



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel: het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken voordat een bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt.

Keulemans, A.E.

Citation

Keulemans, A. E. (2021, November 18). *Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel: het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken voordat een bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3240242>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3240242>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Unierechtelijke beginselen

Om onderzoek te kunnen doen naar het kenbaarmakingsbeginsel is kennis over Unierechtelijke beginselen nodig. In dit hoofdstuk staan daarom beginselen in zijn algemeenheid centraal. Aandacht wordt besteed aan de erkenning van grondrechten als grondbeginselen van Unierecht, de ontwikkeling van grondrechten, het rechtskarakter van beginselen en de functies van beginselen. De erkenning van Unierechtelijke beginselen is de fase waarin fundamentele grondrechten, waaronder het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel met het kenbaarmakingsbeginsel als aspect daarvan, worden erkend als onderdeel van het Unierecht. De ontwikkeling van rechtsbeginselen als grondrechten van de Europese Unie zal worden onderzocht en hun juridische basis en positie in het Unierecht zal worden bepaald. Daarna wordt het concept van beginselen gezien vanuit een theoretisch perspectief. Hierbij wordt aandacht besteed aan het relatieve karakter van beginselen en de wijze waarop beginselen zich tot elkaar verhouden. Hierbij wordt ook de kritiek op het gebruik van beginselen in beeld gebracht. Vervolgens worden de functies van rechtsbeginselen in het algemeen en van het kenbaarmakingsbeginsel in het bijzonder onderzocht. Ten slotte wordt onderzocht op welke wijze beginselen, waaronder het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, zich manifesteren in het Handvest.

In paragraaf 3.1 onderzoek ik op welke wijze grondbeginselen binnen de Europese Unie worden erkend. Hierbij wordt in kaart gebracht op welke wijze beginselen vanuit een historisch perspectief een positie hebben gekregen binnen het Unierecht. In paragraaf 3.2 wordt het rechtskarakter van beginselen besproken en de verschillende visies hierop. In paragraaf 3.3 ga ik in op het relatieve karakter van rechtsbeginselen. Dit relatieve karakter laat zien dat het essentieel is dat wordt onderzocht op welke wijze het kenbaarmakingsbeginsel kan worden beperkt (hoofdstuk 6). In paragraaf 3.4 bespreek ik de wijze waarop beginselen zich tot elkaar verhouden. Deze informatie is relevant voor het latere onderzoek naar het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel. In deze paragraaf wordt de mogelijkheid tot het opstellen van een omstandighedencatalogus geïntroduceerd. Met het opstellen van een omstandighedencatalogus kan meer inzicht worden verkregen welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel en onder welke omstandigheden een beperking gerechtvaardigd zal zijn. In paragraaf 3.5 wordt onderzocht welke kritiek bestaat op het gebruik van beginselen. Deze kritiekpunten zullen in het onderzoek naar het kenbaarmakingsbeginsel een rol spelen. In paragraaf 3.6 ga ik in op de functies die rechtsbeginselen in het algemeen kunnen hebben en welke specifieke functies het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en het kenbaarmakingsbeginsel hebben. Die functies van het kenbaarmakingsbeginsel geven een kader bij het interpreteren van de inhoud van het kenbaarmakingsbeginsel in hoofdstuk 5. In paragraaf 3.7 onderzoek ik het verschil tussen rechten, beginselen en grondbeginselen in het Handvest. Deze verschillen

zijn van belang voor het onderzoek naar de verschillende verschijningsvormen van het kenbaarheidsbeginsel en voor het beantwoorden van de vraag of de verschillende verschijningsvormen een ander beschermingsniveau voor een belanghebbende met zich brengen (paragraaf 5.5) of een andere wijze van beperken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie.

3.1 De erkenning van grondbeginselen binnen de Europese Unie

Voor het onderzoeken van de wijze waarop het Hof van Justitie grondbeginselen erkent, ga ik kort terug naar het begin, naar de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal. Het beginpunt van de Europese integratie vindt zijn oorsprong direct na de Tweede Wereldoorlog. Schuman, de Franse minister van buitenlandse zaken, kwam op 9 mei 1950 met een voorstel tot het oprichten van deze Gemeenschap en pleitte voor de oprichting van supranationale instellingen, die de Europese integratie zouden bevorderen.¹ Het doel hiervan was nieuwe oorlogen binnen Europa te voorkomen door de economie, de werkgelegenheid en de welvaart te bevorderen.² Zes landen, waaronder Nederland, sloten het Verdrag tot oprichting van een Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS-Verdrag of Verdrag van Parijs) dat in 1952 van kracht werd.³ Verdragen voor onder andere de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (Verdrag van Rome) volgden vijf jaar later.⁴ Het accent lag daarbij wederom op de economie. De EEG had de taak de harmonische ontwikkeling van de economische activiteiten binnen de EEG te bevorderen. Hiervoor werden onder andere de douanerechten tussen de lidstaten en de kwantitatieve beperkingen bij in- en uitvoer van goederen afgeschaft. Daarnaast werd een gemeenschappelijk douanetarief ingevoerd. Ook werden regels van mededingingsrecht ingevoerd. De vervulling van verschillende taken werd opgedragen aan een Vergadering, een Commissie, een Raad en een Hof van Justitie. Al in het jaar van oprichting van de EEG werd het Hof van Justitie in de zaak *Algera* geconfronteerd met een probleem. Een aantal belanghebbenden kwam op tegen de herroeping van hun ambtelijke aanstelling bij een instelling van de EEG.⁵ Het Hof van Justitie overwoog de mogelijkheid dat de herroeping van een zodanige handeling een administratiefrechtelijk probleem is dat bekend is in de rechtspraak en de doctrine van alle lidstaten, maar dat het Verdrag geen regels bevat die dit probleem oplossen. Vervolgens overwoog het Hof van Justitie dat het Hof op straffe van rechtsweigering gehouden is het voorgelegde vraagstuk op te lossen aan de hand van de regels, welke in de wetgeving, de wetenschap en de rechtspraak der deelnemende landen zijn aanvaard. Met dit *Algera*-arrest introduceerde het Hof van Justitie – ter verzekering van een oplossing van het voorgelegde geschil – de eerste Unierechtelijke grondbeginselen, te

1 https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959_nl; Barents en Brinkhorst 2012, paragraaf 3.3.

2 Een doel dat nog steeds aanwezig is! Zie de preambule bij het ontwerp Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 11 oktober 2000, Chartre 4473/00: “De volkeren van Europa hebben door onderling een steeds hechter verbond tot stand te brengen besloten een op gemeenschappelijke waarde gegrondveste vreedzame toekomst te delen.”

3 eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=NL.

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0023&from=NL>.

5 HvJ 12 juli 1957, zaken 7/56 en 3/57 tot en met 7/57, (*Algera*), onder III, p. 120 e.v.; zie ook: Emilou 1996, p. 125.

weten: het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel en het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel.⁶ Daarna bouwde het Hof van Justitie een eigen rechtsorde van de Europese Unie waarvan ongeschreven rechtsbeginselen een integraal onderdeel uitmaken.⁷ De wetgeving van de lidstaten loopt vaak uiteen, maar op het niveau van rechtsbeginselen bestaat vaak meer consensus tussen de lidstaten. Zo bleek na rechtsvergelijkend onderzoek in de zaak *Algera* dat alle lidstaten het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel kenden. Bovendien hebben beginselen een open normatief karakter en bieden daardoor ruimte voor het oplossen van problemen die van tevoren moeilijk zijn te voorzien.⁸ Daarnaast hebben zij ook een rechtsvormend karakter (paragraaf 3.6). In de arresten *Stauder* en *Internationale Handelsgesellschaft* brengt het Hof van Justitie naar voren dat het Unierecht de eerbiediging van de algemeen aanvaarde beginselen van het Gemeenschapsrecht verzekert.⁹

In 1974 erkende het Hof van Justitie in het *Transocean Marine Paint Association*-arrest de eerbiediging van de rechten van de verdediging, specifiek het kenbaarmakingsbeginsel, als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht:¹⁰

“Overwegende evenwel dat zowel uit de aard en het doel van de hoorprocedure als uit de artikelen 5, 6 en 7 van verordening nr. 99/63 blijkt, dat genoemde verordening, (...) een toepassing is van de algemene regel dat de adressaten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat moeten worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken;

dat deze regel meebrengt dat de ondernemingen tijdig duidelijk op de hoogte worden gesteld van de wezenlijke inhoud der voorwaarden die de Commissie voornemens is aan de ontheffing te verbinden, en dat zij gelegenheid hebben hun opmerkingen te harer kennis te brengen;

dat zulks in het bijzonder het geval is wanneer het, zoals in casu, om voorwaarden gaat waarbij niet te verwaarlozen en veel omvattende verplichtingen worden opgelegd;”

De introductie van het kenbaarmakingsbeginsel als grondbeginsel van het Gemeenschapsrecht was net als de introductie van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel en het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel in de zaak *Algera* gebaseerd op een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.¹¹ Uit dit vergelijkend onderzoek bleek dat een aantal lidstaten de regel kende dat een administratieve instantie in het algemeen verplicht is een belanghebbende te horen alvorens die instantie een wettelijke bevoegdheid mag uitoefenen die bezwarend is voor deze belanghebbende. In het Engelse recht wordt dit recht zelfs gezien als een eeuwenoude, vaste en dagelijks toegepaste regel, die te beschouwen is als een ‘rule of natural

6 Groussot 2006, p. 10.

7 Kokott en Sobotta, 2010, onder 1.

8 Brink, van den en Ouden, den, 2014, p. 75.

9 HvJ 12 november 1969, zaak 29/69, (*Stauder*), punt 7; HvJ 17 december 1970, zaak 11/70, (*Internationale Handelsgesellschaft*), punt 4; zie ook: Kokott en Sobotta, 2010, onder 2.

