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).

HOOFDSTUK 5

Het kenbaarmakingsbeginsel

In de vorige hoofdstukken is stilgestaan bij het karakter van beginselen (hoofdstuk 3) en bij de vraag wanneer Unierechtelijke beginselen doorwerken in het nationale recht (hoofdstuk 4). Beginselen concurreren met elkaar en er moet steeds een weging worden gemaakt tussen concurrerende beginselen om te kunnen beoordelen welk beginsel in een specifiek geval voorrang krijgt. Voordat kan worden stilgestaan bij het wegen van het kenbaarmakingsbeginsel met daarmee concurrerende beginselen (hoofdstuk 6) is het noodzakelijk dat eerst wordt onderzocht wat het beschermingsniveau is van het kenbaarmakingsbeginsel. Dit onderzoek zal ik in het onderhavige hoofdstuk doen. Dat wil zeggen dat ik de inhoud van het kenbaarmakingsbeginsel onderzoek zonder dat andere beginselen dit recht beperken.

Het kenbaarmakingsbeginsel is het Unierechtelijke 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 neemt. De omschrijving van het kenbaarmakingsbeginsel geeft informatie over de subjectieve en objectieve reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel. Er moet sprake zijn van een belanghebbende bij een te nemen overheidsbesluit die aanmerkelijk in zijn belang wordt geraakt. De subjectieve en objectieve reikwijdte onderzoek ik in de paragrafen 5.1 en 5.2. In de inleiding is al besproken dat verschillende onderdelen van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel op verschillende momenten in de tijd hun intrede doen (paragraaf 1.2). Sommige onderdelen zijn er vanaf het eerste moment (onderzoeksfase zonder betrokkenheid van een persoon), andere onderdelen komen op verschillende momenten erbij. In paragraaf 5.3 wordt daarom de temporele reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel onderzocht. In paragraaf 5.4 onderzoek ik de vier deelaspecten van het kenbaarmakingsbeginsel. Al eerder heb ik geconstateerd dat de codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel in het Handvest moet worden onderzocht (paragraaf 3.8). In paragraaf 5.5.1 wordt bekeken in hoeverre in de artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest het kenbaarmakingsbeginsel is gecodificeerd of deelaspecten daarvan zijn gecodificeerd en in hoeverre die artikelen relevant zijn voor een beroep op het kenbaarmakingsbeginsel in Nederlandse fiscale zaken. Aangezien de codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel een oorsprong kent in het EVRM, zal ook de relatie tussen het Handvest en het EVRM aan de orde komen (paragraaf 5.5.2). Ten slotte wordt ook nog de codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in het DWU onderzocht (paragraaf 5.5.3), waarna de gevolgen van de codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest en het DWU worden besproken (paragraaf 5.5.4). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en een conclusie.

