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal verleend door een college van burgemeester en wethouders (B&W).

Bestuursorganen die bevoegdheden gebruiken om subsidies (of andere financiële aanspraken) te verstrekken, verlenen – uiteraard – subsidies.⁵ Subsidie kent in tegenstelling tot vergunning wel een algemene definitie in de Awb. Subsidie is 'de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'.⁶ Bij subsidies stimuleert of ondersteunt de overheid dus bepaalde activiteiten.⁷ Het bestuursorgaan is alleen verplicht de als subsidiabel aangemerkte activiteiten te financieren als deze daadwerkelijk zijn verricht, maar kan het uitvoeren van die activiteiten niet in rechte

1. Deze paragraaf is vrijwel letterlijk overgenomen uit Robbe 2022a.

2. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 18.

3. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19. Naast vergunningen en subsidies zijn ook bijvoorbeeld uitkeringen, toeslagen, enzovoort aan te merken als publiekrechtelijke rechten. Gezien het onderwerp van dit onderzoek zijn vergunningen en subsidies echter de twee belangrijkste types publiekrechtelijke rechten.

4. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19.

5. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19.

6. Art. 4:21 lid 1 Awb.

7. Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 19.