10 HvJ 23 oktober 1974, zaak 17/74, (*Transocean Marine Paint Association*), punt 15; zie ook: Richardson 2017, onder 3.1.

11 Zie conclusie A-G Warner van 19 september 1974, in de zaak 17/74, (*Transocean Marine Paint Association*); Keulemans 2016A, p. 3.

justice', een natuurrecht.¹² Een dergelijk hoorrecht bestond ook in Frankrijk, Schotland, Denemarken, Duitsland en Ierland. Een vergelijkbaar recht bestond eveneens in België en Luxemburg. Engeland en Frankrijk zien dit hoorrecht als een methode om de burger te beschermen tegen de overheid.¹³ Het hoorrecht wordt daarmee ingegeven vanuit de gedachte van rechtsbescherming. A-G Warner constateerde dat Italië en Nederland een dergelijk rechtsbeginsel niet kenden.¹⁴ Toch erkent het Hof van Justitie het kenbaarmakingsbeginsel als beginsel van Unierecht en creëert daarmee een verschil tussen het Unierecht en het nationale recht van Nederland en Italië.¹⁵ De lidstaten hebben procedurele autonomie, wat wil zeggen dat de lidstaten in beginsel zelf mogen bepalen hoe zij hun nationale procedures en rechtsbescherming vormgeven.¹⁶ Hierbij mogen de nationale regels echter geen afbreuk doen aan het Unierecht. Het nationale recht moet alle middelen verschaffen om de volle werking van het Unierecht mogelijk te maken.¹⁷

Alhoewel in de Europese Akte (1986), het Verdrag van Maastricht (1991) en het Verdrag van Amsterdam (1997) de notie van eerbiediging van grondrechten werd opgenomen, bestond binnen de Europese Unie behoefte aan het concreter en duidelijker neerleggen van de grondrechten in een document.¹⁸ De Europese Raad van Keulen besloot in 1999 tot opstelling van een Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest).¹⁹ De Europese Raad gaf aan dat de Europese Unie een punt in haar ontwikkeling had bereikt waarop bundeling van de in Unieverband geldende grondrechten in een Handvest aan de orde was om de grondrechten zichtbaarder te maken.²⁰ Het zichtbaar maken van de grondrechten van de Unie versterkt de bescherming van deze grondrechten. Het Handvest werd op 7 december 2000 afgekondigd tijdens de Europese Raad van Nice.²¹ In het Verdrag van Lissabon van 17 december 2007 werd het Handvest juridisch bindend verklaard vanaf 1 december 2009 en kreeg het Handvest de status van primair Unierecht.²² Alle bepalingen van het Handvest, die zich daarvoor lenen, hebben rechtstreekse werking.²³ Na de codificatie

12 Als een recht een natuurrecht is dan wordt dit recht beschouwd als universeel geldend hoger of beter recht dat van nature is gegeven en in de natuurlijke orde van de dingen gefundeerd. Hiermee staat het natuurrecht tegenover het positieve recht dat door de mens wordt geschapen. Zie bijvoorbeeld: Soeteman 2018.

13 Moor, de-Vucht, van, 2012, onder 6.

14 Kokott en Sobotta 2010, onder 2: Ook als een fundamenteel recht niet door alle lidstaten wordt gedeeld, moet het HvJ beoordelen of het recht wordt erkend als recht van de Unie.

15 Emiliou 1996, p. 127: "When the Court looks tot national law for inspiration, it is not necessary that the principles should be accepted by the legal system of all Member States."

16 HvJ 16 december 1976, zaken 45/76 (Comet); HvJ 7 juli 1981, zaak 158/80 (Rewe); HvJ 6 mei 1982, zaken 146/81, 192/81 en 193/81 (Baywa).

17 Zie bijvoorbeeld: HvJ 12 maart 1996, zaak C-441/93 (Pafitis), punt 68.

18 Europese Akte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0027&from=NL>, Verdrag van Maastricht: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0026&from=NL>, Verdrag van Amsterdam: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=NL>.

19 <https://ecer.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/handvest-grondrechten>.

20 PbEU 2007/C 303/01, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; De Burca, 2015, p. 3-4.

21 <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/nl/sheet/146/het-handvest-van-de-grondrechten>.

22 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon, PbEU 2007/C 306/01; zie ook: Kokott en Sobotta, 2010, onder 1.

23 Barents en Brinkhorst 201, paragraaf 4.2.

van grondrechten in het Handvest (de verdedigingsrechten of onderdelen daarvan in de artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest) kreeg het kenbaarmakingsbeginsel een expliciete plek in het DWU, dat per 1 mei 2016 in werking is getreden.²⁴ Het DWU voorziet in een regeling waarbij een belanghebbende een standpunt naar voren mag brengen alvorens de douaneautoriteiten bezwarende besluiten mogen nemen. Het DWU bepaalt ook wanneer dit recht kan worden beperkt.

De geschiedenis van de grondbeginselen binnen de Europese Unie maakt zichtbaar dat het Hof van Justitie steeds het voortouw neemt ten aanzien van het erkennen van grondbeginselen en het bepalen dat ze tot het Unierecht behoren. Het Hof van Justitie erkent Unierechtelijke grondbeginselen en houdt daarbij rekening met de tradities van de lidstaten. De erkenning bewerkstelligt dat een grondbeginsel vaak meer op de voorgrond treedt dan vóór de erkenning en het grondbeginsel een duidelijkere plek krijgt in de jurisprudentie, omdat een belanghebbende vaker een beroep doet op een dergelijk beginsel. Erkenning concretiseert een grondbeginsel en de lidstaten, die een bepaald beginsel nog niet kennen, vinden dat specifieke beginsel daardoor vaak ook langzaamaan meer acceptabel. Een beginsel komt dan geleidelijk op de politieke agenda te staan, hetgeen tot codificatie kan leiden.²⁵ Niet alle lidstaten hoeven een rechtsbeginsel te kennen voordat het Hof van Justitie een rechtsbeginsel accepteert als beginsel van Unierecht.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat zien dat de acceptatie en ontwikkeling van beginselen zich in eerste instantie geheel heeft afgespeeld in zaken waarbij het Hof van Justitie het handelen van de Commissie controleert.²⁶ Nadat het Hof van Justitie een beginsel heeft erkend als Unierechtelijk beginsel reist een dergelijk beginsel in zaken waarbij lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen terug naar de lidstaten die dit beginsel reeds kennen en door naar de lidstaten die het beginsel als zodanig niet kennen.²⁷ In het laatste geval kunnen ten aanzien van dat rechtsbeginsel problemen ontstaan in de zin van verschillen tussen het nationale recht van die lidstaat en het Unierecht. Dat Nederland niet over het kenbaarmakingsbeginsel beschikte, verklaart waarom dit beginsel juist in Nederland zoveel aandacht krijgt en discussie oplevert. Eenzelfde situatie is zichtbaar in Italië. De casuïstische arresten van het Hof van Justitie leveren veel vragen op over de werking van het kenbaarmakingsbeginsel. Door het in dit proefschrift neergelegde onderzoek ten aanzien van het kenbaarmakingsbeginsel worden deze vragen beantwoord.

24 Gedelegeerde verordening 2015/2446 van de Commissie van 28 juli 2015 tot aanvulling van verordening (EU) nr. 952/2013 van het Europees Parlement en de Raad met nadere regels betreffende een aantal bepalingen van het douanewetboek van de Unie, artikel 22, zesde lid, van het DWU en artikel 29 van het DWU.

25 Na de erkenning van het kenbaarmakingsbeginsel door het Hof van Justitie is dit door het arrest Sopropé ook in Nederland in fiscale zaken onder de aandacht gekomen. Meer en meer werd een beroep gedaan op het kenbaarmakingsbeginsel. Ook in bijvoorbeeld aansprakelijkheidszaken. Nadat de Hoge raad zich hierover had uitgelaten is in de Leidraad Invordering 2008 in artikel 49.2a het kenbaarmakingsbeginsel gecodificeerd voor bepaalde besluiten inzake bestuurdersaansprakelijkheid (zie ook paragrafen 8.2.6 en 8.3.1).

26 Zie bijvoorbeeld: HvJ 12 juli 1957, zaken 7/56 en 3/57 tot en met 7/57, (Algera); HvJ 12 november 1969, zaak 29/69, (Stauder), punt 7; HvJ 23 oktober 1974, zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association).