5.1 Subjectieve reikwijdte

Een *adressaat* van een voorgenomen bezwarend overheidsbesluit kan het kenbaarmakingsbeginsel inroepen.[1] Een adressaat moet individueel en rechtstreeks door het voorgenomen besluit worden geraakt. Daarmee is de subjectieve reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel gegeven. Het DWU geeft meer duidelijkheid over wanneer sprake is van een adressaat. Indien sprake is van een beschikking op aanvraag bepaalt artikel 22, zesde lid, van het DWU dat de *aanvrager* in de gelegenheid moet worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken. Hieronder vallen geen derde-belanghebbenden die wellicht ook worden geraakt door bijvoorbeeld de afgifte van een bepaalde vergunning. Ingevolge artikel 29 van het DWU is op beschikkingen zonder voorafgaande aanvraag ook artikel 22, zesde lid, van het DWU van toepassing. Artikel 29 van het DWU in combinatie met artikel 22 van het DWU kan niet op een aanvrager zien, die is er immers niet en kan ook niet zien op een derde. Dit artikel kan dan alleen zien op degene op wiens naam de voorgenomen beschikking zal komen te staan. Het kenbaarmakingsbeginsel kan daarmee alleen worden ingeroepen door degene op wiens naam het voorgenomen bezwarende besluit zal komen te staan. Artikel 41 van het Handvest bevestigt mijns inziens deze conclusie. Het recht te worden gehoord wordt daarbij gegeven aan degene tegen wie een nadelige individuele maatregel wordt genomen en niet aan derde-belanghebbenden. In artikel 48 van het Handvest is eveneens het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken beperkt tot degene tegen wie vervolging is ingesteld. Van een adressaat van een voorgenomen bezwarend besluit is daarmee geen sprake als degene, die een beroep doet op schending van het kenbaarmakingsbeginsel, niet heeft deelgenomen aan de procedure ten aanzien waarvan hij stelt dat het kenbaarmakingsbeginsel is geschonden.[2] Een adressaat kan daarmee ook alleen het kenbaarmakingsbeginsel inroepen voor zover dat voorgenomen besluit de adressaat rechtstreeks en individueel raakt. Een voorbeeld daarvan is de zaak *Foshan*.[3] Foshan komt op tegen een in een verordening neergelegd antidumpingrecht. Het Hof van Justitie vernietigt de verordening wegens schending van het kenbaarmakingsbeginsel, *voor zover daarbij een antidumpingrecht is ingesteld op de invoer door Foshan.* Het Hof van Justitie vernietigt alleen dat deel dat de belanghebbende rechtstreeks en individueel raakt.

Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie uit de periode van vóór het Handvest kunnen adressaten van voorgenomen bezwarende besluiten niet alleen natuurlijke personen zijn, maar ook rechtspersonen.[4] In de artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest is het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel (deels) gecodificeerd (paragraaf 5.5). Volgens de tekst van deze artikelen kan eenieder een beroep doen op de inhoud van die artikelen. Het

1 Zie bijvoorbeeld: HvJ 23 oktober 1974, zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association), punt 15; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 38; HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punt 49; HvJ 9 november 2017, zaak C-298/17, (Ispas), punt 26.

2 HvJ 10 september 2015, zaak C-687/13, (Fliesen-Zentrum Deutschland), p. 73; Zie ook: conclusie A-G Pitruzella van 4 maart 2020 inzake C-104/19 (Donex), p. 35 e.v. en HvJ 9 juli 2020, zaak C-104/19 (Donex), punt 71 e.v.