27 HvJ 15 juni 2006, zaak C-28/05, (Dokter), punt 74 e.v.; zie ook: Keulemans 2016A, p. 3.

3.2 Het rechtskarakter van algemene rechtsbeginselen en hun plek in het rechtssysteem

De vragen wat het rechtskarakter is van rechtsbeginselen en welke plek rechtsbeginselen innemen in het rechtssysteem kennen geen eenduidig antwoord. Rechtspositivisten en natuurrechtjuristen denken hier principieel anders over, vooral als sprake is van *ongeschreven* rechtsbeginselen.

Rechtspositivisten erkennen het bestaan van ongeschreven rechtsbeginselen, maar zien deze ongeschreven beginselen als interpretatieve standaarden.²⁸ De ongeschreven rechtsbeginselen zijn een hulpmiddel bij het uitleggen van onduidelijke of onbepaalde rechtsregels. Maar ongeschreven rechtsbeginselen kunnen geen geschreven rechtsregel terzijde stellen als de rechtsregel in strijd is met het algemene ongeschreven rechtsbeginsel. Vanuit de natuurrechtelijke benadering hebben rechtsbeginselen een andere positie. Natuurrecht-denkers plaatsen algemene rechtsbeginselen boven het rechtssysteem.²⁹ De algemene beginselen bestaan onafhankelijk van het rechtssysteem en zijn het toetsingskader voor het rechtssysteem. Gerards bepleit een benadering voor rechtsbeginselen die een tussenweg inhoudt tussen het rechtspositivisme en het natuurrecht met vereniging van deze twee visies.³⁰ In de visie van Gerards zijn algemene rechtsbeginselen funderend voor het recht als geheel (natuurrechtcomponent), maar kunnen deze beginselen alleen geldend recht vormen als het positieve recht deze beginselen kent (rechtspositivistische component). De positiefrechtelijke kenbaarheid wordt niet alleen bereikt via codificatie in regelgeving (rechtspositivisme), maar ook via andere rechtsvormingsprocessen (natuurrecht), zoals erkenning via rechtspraak. In deze visie zijn de algemene beginselen niet alleen een toetsingskader bij de uitleg van onduidelijke bepalingen, maar vormen de rechtsbeginselen tevens een eigen toetsingsnorm waardoor algemene beginselen subjectieve rechten kunnen opleveren. Gerards benoemt dat vanuit deze tussenvisie het onduidelijk is welke status rechtsbeginselen hebben in de normenhierarchie, maar dat vaak impliciet wordt aangenomen dat de rechtsbeginselen de hoogste positie toekomt.

Als wordt gekeken naar de wijze waarop in de Europese rechtsorde wordt omgegaan met rechtsbeginselen, dan is duidelijk dat de rechtsbeginselen niet alleen een interpretatief karakter hebben en niet enkel worden gebruikt om onduidelijke bepalingen uit te leggen. Hierdoor dekt de rechtspositivistische visie het gebruik van rechtsbeginselen binnen het Unierecht niet. Ook de natuurrechtelijke benadering stuit mijns inziens op moeilijkheden. Vanuit deze visie staan de rechtsbeginselen boven het rechtssysteem. Binnen de Europese rechtsorde op het niveau van enkel het Unierecht, zonder rekening te houden met doorwerking naar de lidstaten, past die benadering mijns inziens wel. Echter de positivistische benadering lijkt minder goed aan te sluiten bij de relatie van de Europese Unie en de lidstaten en de doorwerking van het Unierecht in de lidstaten. Dan is de erkenning binnen de Europese rechtsorde van belang voordat de beginselen kunnen doorwerken in lidstaten die de beginselen niet kennen. Een voorbeeld kan worden gevonden ten aanzien van het

²⁸ Gerards 2012, onder 2.2, Meuwissen 1991, p. 733, Soeteman 1991, onder 6, p. 751.

²⁹ Gerards 2012, onder 2.3.

³⁰ Gerards 2012, onder 2.4.

kenbaarmakingsbeginsel. De lidstaten passen het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren voordat een bestuursorgaan een bezwarend besluit mag nemen, verschillend of zelfs niet toe. De erkenning van het kenbaarmakingsbeginsel door het Hof van Justitie levert een eigen toetsingskader op dat voor belanghebbenden in nationale procedures een recht kan opleveren. De tussenvisie van Gerards lijkt goed te passen op de wijze waarop grondbeginselen een plek hebben verworven in de Europese rechtsorde en op de doorwerking daarvan in het nationale recht van de lidstaten.

3.3 Het relatieve karakter van rechtsbeginselen

Uit paragraaf 3.1 blijkt dat grondbeginselen een grote rol spelen binnen het Unierecht en dat het Hof van Justitie een voortrekkersrol vervult in het ontwikkelen van grondbeginselen, met de codificatie van verschillende grondbeginselen in het Handvest als bekroning van hun werk. In deze paragraaf sta ik stil bij het karakter van beginselen.

Het karakter van rechtsbeginselen wordt vaak omschreven door rechtsbeginselen af te zetten tegen rechtsregels.³¹

“Wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van een maatstaf is voldaan, dan is die maatstaf een regel wanneer de gevolgen die de maatstaf daaraan verbindt logisch volgen, en een beginsel wanneer dat niet het geval is.”

Dworkin brengt in dit citaat tot uitdrukking dat bij de toepassing van rechtsregels de gevolgen op dwingende wijze uit de rechtsregel volgen. Rechtsregels hebben een alles-of-niets karakter.³² Bij een conflict tussen twee rechtsregels, moet één van de rechtsregels wijken. Dat wil zeggen dat één van de rechtsregels de andere buiten werking stelt. Het gevolg is dat een rechtsregel wel of niet van toepassing is, maar nooit gedeeltelijk van toepassing is.³³ Alexy maakt een vergelijkbaar onderscheid tussen rechtsregels en rechtsbeginselen, maar hij overweegt dat een conflict tussen twee rechtsregels twee oplossingen kent. Zo kan een van de regels buiten toepassing worden verklaard (zoals Dworkin voorstaat) of de wetgever voegt aan één van de rechtsregels een uitzondering toe.³⁴

Het citaat brengt tot uitdrukking dat bij de toepassing van rechtsbeginselen de gevolgen niet noodzakelijkerwijs voortvloeien uit het rechtsbeginsel, zodat bij rechtsbeginselen van tevoren niet altijd duidelijk is welke gevolgen zullen intreden. Verschillende rechtsbeginselen kunnen tegelijk gelden. Het tegelijkertijd gelden van rechtsbeginselen maakt dat rechtsbeginselen met elkaar concurreren. Beginselen hebben daardoor geen alles-of-nietskarakter; ze zijn slechts richtinggevend. Concurrerende beginselen moeten tegen elkaar worden afgewogen.³⁵ Een conflict tussen twee concurrerende beginselen kent een andere wijze van oplossen dan een conflict tussen rechtsregels. Het is niet zo dat bij een conflict tussen rechtsbeginselen één rechtsbeginsel buiten werking wordt gesteld of

31 Dworkin 1978, p. 24.

32 Klatt 2012, p. 7; Brouwer 1991, p. 42, Soeteman 2009, onder 2; Tolonen 1991, p. 275.

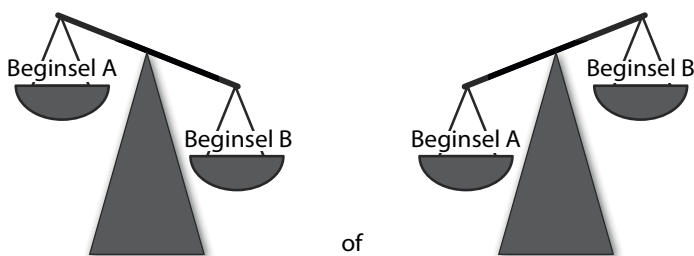
33 Dworkin 1978, p. 24; Soeteman 1991, onder 3, p. 746.

34 Kloosterhuis 2006, p. 170.

35 Schlössels 2004, onder 3.1.

aan dit beginsel een beperking wordt toegevoegd. Bij een conflict tussen rechtsbeginselen dient te worden beoordeeld welk beginsel, in het concrete geval, gelet op alle feiten en omstandigheden, zwaarder moet wegen.³⁶ Het zwaarder wegende beginsel zal het lichter bevonden beginsel in dat concrete geval deels of geheel beperken. Een weging van concurrerende beginselen, waarbij het ene beginsel in een concreet geval het andere beginsel beperkt, betekent niet dat het lichter bevonden beginsel geen werking meer heeft. In een ander concreet geval, met andere feiten en omstandigheden, kan dat beginsel wel als het zwaarder wegende beginsel uit de weging komen.³⁷ Rechtsbeginselen kunnen dus in bepaalde mate worden vervuld. Alexy karakteriseert daarom rechtsbeginselen als optimaliseringsvereisten.³⁸ Daarbij geldt dat hoe groter de mate van afbreuk aan het ene beginsel des te groter moet het belang zijn om aan het andere concurrerende beginsel te voldoen.³⁹ Alexy koppelt daaraan zijn 'Law of Balancing' voor het beperken van beginselen. Deze 'Law of Balancing' komt in paragraaf 6.5.3.a aan de orde waar het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel wordt onderzocht.