3 HvJ 1 oktober 2009, zaak C-141/08, (Foshan).

4 HvJ 18 oktober 1989, zaak 374/87, (Orkem), punt 35; Zie ook Peers e.a. 2014, p. 1073; Keulemans 2016A onder 2.1.1.

Handvest zelf bevat geen definitie van de term 'eenieder'.[5] Alhoewel Morijn en anderen de beantwoording van de vraag of rechtspersonen een beroep kunnen doen op het Handvest afhankelijk stellen van het concrete grondrecht waarop een belanghebbende een beroep doet en de wijze waarop dat recht is geformuleerd, lijdt het geen twijfel dat rechtspersonen het kenbaarmakingsbeginsel kunnen inroepen.[6] Het Hof van Justitie heeft in de zaak *DEB* immers overwogen dat de in de eerste twee alinea's van artikel 47 van het Handvest gebruikte term 'eenieder' ziet op individuen, maar dat de term vanuit zuiver taalkundig oogpunt rechtspersonen niet uitsluit.[7] Voorts wijst het Hof van Justitie erop dat artikel 47 van het Handvest te vinden is in titel VI „Rechtspleging" in welke titel andere procedurele beginselen zijn verankerd die voor zowel natuurlijke als rechtspersonen gelden. Artikel 48 van het Handvest is in dezelfde titel geplaatst als artikel 47 en gebruikt dezelfde term 'eenieder'. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de wijze waarop 'eenieder' in de zin van artikel 48 van het Handvest moet worden uitgelegd niet anders zal zijn van de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan 'eenieder' als bedoeld in artikel 47 van het Handvest. De deur staat daarmee open voor rechtspersonen. Artikel 41 van het Handvest bevindt zich in een andere titel in het Handvest: 'Burgerschap'. Dat kan erop duiden dat artikel 41 van het Handvest alleen van toepassing is op burgers, zijnde natuurlijke personen. Mij lijkt het voor de hand liggend om gelijke termen in het Handvest een gelijke uitleg te geven. Dat de term 'eenieder' ook rechtspersonen omvat, vindt bevestiging in bijvoorbeeld de zaak *Kamino*, waarbij een rechtspersoon een beroep doet op het kenbaarmakingsbeginsel. Het zijn in het belastingrecht juist vaak rechtspersonen die een beroep doen op het kenbaarmakingsbeginsel.[8] Gelet op het vorenstaande omvat de term 'eenieder', zoals gebruikt in het Handvest, niet alleen natuurlijke personen, maar ook rechtspersonen. Daaronder vallen blijkens het arrest *Bank Melli Iran* ook rechtspersonen die nauw verbonden zijn aan de overheid.[9]

5.2 Objectieve reikwijdte

In deze paragraaf wordt het toepassingsbereik van het kenbaarmakingsbeginsel onderzocht. Het kenbaarmakingsbeginsel is namelijk alleen van toepassing als sprake is van een *voorgenomen besluit* van een *bestuursorgaan* dat de adressaat van het voorgenomen besluit *aanmerkelijk* in zijn belang raakt (een bezwarend besluit).[10] Het Hof van Justitie heeft zich niet uitgelaten over de vraag wanneer een voorgenomen besluit de adressaat *aanmerkelijk* in zijn belang zal raken. Van een voorgenomen bezwarend besluit kan mijns

5 Zie ook: Keulemans 2016A onder 3.1.1.

6 Morijn e.a. 2015, p. 128, onder 'eerlijk proces' merken de auteurs op dat nog niet is uitgekristalliseerd in hoeverre naast natuurlijke personen en rechtspersonen, publiekrechtelijke rechtspersonen en lidstaten een beroep kunnen doen op grondrechten zoals neergelegd in artikel 47 van het Handvest; zie ook: Keulemans 2016A onder 3.1.1.

7 HvJ 22 december 2010, zaak C-279/09, (DEB), punt 38.

8 Zie bijvoorbeeld: HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé); HvJ 24 juni 1986, zaak 53/85, (Akzo Chemie); HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino); HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses).

9 GvEA 6 september 2013, zaak T-35/10, (Bank Melli Iran), punten 64 tot en met 70.

10 Zie bijvoorbeeld: HvJ 23 oktober 1974, zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association), punt 15; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 30; HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punt 37; HvJ 9 november 2017, zaak C-298/17, (Ispas), punt 26.

inziens geen sprake zijn als een belanghebbende een besluit vraagt en het bestuursorgaan voornemens is conform de aanvraag te beslissen. Dan wordt de belanghebbende immers niet benadeeld.[11] Ook sluit de term 'aanmerkelijk' mijns inziens geringe benadelingen uit. Dan wordt niet aan de eis van 'aanmerkelijk' voldaan, wat betekent 'belangrijk' of 'aanzienlijk'.[12] De benadeling moet daarmee enig gewicht hebben.

Voorts moet sprake zijn van een voorgenomen besluit van een bestuursorgaan. Dit past binnen het doel van het kenbaarmakingsbeginsel en de compensatie van ongelijkheid die daarin zit (paragraaf 3.6). Het kenbaarmakingsbeginsel regelt daarmee alleen bepaalde rechten voor een belanghebbende in relatie tot een bestuursorgaan in het kader van een voorgenomen besluit van dat bestuursorgaan. De objectieve reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel is van belang, omdat in de conclusie van hoofdstuk 2 al is aangegeven dat het kenbaarmakingsbeginsel misschien anders kan uitwerken ten aanzien van de verschillende Nederlandse heffingsmethoden en omdat gebleken is dat bij een voldoening of afdracht op aangifte het eerste besluit van het bestuursorgaan de uitspraak op bezwaar is. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 8.3.2.c.

Een bestuursorgaan behoeft de belanghebbende alleen de gelegenheid te geven een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken *over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren*.[13] Wattel geeft aan dat als de belanghebbende die gelegenheid voor andere doeleinden wil gebruiken, dat dan het bestuursorgaan aan zijn verplichting inzake het kenbaarmakingsbeginsel heeft voldaan en het bestuursorgaan de belanghebbende niet de gelegenheid hoeft te geven een andere invulling te geven, omdat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie het Unierecht niet zo ruim hoeft te worden uitgelegd dat het dergelijk misbruik dekt.[14] Mijns inziens is dat een juiste uitleg van de reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel.

Dan blijft nog de vraag over wat in het kader van het kenbaarmakingsbeginsel wordt verstaan onder besluit. In hoofdstuk 2 is immers gebleken dat de Awb een ander besluitenbegrip kent (meer specifiek een ander beschikking-begrip) dan het douanerecht en dat moet worden onderzocht op welke besluiten het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is. Alleen dan kan worden bezien in hoeverre het Nederlandse (fiscale) bestuursrecht voldoet aan de eisen die het kenbaarmakingsbeginsel stelt (eerste deel van de onderzoeksvraag).

11 Conclusie A-G Mischo van 21 maart 2002 in de zaak C-395/00, (Cipriani), punt 36 waarin de advocaat-generaal verwijst naar het arrest van het HvJ 21 september 2000, zaak C-462/98 P, (Mediocurso), punt 36 waarin het HvJ spreekt van een bezwarend besluit. Een bezwarend besluit kan dus worden vertaald naar een benadelend besluit.
12 Betekenis van aanmerkelijk blijkens de Dikke van Dale is belangrijk of aanzienlijk.
13 HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11, (ZZ), punt 65; HvJ 14 juli 1972, zaak 48/69, (ICI), punt 87.
14 Conclusie A-G Wattel van 28 februari 2020, nr. 19/02693, ECLI:NL:PHR:2020:184.

Het arrest *Foshan* biedt meer duidelijkheid.[15] Foshan verzocht vernietiging van verordening 452/2007 voor zover daarbij een antidumpingrecht op invoer van door Foshan geproduceerde goederen werd ingesteld.[16] Een verordening heeft een algemene strekking en is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat (artikel 288 van het VWEU). Daarmee lijken verordeningen geen besluiten te zijn waarop het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is. Het kenbaarmakingsbeginsel werkt immers alleen ten aanzien van adressaten die individueel en rechtsreeks worden geraakt en het kenbaarmakingsbeginsel betreft niet een hoorrecht bij het maken van algemene normen of wetgeving.[17] Toch oordeelt het Hof van Justitie in de zaak *Foshan* – hoewel sprake is van een verordening – dat Foshan het kenbaarmakingsbeginsel kan inroepen. Foshan kan het kenbaarmakingsbeginsel inroepen, omdat de tekst van verordening 452/2007, waar het in de zaak *Foshan* om draait, regelt dat specifiek voor Foshan een antidumpingrecht geldt van 18,1%. Voor een aantal andere ondernemingen worden ook antidumpingrechten genoemd met verschillende percentages. Een deel van verordening 452/2007 raakt daarmee Foshan wel rechtstreeks en individueel. Uit dit arrest blijkt dat voor het inroepen van het kenbaarmakingsbeginsel geen sprake behoeft te zijn van een stuk dat formeel wordt aangeduid als een besluit/beschikking.[18] Het is voldoende dat sprake is van een materieel besluit. De vorm van het besluit is mijns inziens niet relevant en kan daarmee ook mondeling worden gegeven. Dat de formele vorm niet bepalend is voor de vraag of sprake is van een voorgenomen besluit waarop het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is, sluit aan bij de definitie van beschikking in het DWU (artikel 5, lid 39, van het DWU). De omschrijving van een beschikking in het DWU omvat niet alleen schriftelijke beschikkingen, maar ook mondelinge beslissingen.[19]