De concurrerende beginselen bepalen de mate van realisatie van een bepaald beginsel in een specifiek geval. Beginselen concurreren constant met elkaar, waarbij afhankelijk van de feiten en omstandigheden in de ene situatie het ene beginsel het andere wel zal mogen beperken en in een andere situatie niet. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden zal de weegschaal naar de ene of de andere kant doorslaan:



Figuur 4

Waar Alexy grondrechten geheel als beginselen ziet, wil Habermas niet van het gebruik van beginselen weten. Deze zijn naar zijn mening vaag en moeilijk vergelijkbaar. De kritiek op het gebruik van beginselen komt later aan bod (paragraaf 3.5). Ook Barak brengt een nuancering aan en ziet de grondrechten niet als beginselen, maar als definitieve rechten die soms niet kunnen worden gerealiseerd.⁴⁰ Barak vindt daarbij dat de grondrechten dusdanig belangrijke individuele waarborgen zijn, dat bij het beperken van dergelijke rechten de reikwijdte van het recht van belang blijft. Leijten merkt op dat dit wellicht slechts een

36 HvJ 25 oktober 2011, zaak C-110/10 P, (Solvay), punt 63 e.v.; HvJ 18 juli 2013, zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, (Kadi II), punt 101 e.v.

37 Soeteman 1991, onder 10, p. 756.

38 Zie Alexy 1979, Alexy 2010, p. 388; Soeteman 1991, onder 5; Kumm 2004 onder 1 en Kumm 2006, onder II.

39 Alexy 2010, p. 102, zie ook: Pauwels 2009, onder 3.5.3.

40 Leijten 2013, p. 399 e.v.

discussie van 'etiketten plakken' is, omdat ook Alexy bij het wegen van de beginselen waarde hecht aan het gewicht dat een beginsel heeft zonder een beperking (begingewicht).⁴¹

Het Hof van Justitie heeft veelvuldig overwogen dat Unierechtelijke beginselen beperkt kunnen worden, dat beginselen tegen elkaar dienen te worden afgewogen aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval en dat moet worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen is bereikt.⁴² Het bereiken van het juiste evenwicht, zoals het Hof van Justitie voorstaat, sluit mijns inziens goed aan bij de visie van Alexy dat sprake is van optimaliseringsvereisten. Het karakteriseren van beginselen als optimaliseringsvereisten maakt duidelijk dat bij concurrerende beginselen steeds een zoektocht naar het optimum noodzakelijk is. Daarom zal ik het onderzoek naar het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel aanvliegen vanuit de theorie van Alexy en de 'Law of Balancing' (paragraaf 6.5.3.a e.v.).

Gribnau geeft aan dat het relatieve karakter van rechtsbeginselen inhoudt dat rechtsbeginselen ten dienste staan van de rechtswaarde en een brug vormen tussen het recht in een rechtsorde en de waarden van de samenleving.⁴³ Dworkin geeft aan dat een beginsel moet worden verwezenlijkt, omdat dat is gewenst vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid of vanuit andere morele uitgangspunten.⁴⁴ Het karakter van rechtsbeginselen zorgt er volgens Dworkin voor dat rechtsbeginselen richting geven. Het zijn geboden die in de hoogst mogelijke mate dienen te bereiken wat gerechtvaardigd of moreel behoorlijk is. Beginselen dicteren niet, maar wijzen in een richting.⁴⁵ Samenvattend vertegenwoordigen rechtsbeginselen dus een bepaalde norm. Aangezien juist ten aanzien van dergelijke normen vaak wel overeenstemming bestaat tussen lidstaten zijn rechtsbeginselen goed bruikbaar binnen het Unierecht. De lidstaten behouden daarmee grotendeels hun procedurele autonomie (paragraaf 7.1).

Het vorenstaande laat zien dat ook het kenbaarmakingsbeginsel geen absolute gelding zal hebben. Met het kenbaarmakingsbeginsel concurrerende beginselen kunnen het kenbaarmakingsbeginsel beperken. Een verscheidenheid aan concurrerende beginselen beperkt in de praktijk het kenbaarmakingsbeginsel. In de *Kadi*-arresten wordt het kenbaarmakingsbeginsel beperkt door het belang van de staatsveiligheid, in het arrest *Dokter* door de volksgezondheid en in fiscale zaken vaak door het belang van heffing en inning van belastingen.⁴⁶ Deze algemene belangen van de lidstaten of algemene belangen van de Unie hebben ook een beginselkarakter.⁴⁷ Douma geeft dit treffend weer en geeft aan

41 Leijten 2013, p. 399.

42 Zie bijvoorbeeld: HvJ 12 juni 2003, zaak C-112/00, (Schmidberger), punt 81; HvJ 15 juni 2006, zaak C-28/05, (Dokter), punt 75; HvJ 6 september 2012, zaak C-544/10, (Deutsches Weintor), punt 54; HvJ 24 november 2011, zaak C-70/10, (Scarlet Extended), punt 43; HvJ 26 september 2013, zaak C-418/11, (Texdata Software), punt 84.

43 Gribnau 2013, onder 3.

44 Dworkin 1978, p. 43 e.v.

45 Soeteman 2009, paragraaf 2.

46 Zie bijvoorbeeld: HvJ 18 juli 2013, zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, (Kadi II); HvJ 15 juni 2006, zaak C-28/05, (Dokter); HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 54.

47 Douma 2013, onder 2.3.

dat als een algemeen belang een rechtsregel zou zijn en dus een absoluut karakter zou hebben, dat dan beginselen zoals het recht op privacy, het algemeen belang nooit kunnen beperken en dat daarmee beginselen zonder waarde zouden zijn. Dan kan bijvoorbeeld het algemene belang van de staatsveiligheid het recht op privacy in het geheel terzijde schuiven en het algemeen belang van heffen en innen het kenbaarmakingsbeginsel zonder pardon opzij kunnen zetten. Het onderzoek naar het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel is neergelegd in hoofdstuk 6 en bij dat onderzoek wordt gebruikgemaakt van de kennis over beginselen van dit hoofdstuk.

3.4 Uitgangspunten bij het gebruik van beginselen

Beginselen kennen geen vaste onderlinge ordening.⁴⁸ Afhankelijk van de omstandigheden kan in het ene specifieke geval het ene beginsel voorrang krijgen en in een andere situatie het andere beginsel. Daarmee hebben rechtsvormers en rechtstoepassers echter niet volledig de vrije hand als het gaat om de toepassing van beginselen. Pauwels heeft in zijn dissertatie uitgebreid aandacht besteed aan de verhouding tussen beginselen en noemt een drietal uitgangspunten waaraan rechtsvormers en rechtstoepassers moeten voldoen bij het gebruik van beginselen.⁴⁹

Het eerste uitgangspunt is dat beginselen een *begingewicht* hebben.⁵⁰ Dit begingewicht is afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden. Daarbij kan een beginsel een verschillend begingewicht hebben, omdat sprake is van verschillende rechtsgebieden. In het strafrecht is het begingewicht van het kenbaarmakingsbeginsel groter dan in het fiscale recht. Als het voornemen bestaat een boete op te leggen in het fiscale recht is het begingewicht van het kenbaarmakingsbeginsel weer groter dan als dat niet het geval is. Welke feiten en omstandigheden van invloed kunnen zijn op het begingewicht van het kenbaarmakingsbeginsel in fiscale zaken, komt in paragraaf 6.6 aan bod. Het begingewicht van een beginsel kan wijzigen in de tijd en kan verschillen per cultuur (paragraaf 6.5.3.a). Het begingewicht neemt toe naarmate een beginsel binnen een rechtsorde concreter wordt ingevuld en naarmate een beginsel meer erkenning en waardering krijgt van de juridische autoriteiten.⁵¹ Het begingewicht van een beginsel is van belang, omdat een groter begingewicht tot gevolg heeft dat voor het beperken van dat beginsel het voldoen aan het concurrerende beginsel ook meer gewicht moet hebben (paragraaf 6.5.3.a).⁵²

Het tweede uitgangspunt, de *motiveringsplicht*, houdt in dat rechtsvormers en rechtstoepassers bij het wege van concurrerende beginselen een besluit moeten motiveren.⁵³ Zij zullen de argumenten moeten noemen die het besluit, welk beginsel voorrang krijgt, kunnen dragen. De motivering moet duidelijk maken waarom het ene beginsel in die specifieke omstandigheden voorrang krijgt op het andere beginsel, of anders gezegd waarom het ene beginsel het andere beginsel gerechtvaardigd kan beperken. De beslissing dient logisch

48 Pauwels 2009, onder 3.5.4.

49 Pauwels 2009, onder 3.5.4; Happé 1996 onder 1.3.5; Dworking 1978, p. 26.

50 Pauwels 2009, paragraaf 3.5.4, Popelier 1999, p. 15.

51 Popelier 1997, p. 13 en 15, Pauwels 2009, paragraaf 3.5.4.

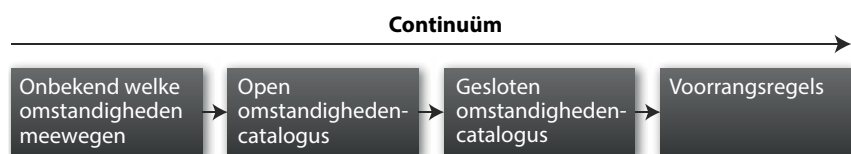
52 Zie ook: Pauwels 2009, paragraaf 3.5.4.