Het Handvest bevestigt mijns inziens dat het kenbaarmakingsbeginsel ziet op materiële besluiten en gaat zelfs een stap verder en laat zien dat het kenbaarmakingsbeginsel ziet op bezwarende maatregelen. In artikel 41 van het Handvest is het recht op behoorlijk bestuur neergelegd, inhoudende – blijkens het tweede lid – onder andere het recht van eenieder te worden gehoord, voordat jegens hem een voor hem nadelige *maatregel* wordt genomen.[20] De Engelstalige versie spreekt van 'measure', de Duitse van 'Maβname' en de Franse versie van 'mesure'. Uit de tekst en de verschillende taalversies blijkt duidelijk dat niet is aangesloten

15 HvJ 1 oktober 2009, zaak C-141/08, (Foshan); Zie bijvoorbeeld de Conclusie van A-G Mengozzi van 28 juni 2011 in de zaak C-548/09 P, (Bank Melli Iran), onder 25, en artikel 243, eerste lid, van het DWU: iedere persoon heeft het recht beroep in te stellen tegen beschikkingen van de douaneautoriteiten die betrekking hebben op de toepassing van de douanewetgeving en die hem rechtstreeks en individueel raken.; Zie ook: Witte 2011, p. 86.

16 Verordening 452/2007 van de Raad van 23 april 2007 tot instelling van een definitief antidumpingrecht en tot definitieve inning van het voorlopige antidumpingrecht op strijkplanken van oorsprong uit de Volksrepubliek China en Oekraïne.

17 Peers e.a. 2014, p. 1073; HvJ 17 maart 2011, zaak C-221/09, (AJD Tuna), punt 49.

18 HvJ 1 oktober 2009, zaak C-141/08, (Foshan).

19 Schijndel, van, 2007, p. 312 en Verordening (EU) nr. 952/2013 van het Europees Parlement en van de Raad van 9 oktober 2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie.
Artikel 5, onderdeel 39 van het DWU:
"beschikking": elke beslissing welke verband houdt met de douanewetgeving die door een douaneautoriteit over een bepaald geval wordt genomen en die voor de betrokken persoon of betrokken personen rechtsgevolgen heeft;

20 HvJ 17 maart 2011, zaak C-221/09, (AJD Tuna), punt 49; Beumer 2016, onder 3.3.1.

bij de formele term 'besluit' dat in artikel 288 van het VWEU is neergelegd of bij de term 'beschikking' zoals het DWU dat kent. De zaak *New Europe Consult*ing laat zien dat het kenbaarmakingsbeginsel ook van toepassing is op een voorgenomen bezwarende handeling.[21] New Europe Consulting (NEC) voerde sinds 1991 verschillende adviesprojecten uit in het kader van het PHARE-programma, dat is gebaseerd op een Gemeenschapsverordening.[22] Nadat de Europese Commissie informatie had ontvangen over problemen met een project van NEC in Hongarije stuurde een ambtenaar van de Commissie een fax naar verschillende coördinatoren van het PHARE-programma in Polen, de Tsjechische Republiek, Hongarije en Roemenië waarin werd aangeraden de offertes van NEC voor komende projecten niet in aanmerking te nemen en verzocht hij de coördinatoren deze informatie door te geven. Vanaf de datum van die fax is NEC niet meer uitgekozen voor PHARE-projecten. De fax is niet aan te merken als een tegen verzoekers gerichte beschikking, maar het is duidelijk dat de inhoud ervan NEC rechtstreeks raakte en hun onregelmatigheden ten laste legde waarvan de vaststelling voor hen zware economische gevolgen had kunnen hebben. Daarom had NEC de gelegenheid moeten krijgen opmerkingen te maken over de gestelde feiten. Het kenbaarmakingsbeginsel ziet daarmee op elk voorgenomen bezwarend overheidshandelen. Hieronder vallen ook (deels) afwijzende beslissingen.[23] Ondersteuning voor dit standpunt vind ik in de wijze waarop het DWU is vormgegeven. In artikel 22, zesde lid, van het DWU is het kenbaarmakingsbeginsel immers van toepassing op beschikkingen naar aanleiding van aanvragen, daaronder vallen ook (deels) afwijzende beslissingen. Ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie wijst hierop, nu het Hof van Justitie het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing acht op bijvoorbeeld het afwijzen van asielaanvragen.[24] Ook kan steun voor deze visie worden gevonden in een voorstel voor een Europese Awb waarbij het