53 Zie ook bijvoorbeeld: de noot van Happé in BNB 2010/3 bij HR 14 oktober 2008, nr. 41.537.

voort te vloeien uit de motivering.⁵⁴ Deze motiveringsplicht komt in dit onderzoek terug wanneer wordt onderzocht op welke wijze het Hof van Justitie omgaat met concurrerende beginselen (paragraaf 6.5.3.a.1).

Het derde uitgangspunt ligt in het directe verlengde van het tweede uitgangspunt en wordt voor de jurisprudentie van het Hof van Justitie nog nader uitgewerkt (paragraaf 6.5.3.a.1). De rechtsvormers en de rechtstoepassers moeten de beslissing ten aanzien van welk beginsel een groter gewicht toekomt, motiveren en deze motivering moet *consistent* zijn.⁵⁵ Als de rechtsvormers en rechtstoepassers in een bepaalde situatie tot een bepaalde beslissing komen dan zullen de rechtstoepassers en rechtsvormers in een gelijke situatie op gelijke wijze moeten beslissen met gelijke motivering. Pauwels geeft aan dat daarmee feitelijk een regel is gecreëerd voor die specifieke gelijke situaties (hierna: voorrangsregel).⁵⁶ Deze voorrangsregels hebben het karakter van rechtsregels.⁵⁷ Voor die specifieke situatie is de uitkomst van tevoren bekend.

Pauwels plaatst concurrerende beginselen op een continuüm (figuur 5).⁵⁸ Aan de ene zijde is sprake van concurrerende beginselen in een situatie waarbij niet bekend is welke omstandigheden meewegen en hoe zwaar zij meewegen. Aan de andere zijde plaatst Pauwels concurrerende beginselen waarbij precies bekend is welke omstandigheden meewegen en hoe zwaar zij meewegen waardoor de uitkomst van de weging al vooraf bekend is (voorrangsregels). Tussen deze twee uitersten is de omstandighedencatalogus van belang. Bij de methode van de omstandighedencatalogus is al wel bekend welke omstandigheden moeten worden meegewogen bij het wegen van de concurrerende beginselen, maar het ligt nog open hoe zwaar de omstandigheden meewegen. Pauwels erkent twee varianten van de omstandighedencatalogus: de open en de gesloten omstandighedencatalogus. Bij de open omstandighedencatalogus is in ieder geval bekend welke omstandigheden moeten worden meegenomen. Deze omstandigheden kunnen van invloed zijn op het gewicht van een van de concurrerende beginselen. Bij de gesloten omstandighedencatalogus is bekend welke omstandigheden bij uitsluiting van andere omstandigheden dienen te worden meegenomen.



Figuur 5

54 Zie bijvoorbeeld: HvJ 8 mei 2019, zaak C-230/18, (PI), punt 81: waarin door het HvJ wordt overwogen dat het vereiste om besluiten te motiveren van bijzonder belang is in de context van een zaak waarbij moet worden beoordeeld of een beperking van een Unierechtelijk beginsel gerechtvaardigd en *proportioneel* is.

55 Burg 2000, p. 70, Pauwels 2009, onder 3.5.4.

56 Pauwels 2009, onder 3.5.4.

57 Happé 1996, paragraaf 1.3.2.

58 Pauwels 2009, onder 9.2.3.

In hoofdstuk 6 zal worden gezien welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel in fiscale zaken en zal een omstandigheden-catalogus worden opgesteld (voor de omstandighedencatalogus: zie paragraaf 6.6.4).

3.5 Kritiek op het gebruik van rechtsbeginselen

Zoals al is aangestipt, bestaat er kritiek op het gebruik van beginselen.⁵⁹ Deze kritiek is grofweg in tweeën te delen: enerzijds het probleem van onvergelykbaarheid (incommensurabiliteit) van beginselen en anderzijds het probleem van vaagheid.

De onvergelykbaarheid van beginselen houdt in dat het niet mogelijk is verschillende beginselen onder één gemeenschappelijke noemer te groeperen. Hierdoor is het vellen van een rationeel oordeel over de waarde van de verschillende met elkaar concurrerende beginselen al dan niet ten opzichte van elkaar, moeilijk, zo niet onmogelijk.⁶⁰ Het is kort gezegd appels met peren vergelijken. De orde van grootte van concurrerende beginselen verschilt zodanig veel dat het wegen van concurrerende beginselen tot problemen leidt.⁶¹ Hiermee ziet het probleem van onvergelykbaarheid op de vraag of beginselen überhaupt tegen elkaar moeten worden afgewogen. Er is geen eenheid voor de afweging.⁶² Deze discussie dient te worden beslecht alvorens beginselen worden geaccepteerd en afgewogen. De erkenning van beginselen door het Hof van Justitie en de opname van een evenredigheidstoets in artikel 52 van het Handvest, leidt ertoe dat het probleem van onvergelykbaarheid 'in zekere zin' al een gepasseerd station is. Toch heeft de gedachte dat beginselen niet altijd eenvoudig te vergelijken zijn grote betekenis. De onvergelykbaarheid van beginselen kan deels worden ondervangen door het concretiseren van de beginselen. In het kader van de afweging van concurrerende beginselen kan het kenbaarmakingsbeginsel worden afgezet tegen bijvoorbeeld het algemene belang van de belastingdienst belastingen te innen en zo de inkomsten van het Rijk aan te vullen. De onvergelykbaarheid van beginselen heeft gevolgen voor de wijze waarop Alexy's 'Law of Balancing' kan worden ingevuld (paragraaf 6.5.3.a). Alexy kiest voor een grofmazig systeem. Vanuit de onvergelykbaarheid van beginselen is dit logisch. Een fijner systeem zou de illusie wekken dat het mogelijk is zeer verfijnd gewichten aan beginselen toe te kennen. Vorenstaande brengt op zichzelf niet met zich dat het uiteindelijke afwegingsresultaat irrationeel is.⁶³ Pauwels geeft aan dat gesproken kan worden van beperkt rationeel, wat inhoudt dat een deel van de afweging slechts intuïtief kan worden voltrokken en niet onder woorden kan worden gebracht, omdat er niets meer te meten of te wegen is.⁶⁴

Naast het probleem van de onvergelykbaarheid van beginselen wordt het vaagheidsprobleem ook naar voren gebracht als reden om argwanend te staan tegenover het gebruik van beginselen.⁶⁵ Als de rechter de bevoegdheid heeft in concrete gevallen te beslissen op grond

⁵⁹ Houdijker, den, 2012, onder 3.4.3.

⁶⁰ Houdijker, den, 2012, onder 3.4.3.

⁶¹ Houdijker, den, 2012, onder 3.4.3.

⁶² Pauwels 2011, onder 2.

⁶³ Pauwels 2011 onder 3.

⁶⁴ Pauwels 2011, onder 3; Leijten 1981, p. 90-91.

⁶⁵ Moor, de - Vugt, van, 1993, p. 16.

van eigen afwegingen, dan leidt dat tot een vaagheid in de afbakening van grondrechten. De daardoor opgeworpen vraag is of het wel de taak van de rechter is de evenredigheidstoets *stricto sensu* (het wegen van de concurrerende beginselen) uit te voeren. Is dit niet een taak die thuishoort bij de wetgever en het bestuur? Het zou natuurlijk mooi zijn als wetgeving alle situaties ondervangt en een soort absolute duidelijkheid biedt, maar dat is in de praktijk onmogelijk. Niet alleen is het de vraag of alle situaties van tevoren te voorzien zijn, maar de uitkomst van het afwegen van beginselen kan ook onderhevig zijn aan het tijdsbeeld. Bovendien geven ook rechtsregels niet altijd voldoende duidelijkheid. Het probleem van vaagheid kan deels worden ondervangen door het in beeld brengen van de verschillende omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de weging van beginselen (omstandighedencatalogus). Veel omstandigheden hebben een duidelijk verzwarend of verlichtend effect op het gewicht van (één van) de concurrerende beginselen. Het ontwikkelen van een dergelijke omstandighedencatalogus geeft meer inzicht in de weging en daarmee kan een betere voorspelling worden gegeven hoe een concrete weging zal uitvallen. In een specifieke casus kan het benoemen van deze omstandigheden ervoor zorgen dat een vergaande rationele weging tussen de concurrerende beginselen wordt gemaakt. Voor de ontwikkeling van de omstandighedencatalogus blijft van belang dat de rechtsvormers en rechtstoepassers motiveren waarom in een bepaalde situatie een bepaald beginsel zwaarder weegt dan het concurrerende beginsel en dat zij hierin consistent zijn (paragraaf 3.4).

3.6 Functies van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel

Naar voren is gekomen dat beginselen een norm vertegenwoordigen. Welke norm dat is, is afhankelijk van het beginsel. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat het inhoud van een beginsel, de bescherming die een beginsel biedt, uitlegt met het oog op de functie(s) van het desbetreffende beginsel.⁶⁶ Het is daarom van belang de functies van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, in het bijzonder die van het kenbaarmakingsbeginsel, te onderzoeken alvorens de inhoud van het kenbaarmakingsbeginsel wordt onderzocht in hoofdstuk 5.

Beginselen kunnen verschillende functies hebben: een rechtsvormende functie, een normerende- en waarborgfunctie, een constitutieve functie en een strategisch-instrumentele functie.⁶⁷ Een rechtsbeginsel kan daarbij meerdere van deze functies in zich hebben.