21 GvEA 9 juli 1999, zaak T-231/97, (New Europe Consulting), punten 42 tot en met 44; zie ook: HvJ 12 februari 1992, zaken C-48/90 en C-66/90, (Nederland en PTT Nederland/Commissie), punt 37: "het verrichten van een handeling die voor de adressaat bezwarend kan zijn".

22 GvEA 9 juli 1999, zaak T-231/97, (New Europe Consulting), punt 1:
"Het PHARE-programma, dat is gebaseerd op verordening (EEG) nr. 3906/89 van de Raad van 18 december 1989 betreffende economische hulp ten gunste van de Republiek Hongarije en de Volksrepubliek Polen (PB L 375, blz. 11), zoals gewijzigd, met het oog op de uitbreiding van de economische hulp tot andere landen van Midden- en Oost-Europa, bij verordeningen (EEG) van de Raad nr. 2698/90 van 17 september 1990 (PB L 257, blz. 1), nr. 3800/91 van 23 december 1991 (PB L 357, biz. 10), nr. 2334/92 van 7 augustus 1992 (PB L 227, blz. 1), nr. 1764/93 van 30 juni 1993 (PB L 162, biz. 1), nr. 1366/95 van 12 juni 1995 (PB L 133, biz. 1), nr. 463/96 van 11 maart 1996 (PB L *65*, biz. 3) en nr. *753/96* van 22 april 1996 (PB L 103, biz. 5), vormt het kader van de economische hulp van de Europese Gemeenschap aan de landen van Midden- en Oost-Europa voor het voeren van acties ter ondersteuning van de economische en sociale hervormingen in die landen."

23 Het Unierechtelijke recht het standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken wordt onverkort van toepassing geacht in bijvoorbeeld zaken waarbij een persoon asiel verzoekt. Zie in dit kader bijvoorbeeld: HvJ 9 februari 2017, zaak C-560/14, (M.).

24 HvJ 22 november 2012, zaak C-277/11, (M.), punt 90.

recht te worden gehoord wordt gekoppeld aan een *ongunstige beslissing*.[25] A-G Ettema deelt mijn visie niet en overweegt dat afwijzingen op aanvragen niet onder de reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel vallen, omdat de aanvrager niet slechter af is dan in de situatie dat geen verzoek was ingediend.[26] Dat belanghebbende niet slechter af is dan als hij geen verzoek had ingediend, is juist, maar met een afwijzing van een aanvraag is de belanghebbende wel benadeeld door overheidshandelen. Hij was beter af geweest met en toewijzing. Het arrest *Windpark Groothuysen* uit 1998 lijkt de visie van Ettema te bevestigen. In dit arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat bij het afwijzen van een subsidieaanvraag niet vereist is dat de betrokkene wordt gehoord en dat het kenbaarmakingsbeginsel slechts van toepassing is als een bestuursorgaan een sanctie toe wil passen of als een maatregel de rechtspositie van de belanghebbende kan aantasten.[27] Dit arrest lijkt in strijd met eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie waarbij is bepaald dat een bestuursorgaan het kenbaarmakingsbeginsel moet eerbiedigen in iedere procedure, die leidt tot een bezwarende *handeling* voor een belanghebbende.[28] Uit het arrest *Windpark Groothuysen* kan worden afgeleid dat sprake is van een in een subsidie-procedure opgenomen beperking van het kenbaarmakingsbeginsel. Het oordeel van het Hof van Justitie moet in die context worden geplaatst. Het enkele arrest *Windpark Groothuysen* acht ik daarom niet voldoende om te twijfelen aan het eerdere en latere oordeel van het Hof van Justitie dat het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is op voorgenomen bezwarend handelen.

Gelet op het vorenstaande kom ik tot de conclusie dat een besluit in de zin van het kenbaarmakingsbeginsel elke handeling is van een bestuursorgaan die de belanghebbende benadeelt.[29] De formele vorm is voor de vraag of sprake is van een dergelijk voorgenomen besluit niet relevant. De formele vorm blijkt echter wel een rol te kunnen spelen bij de vraag hoeveel afzonderlijke materiële besluiten te onderkennen zijn. Per bezwarend besluit moet worden bezien of het kenbaarmakingsbeginsel in acht is genomen en als dat niet het geval

25 The Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL), waarbij researchers uit een groot aantal lidstaten zijn aangesloten heeft een Europese Awb ontworpen. Het eerste deel van de tekst over het recht het standpunt kenbaar te maken, luidt als volgt:
"III-23 Right to be heard by persons adversely affected
(1) Every party has the right to be heard by a public authority before a decision, which would affect him or her adversely, is taken."
De rest van de tekst is te vinden op:
http://www.reneual.eu/images/Home/ReNEUAL-Model_Rules-Compilation_BooksI_VI_2014-09-03.pdf en in paragraaf 9.2.3 van dit proefschrift.

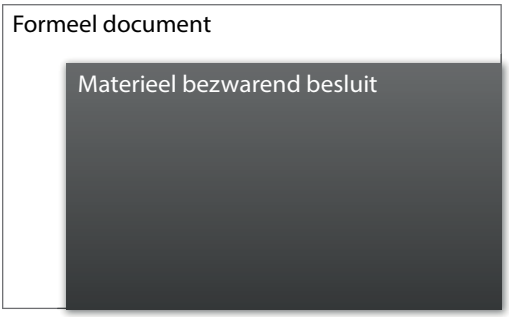
26 A-G Ettema bepleit anders: Conclusie van A-G Ettema van 17 oktober 2016, bij HR met nr. 15/03521, ECLI:NL:PHR:2016:1042: "1.6 In een procedure inzake een verzoek om terugbetaling op grond van artikel 239 van het CDW is in mijn visie geen plaats voor een beroep op het verdedigingsbeginsel. (…). 5.1 Blijkens S*opropé* is het verdedigingsbeginsel van toepassing ingeval de douaneautoriteiten voornemens zijn een bezwarend besluit ten opzichte van een bepaalde persoon vast te stellen. Een verzoek op grond van artikel 239 van het CDW is geen bezwarend besluit, omdat het verzoek enkel kan leiden tot het al dan niet terugbetalen of kwijtschelden van de betaalde douanerechten. Belanghebbende is bij een negatieve beslissing op het verzoek niet slechter af dan wanneer geen verzoek was ingediend."