Rechtsvormende functie

Allereerst kunnen beginselen een rechtsvormende functie hebben. Uit de ontstaansgeschiedenis van beginselen binnen de Europese Unie blijkt dat het Hof van Justitie rechtsbeginselen gebruikt als hulpmiddel bij de ontwikkeling van het Unierecht, in het bijzonder voor het opvullen van de lacunes in het Unierecht (paragraaf 3.1).⁶⁸ Unierechtelijke

66 Voor het kenbaarmakingsbeginsel is dit duidelijk omdat het Hof van Justitie in verschillende arresten eerst de functie van het kenbaarmakingsbeginsel aanhaalt alvorens te toetsen in een concreet geval of aan de eisen van het kenbaarmakingsbeginsel is voldaan. Zie bijvoorbeeld: HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega), punt 47; HvJ 11 december 2014, zaak C-249/13, (Boudjlida), punt 37; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 38.

67 Schlössels 2004, onder 4.

68 Brink, van den en Ouden, den, 2014, p. 75.

beginselen hebben daarmee binnen de Europese Unie een rechtsvormende functie. Ook het kenbaarmakingsbeginsel heeft vanaf de erkenning van dit beginsel in de zaak *Transocean Marine Paint Association* deze functie gehad. Alhoewel verschillende deelaspecten van het kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest zijn gecodificeerd, zal bij het onderzoeken van de codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en het kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest blijken dat het kenbaarmakingsbeginsel niet voor alle fiscale situaties in het Handvest is gecodificeerd (paragraaf 5.5). Daarmee heeft het kenbaarmakingsbeginsel de rechtsvormende functie nog niet verloren.

Normerende of waarborgfunctie

Beginselen kunnen ook een normerende of waarborgfunctie hebben. Dat houdt in dat beginselen toetsingsmaatstaven zijn voor het optreden van de organen, instellingen en instanties van de Unie en van de lidstaten en hun bestuursorganen.⁶⁹ Dat het kenbaarmakingsbeginsel een dergelijke waarborgfunctie heeft, benadrukt het Hof van Justitie in verschillende arresten waarbij het Hof van Justitie overweegt dat de regel dat aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, tot doel heeft de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen.⁷⁰ Het kenbaarmakingsbeginsel beoogt vooral, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon of onderneming, de adressaat in staat te stellen een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten.⁷¹ A-G Kokott brengt deze waarborgfunctie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel nog eens expliciet voor het voetlicht in de conclusie in de zaak *FSL*:⁷²

“Anders dan rekwirantes lijken te denken, kunnen de rechten van de verdediging echter niet verhinderen dat de Commissie in het algemeen een procedure wegens vermeende inbreuken op artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU inleidt en daarin bewijzen gebruikt die haar, buiten het Europese netwerk van mededingingsautoriteiten om, door nationale autoriteiten ter beschikking zijn gesteld. Uit de rechten van de verdediging kunnen slechts bepaalde procedurele waarborgen worden afgeleid die de Commissie bij de uitvoering van deze procedure dient te eerbiedigen en die, als zij worden geschonden, leiden tot een nietigverklaring van de definitieve beslissing.”

Het gaat bij het kenbaarmakingsbeginsel om zorgvuldige besluitvorming aan de ene kant en rechtsbescherming aan de andere kant, waarbij de nadruk ligt op de effectieve rechtsbescherming van de belanghebbende. Alhoewel sprake is van procedurele autonomie voor de lidstaten, begrenzen beginselen – zoals het kenbaarmakingsbeginsel – deze procedurele autonomie.

69 Widdershoven e.a. 2007, p. 38; Schlössels 2004, onder 4.

70 Zie bijvoorbeeld: HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega), punt 47; HvJ 11 december 2014, zaak C-249/13, (Boudjlida), punt 37; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 38.

71 Mezouar en Gomes Vale Viga 2021, onder 2.1: Mezouar en Gomes Vale Viga geven aan dat de autoriteit in staat moet worden gesteld een vergissing te corrigeren. Gelet op de jurisprudentie van het HvJ is dit slechts deels het doel van het kenbaarmakingsbeginsel. Mezouar en Gomes Vale Viga laten de mogelijkheid persoonlijke omstandigheden naar voren te brengen die van invloed kunnen zijn op het voorgenomen bezwarende besluit buiten beschouwing.

72 Conclusie A-G Kokott van 17 november 2016 in de zaak C-469/15 P, (FSL), punt 56.

Het kenbaarmakingsbeginsel is in fiscale zaken een waarborg tegen de inbreuk die de overheid maakt op het recht op eigendom. Iedereen heeft in principe het recht op het ongestoord genot van zijn eigendom.⁷³ Het recht op eigendom betekent echter niet dat een staat geen wetten mag toepassen die de staat noodzakelijk acht ter verzekering van de betaling van belastingen of andere heffingen. Dat een staat belasting heft, is algemeen geaccepteerd en nodig voor het financieren van gemeenschappelijke doelen. De overheid handelt hierbij echter wel eenzijdig. De gedachte van compensatie van die ongelijkheid tussen een belanghebbende en een bestuursorgaan past mijns inziens goed binnen de waarborgfunctie van het kenbaarmakingsbeginsel.⁷⁴ Het kenbaarmakingsbeginsel is nadrukkelijk alleen aan de orde in de relatie tussen belanghebbende en organen, instellingen en instanties van de Europese Unie dan wel in relatie tussen belanghebbende en de lidstaten en hun organen, in belastingzaken specifiek tussen een belanghebbende en de belastingdienst. De belastingdienst heeft meer macht dan een belanghebbende. Tussen de belastingdienst en een belanghebbende bestaat een maatschappelijke en een processuele ongelijkheid.⁷⁵ Van maatschappelijke ongelijkheid is sprake, omdat de belastingdienst eenzijdig bezwarende besluiten kan nemen en daarmee eenzijdig inbreuk kan maken op de rechten van een belastingplichtige. Van processuele ongelijkheid is sprake, omdat de belastingdienst over meer en betere middelen en competenties beschikt voor het voeren van fiscale procedures dan de belastingplichtige (bijvoorbeeld: financiering en deskundigheid).⁷⁶ Het gaat daarbij niet alleen om gelijke kansen ('equality of arms') maar ook om goede en voldoende kansen ('quality of arms').⁷⁷ Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat ongelijkheidscompensatie of, zoals het Hof van Justitie het positief formuleert 'wapengelijkheid' ('equality of arms') een doel is van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel in een zaak die zag op het recht op (inzage in) de stukken en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte.⁷⁸ Onderzocht zal worden of deze ongelijkheid een omstandigheid is die mee moet worden genomen bij het begingewicht van het kenbaarmakingsbeginsel (paragraaf 6.6.1).

Dat de belastingdienst machtiger is dan de belanghebbende wordt over het algemeen aanvaard in de situatie dat een faciliterend procesrecht deze ongelijkheid (deels) wegneemt, door het hebben van een eenvoudig en toegankelijk procesrecht voor de burger. Voorbeelden hiervan in het nationale (fiscale) procesrecht zijn het kosteloos maken van bezwaar, een laag griffierecht, het feit dat een belanghebbende niet verplicht is zich te laten vertegenwoordigen, het feit dat een procedure een belanghebbende niet in een slechtere positie kan brengen en een actieve rechter. Opvallend hierbij is dat alle genoemde factoren die een bijdrage dienen te leveren aan het wegnemen van de ongelijkheid, zien

73 Artikel 1 eerste protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest.

74 Groussot 2006, p. 221.

75 Damen 2008, onder 10; Gribnau 2013, onder 4.2: daar wordt het ook feitelijke en processuele asymmetrie genoemd.

76 2019:29.650: Jaarplan 2019 Belastingdienst.

eind 2018: 27.897 <https://over-ons.belastingdienst.nl/feiten-en-cijfers/onzes-organisatie-in-2018/>, eind 2017: 29.321: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/overheidsperoneel/documenten/rapporten/2018/05/01/jaarrapportage-bedrijfsvoering-rijk-2017>.

In het jaarplan 2019 is een verdeling van het personeel aangegeven van 29.650 fte.

77 Waard, de, 1987, onder 7.1, p. 246: Het beginsel van hoor en wederhoor brengt tot uitdrukking dat partijen gelijke proceskansen moeten krijgen.

78 HvJ 16 oktober 2019, zaak C-189/19, (Glencore), p. 67.

op de bezwaarfase en de rechterlijke fase en dat het vooral de actieve rechter moet zijn die de ongelijkheid wegneemt. Het is mijns inziens wenselijk dat een bestuursorgaan de ongelijkheid al in het stadium van het voornemen zoveel mogelijk wegneemt, zodat de belanghebbende al vanaf die fase wordt beschermd.⁷⁹ Het zou goed zijn als de belanghebbende niet afhankelijk is van een gerechtelijke procedure en de actieve houding van de rechter, maar zelf al eerder meer zeggenschap krijgt over de inbreuk die de overheid wil maken ten aanzien van zijn recht op eigendom (bottom-up). Het kenbaarmakingsbeginsel heeft tot gevolg dat bescherming al vanaf de voorfase meer tot zijn recht komt, omdat het beginsel de belanghebbende de mogelijkheid geeft al in de voorfase met het bestuursorgaan te communiceren over de vraag of het bestuursorgaan een bezwarend besluit dient te nemen en of dat het bezwarende besluit wel zo moet luiden als voorgenomen. Ook geeft het de belanghebbende een recht op (inzage in) het dossier, hetgeen ongelijkheid compenseert.⁸⁰ Bovendien heeft de belastingplichtige de mogelijkheid eigen kennis over het belastingrecht te vergaren, zelf of met behulp van een gemachtigde en daarmee de ongelijkheid aan vaardigheden (deels) op te heffen.

Ongelijkheidscompensatie is van extra belang omdat de belastingdienst tal van bevoegdheden heeft, die soms diep ingrijpen in de grondrechten van de burger (bijvoorbeeld: de ruime informatievergaringsbevoegdheden, waarbij verstreckende sancties horen, zoals omkering en verzwaring van de bewijslast en boeten, de mogelijkheid een belastingadviseur als medepleger te beboeten en de voortdurende uitbreiding en verzwaring van de boeten).⁸¹ Gribnau constateert dat de bevoegdheden van de belastingdienst in de loop van de tijd steeds verder zijn toegenomen en dat daarmee ook de ongelijkheid is toegenomen.⁸² Gribnau geeft aan dat niet altijd sprake is van voldoende rechtsbescherming ter compensatie van dergelijke verstreckende bevoegdheden.⁸³ Tegenover verregaande inbreuken dient mijns inziens een goede mogelijkheid tot ongelijkheidscompensatie, dus een goede mogelijkheid tot verdediging, te staan op een zo vroeg mogelijk moment.

Constitutieve functie en de strategisch-instrumentele functie

Rechtsbeginselen kunnen nog twee andere functies hebben, de constitutieve functie en de strategisch-instrumentele functie. Zoals Schlössels de constitutieve functie formuleert, binden rechtsbeginselen met deze functie het positieve recht aan fundamentele uitgangspunten. Slechts enkele rechtsbeginselen hebben deze functie, aldus Schlössels: het vrijheidsbeginsel, het democratiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de verdelende rechtvaardigheid. Dit zijn zeer basale

79 Zie ook: Barkhuysen e.a. 2014, p. 183, onder 5.3: “de vraag of in het bestuursrecht de focus bij grondrechtenbescherming terecht zo zeer op de bestuursrechter is gericht. Immers, anders dan in het strafprocesrecht, waar grondrechtenbepalingen van verdachten al in de opsporings- en vervolgingsfase ‘gemonitord’ worden door een rechter-commissaris en/of de raadkamer, komt de bestuursrechter, in het voorbereidend traject van een besluit dat inbreuk doet op een grondrecht van burgers, thans geen rol toe.”

80 Damen 2008, onder 9.

81 Barkhuysen e.a. 2014, p. 17, onder 1.1; Gribnau 2013, onder 4.2.

82 Gribnau 2013, onder 4.2.

83 Gribnau 2013, onder 4.2.

algemene rechtsprincipes die de rechtspraktijk legitimeren.⁸⁴ De indeling van Schlössels volgend heeft het kenbaarmakingsbeginsel geen constitutieve functie.

De strategisch-instrumentele functie zorgt ervoor dat rechtsbeginselen een rol vervullen bij het realiseren van beleid. Een voorbeeld hiervan is het profijtbeginsel. Een situatie waarbij de overheid het kenbaarmakingsbeginsel heeft ingezet om bepaald beleid te verwezenlijken, heeft zich nog niet voorgedaan en mijns inziens kan het kenbaarmakingsbeginsel hier ook niet voor worden gebruikt. Het kenbaarmakingsbeginsel regelt immers specifiek rechten aan de kant van een belanghebbende bij een voorgenomen bezwarend besluit.

3.7 Rechten, beginselen en algemene beginselen binnen het Unierecht

Hiervóór is een onderscheid gemaakt tussen rechtsregels en rechtsbeginselen. In deze paragraaf ga ik nader in op de wijze waarop binnen de Europese rechtsorde wordt omgegaan met rechten en beginselen en de daarbij gebruikte terminologie. Zoals al besproken, erkent het Hof van Justitie bepaalde *grondrechten* als algemene *beginselen* van Unierecht. Verschillende grondrechten zijn vervolgens in het Handvest gecodificeerd, waaronder aspecten van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel (artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest). In het Handvest is hierbij een onderscheid gemaakt tussen vastgelegde *rechten* en vastgelegde *beginselen*.⁸⁵ Ook moeten in het Handvest neergelegde beginselen worden onderscheiden van algemene beginselen van Unierecht.⁸⁶ Blijkens artikel 51 van het Handvest maakt het voor de werkingssfeer van het Unierecht uit of sprake is van grondrechten of grondbeginselen in de zin van het Handvest. De lidstaten dienen de *rechten* in het Handvest te eerbiedigen en de *beginselen* in het Handvest na te leven.⁸⁷ Ingevolge artikel 52, vijfde lid, van het Handvest kan aan de bepalingen van het Handvest, die beginselen bevatten, uitvoering worden gegeven door wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie en door handelingen van de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen, bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden. De toelichting bij artikel 52, vijfde lid, van het Handvest luidt als volgt:

“In lid 5 wordt het onderscheid tussen in het Handvest bepaalde „rechten” en „beginselen” verduidelijkt. Volgens dat onderscheid worden subjectieve rechten geëerbiedigd en worden beginselen nageleefd (artikel 51, lid 1). Beginselen kunnen worden toegepast door middel van wetgevings- of uitvoeringshandelingen (die door de Unie worden vastgesteld op grond van haar bevoegdheden, en door de lidstaten alleen wanneer zij het recht van de Unie tot uitvoering brengen); dit betekent dat zij alleen van belang zijn voor de rechter wanneer die handelingen worden geïnterpreteerd en getoetst. Zij geven echter geen aanleiding tot directe eisen tot het nemen van positieve maatregelen door de instellingen van de Unie of de overheden van de lidstaten. Die benadering spoort met de jurisprudentie van het Hof van Justitie (...) en met de benadering van „beginselen” in de constitutionele stelsels van de lidstaten, met name op het

⁸⁴ Gerards 2010, onder 5.2.

⁸⁵ Barkhuysen, Bos en Have ten, 2011, onder 2.1; Mol, de, e.a. 2012, onder 3.1.

⁸⁶ Alberdingk Thijm en Vries, de, 2015, p. 175, onder 11.

⁸⁷ Artikel 51, eerste lid, van het Handvest luidt: “De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegeedeeld.”

gebied van sociale wetgeving. Ter illustratie: voorbeelden van beginselen die in het Handvest worden erkend, zijn onder meer de artikelen 25, 26 en 37. In sommige gevallen kan een artikel van het Handvest elementen van zowel een recht als een beginsel bevatten, zie bijvoorbeeld de artikelen 23, 33 en 34."

Het kan van belang zijn of sprake is van een recht of een beginsel in de zin van het Handvest. Het verschil tussen rechten en beginselen in de zin van het Handvest heeft invloed op de wijze waarop beperkingen van die grondrechten mogelijk zijn. Een 'recht' kan alleen bij wet worden beperkt terwijl een 'beginsel' ook kan worden beperkt door niet bij wet vastgelegde concurrerende beginselen. Dit roept de vraag op wanneer sprake is van een 'recht' en wanneer van een 'beginsel' in de zin van het Handvest. Het onderscheid tussen 'rechten' en 'beginselen' in het Handvest is onduidelijk.⁸⁸ In principe is van beginselen of elementen van beginselen sprake wanneer van de overheid een actief optreden wordt verwacht, maar dit actieve optreden niet kan worden afgedwongen op basis van beginselen.⁸⁹ Bij rechten is dat minder aan de orde. Bij rechten gaat het om de eerbiediging oftewel het achterwege laten van een inbreuk. De toelichting bij het Handvest kan een hulpmiddel zijn voor het vaststellen of sprake is van een recht of een beginsel. De tekst van het Handvest blijkt namelijk voor verwarring te zorgen. Zo is in artikel 14 van het Handvest het recht op onderwijs vastgelegd, dat volgens de toelichting – voor zover het de kosteloosheid van het onderwijs betreft – een beginsel is. De soms vage formuleringen van bepaalde rechten maakt afdwingbaarheid lastig en leidt tot een beginselkarakter. Volgens voormeld citaat uit de toelichting bij artikel 52, vijfde lid, van het Handvest zijn beginselen onder andere het recht van ouderen (artikel 25 van het Hv), de rechten van gehandicapten (artikel 26 van het Hv) en milieubescherming (artikel 37 van het Hv). De toelichting lijkt daarmee voldoende duidelijkheid te geven, maar volgens dezelfde toelichting kunnen artikelen uit het Handvest zowel elementen van rechten als beginselen bevatten. Voorbeelden hiervan zijn de bescherming van de gelijkheid van mannen en vrouwen (artikel 23 van het Hv), het beroeps- en gezinsleven (artikel 33 van het Hv) en het recht op sociale zekerheid en sociale bijstand (artikel 34 van het Hv). Zes criteria kunnen helpen bij het bepalen of sprake is van een recht of een beginsel in de zin van het Handvest:⁹⁰

- Als de bepaling is gericht tot een persoon duidt dat op een recht en als de bepaling een opdracht inhoudt aan de overheid duidt dat op een beginsel.
- Het gebruik van de woorden 'overeenkomstig het Unierecht', 'de Unie erkent en eerbiedigt' of een verwijzing naar het beleid van de Unie, duidt op een beginsel.
- Hoe concreter een bepaling is, hoe groter de kans dat sprake is van een recht. Beginselen bevatten over het algemeen een bepaalde beoordelings-/concretiseringsruimte.
- Als de bepaling ten doel heeft het individu te beschermen, is dat een aanwijzing dat sprake is van een recht.
- Als een bepaling individuele of subjectieve rechten schept zonder dat uitwerking in wet- of regelgeving nodig is, wijst dat op een recht.
- Is de betreffende bepaling bijvoorbeeld afkomstig uit het EVRM, dan is dit een aanwijzing dat sprake is van een recht. Is de bron gelegen in het Europees Sociaal Handvest, dan is dat een aanwijzing dat sprake is van een beginsel.

⁸⁸ Barkhuysen, Bos en Have ten, 2011, onder 2.1.

⁸⁹ Barkhuysen, Bos en Have ten, 2011, onder 2.1; Mol, de, e.a. 201, onder 3.2.

⁹⁰ Barkhuysen en Bos 2014, onder 2.1.

Met deze zes criteria kan worden onderzocht of het kenbaarmakingsbeginsel of een aspect daarvan, voor zover neergelegd in het Handvest, een recht of een beginsel is in de zin van het Handvest. Aangezien voor het kenbaarmakingsbeginsel een actief optreden van een bestuursorgaan nodig is, zou het kenbaarmakingsbeginsel als beginsel in de zin van het Handvest kunnen worden gekwalificeerd. Daar staat tegenover dat het ook gericht is op een persoon die dit kenbaarmakingsbeginsel kan invoeren. Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel schept individuele rechten zonder dat uitwerking in wet- en regelgeving nodig is. Mijns inziens slaat met dit laatste de balans door naar een recht in de zin van het Handvest.

Artikel 41, eerste lid, van het Handvest bepaalt dat eenieder het recht heeft dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen en organen van de Unie worden behandeld. Blijkens het tweede lid van dit artikel behelst dit met name het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim en de plicht van de betrokken instanties hun beslissingen met redenen te omkleeden. Volgens de toelichting bij artikel 41, tweede lid, van het Handvest is het bestaan van behoorlijk bestuur een 'rechtsbeginsel', waarna de toelichting vermeldt dat de formulering van dit 'recht' in de eerste twee leden gebaseerd is op de jurisprudentie van het Hof van Justitie en voor zover het de motiveringsplicht betreft ook is gebaseerd op het VWEU. Voor artikel 41, tweede lid, van het Handvest lijken de tekst van het artikel en de toelichting geen duidelijk antwoord te geven, maar wel richting een recht te wijzen. Het tweede lid van dit artikel, waarin is neergelegd dat eenieder het recht heeft te worden gehoord voordat richting hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, is echter heel concreet en gericht op het individu, zodat mijns inziens ten aanzien van het tweede lid, sprake zou kunnen zijn van een recht in de zin van het Handvest.⁹¹

Artikel 47 van het Handvest bepaalt dat eenieder wiens door het Unierecht gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft daarbij recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen. De tekst van artikel 47 van het Handvest en de toelichting duiden consequent 'een doeltreffende voorziening in rechte' als een recht. Artikel 47 van het Handvest is gericht op de persoon en het is behoorlijk concreet, hetgeen de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een recht.

Artikel 48, tweede lid, van het Handvest bepaalt dat aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, de eerbiediging van de rechten van de verdediging wordt gegarandeerd. De

⁹¹ Timmermans en Schlössels 2015, p. 252: Timmermans en Schlössels lijken er ook zo over te denken.

toelichting bij artikel 48, tweede lid, van het Handvest spreekt over een 'recht'. De achtergrond van dit artikel is gelegen in het EVRM en het artikel is gericht aan het individu. Dit kan allemaal de conclusie dragen dat sprake is van een recht. Daar staat wel tegenover dat het tweede lid van artikel 47 van het Handvest bepaalt dat het artikel de eerbiediging van de rechten van de verdediging garandeert. Het tweede lid is daarmee niet erg concreet, zodat ook sprake zou kunnen zijn van een beginsel. Echter gelet op het feit dat het de vervolging van een persoon betreft en gelet op de EVRM-achtergrond en toelichting, kom ik tot de conclusie dat in artikel 48, tweede lid, van het Handvest een recht is neergelegd.

Bij het onderzoeken van de gevolgen van de codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel ga ik ervan uit – gelet op het vorenstaande – dat voor zover het kenbaarmakingsbeginsel is neergelegd in het Handvest, sprake is van een recht in de zin van het Handvest (paragraaf 5.5.1).

3.8 Samenvatting en conclusie

Er is sprake van een autonome Unierechtelijke rechtsorde waarvan geschreven en ongeschreven beginselen deel uitmaken. Bij het erkennen van beginselen kijkt het Hof van Justitie naar hetgeen de lidstaten (nagenoeg) gemeen hebben. De gemengde rechtspositivistische/natuurrechtelijke visie van Gerards lijkt het best te passen bij de wijze waarop het Hof van Justitie omgaat met beginselen en de wijze waarop deze beginselen kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde. De beginselen vormen het fundament voor het recht als geheel, maar kunnen alleen geldend recht vormen en doorwerken naar de lidstaten als zij vanuit het positieve recht worden gekend. Het is van belang te onderzoeken wanneer Unierechtelijke beginselen en specifiek het kenbaarmakingsbeginsel doorwerken in het nationale recht. Dat zal in het volgende hoofdstuk plaatsvinden (hoofdstuk 4).

Voorts is duidelijk geworden dat beginselen met elkaar concurreren en beginselen zoveel mogelijk moeten worden vervuld. Om de mate van vervulling te kunnen onderzoeken, zal eerst het beschermingsniveau van het kenbaarmakingsbeginsel moeten worden onderzocht (hoofdstuk 5). Het kenbaarmakingsbeginsel heeft een dubbele waarborgfunctie. Zorgvuldige besluitvorming aan de ene kant en rechtsbescherming aan de andere kant waarbij de nadruk lijkt te liggen op de effectieve rechtsbescherming van de belanghebbende. Het kenbaarmakingsbeginsel kan een rol spelen bij de ongelijkheidscompensatie in de voorfase. De dubbele waarborgfunctie van het kenbaarmakingsbeginsel zal ik betrekken bij het onderzoek naar het beschermingsniveau van dit recht. Hierbij kan de codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel/kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest en het DWU van belang zijn. Bij het onderzoeken van de codificatie in het Handvest ga ik op basis van het onderzoek in dit hoofdstuk ervan uit dat in de artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest – waarin het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel is gecodificeerd – sprake is van rechten in de zin van het Handvest (paragraaf 3.7). Bij het onderzoek naar de codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in het DWU ga ik ervan uit dat het kenbaarmakingsbeginsel in het DWU als rechtsregel kwalificeert.

Als het beschermingsniveau van het kenbaarmakingsbeginsel is onderzocht, is de volgende stap het onderzoeken van wanneer en onder welke omstandigheden het

kenbaarmakingsbeginsel kan worden beperkt (hoofdstuk 6). In onderhavig hoofdstuk is naar voren gekomen dat beginselen relatief zijn en dat zij geen onderlinge vaste ordening kennen. De ordening is (mede) afhankelijk van het begingewicht van de concurrerende beginselen, welk begingewicht door specifieke omstandigheden wordt bepaald. Voor met elkaar concurrerende beginselen is een veelheid aan situaties met verschillende omstandigheden denkbaar. De situatie waarbij niet duidelijk is welke omstandigheden relevant zijn, kan weinig voorspellend werken voor andere situaties. Rechtstoepassers en rechtsuitvoerders dienen bij het gebruik van beginselen zich te realiseren dat beginselen een begingewicht hebben. Bij het gebruik van de beginselen hebben de rechtstoepassers en rechtsuitvoerders een motiveringsplicht en dienen zij consistent te zijn. Door de motiveringsplicht en de consistente toepassing kan inzichtelijk worden welke omstandigheden relevant zijn bij het wegen van specifieke concurrerende beginselen en welk gewicht deze omstandigheden hebben. Onderzoek zal moeten worden gedaan naar de omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel (paragraaf 6.6). Daarbij zal worden onderzocht of het mogelijk is een omstandighedencatalogus op te stellen voor het kenbaarmakingsbeginsel (paragraaf 6.6.4). Bij het onderzoek naar het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel, waarbij met het kenbaarmakingsbeginsel concurrerende beginselen tegen het voldoen aan het kenbaarmakingsbeginsel moeten worden afgewogen, zal rekening moeten worden gehouden met de kanttekeningen die worden geplaatst bij het gebruik van beginselen. Beginselen kunnen namelijk niet altijd onder één noemer worden geplaatst (probleem van onvergelykbaarheid) en het probleem van vaagheid kan leiden tot onduidelijkheid in de afbakening van beginselen.