27 HvJ 14 mei 1998, zaak C-48/96 P, (Windpark Groothuysen), punt 47.

28 HvJ 12 februari 1992, zaken C-48/90 en C-66/90, (Nederland en PTT Nederland/Commissie), punt 37.

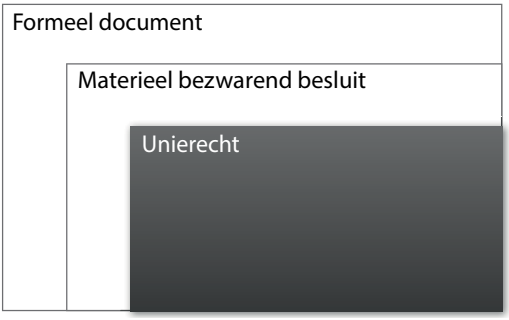
29 R.J.G.M. Widdershoven komt ook tot die conclusie in zijn annotatie bij HvJ 15 juni 2006, C-28/05, (Dokter), *AB* 2006/390, paragraaf 2; zie ook: Widdershoven e.a. 2007, p. 82; Beumer 2016, onder 3.3.1.

is, waardoor sprake is van een schending, moet per besluit worden bezien wat de gevolgen van de schending zijn. Eerder in deze paragraaf is uit de zaak *Foshan* gebleken dat als een voorgenomen formeel besluit meer omvat dan een aan een adressaat gericht materieel besluit het kenbaarmakingsbeginsel alleen van toepassing kan zijn op het voorgenomen materiële besluit. Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven (hokjesmodel):



Figuur 7

Eerder is al besproken dat het kenbaarmakingsbeginsel alleen van toepassing is voor zover sprake is van uitvoering van het Unierecht (hoofdstuk 3). Het kan zo zijn dat slechts ten aanzien van een deel van het materiële bezwarende besluit het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Die situatie ziet er als volgt uit (hokjesmodel):



Figuur 8

Het materiële bezwarende besluit kan maximaal dezelfde omvang hebben als het formele document. Dit leg ik uit aan de hand van de zaak *M.*[30] M. was een Rwandese staatsburger die in Ierland om asiel had verzocht. Nadat zijn asielaanvraag werd afgewezen, vroeg M.

30 HvJ 22 november 2012, zaak C-277/11, (M.), punt 90.

subsidiaire bescherming aan.[31] Uit de zaak *Foshan* blijkt dat een formeel document meerdere materiële besluiten in zich kan hebben. De zaak *M* laat zien dat als één materieel besluit wordt opgeknipt in meerdere formele documenten daarmee meerdere materiële besluiten worden gecreëerd, waarbij het kenbaarmakingsbeginsel op elk afzonderlijk materieel besluit van toepassing is. In zaak *M* is de procedure voor subsidiaire bescherming, anders dan in Nederland, losgekoppeld van de procedure voor primaire bescherming. Daarbij wordt een verzoeker in het kader van zijn verzoek om primaire bescherming standaard gehoord en in de vervolgprocedure om subsidiaire bescherming standaard niet. Het Hof van Justitie acht het standaard niet horen in de procedure betreffende subsidiaire bescherming in strijd met het kenbaarmakingsbeginsel. A-G Mengozzi overweegt dat in een stelsel 'in twee fasen' het feit dat de betrokkene al in de procedure over het asielverzoek is gehoord, niet noodzakelijkerwijs impliceert dat het bestuursorgaan de belanghebbende niet behoeft te horen in de procedure betreffende de subsidiaire bescherming. Het kenbaarmakingsbeginsel moet ook in de laatste procedure ten volle worden gewaarborgd.[32] A-G Mengozzi laat hierbij de deur open voor de mogelijkheid in de tweede procedure onder voorwaarden niet te horen. Het vorenstaande laat zien dat splitsing van procedures tot gevolg heeft dat meer formele en daarmee meer materiële besluiten ontstaan. Het aantal materiële besluiten is daarmee minimaal gelijk aan het aantal formele bezwarende besluiten.[33] Daarbij dient per bezwarend besluit te worden beoordeeld of sprake is van een schending van het kenbaarmakingsbeginsel en welke gevolgen een eventuele schending zou moeten hebben.[34]

Ik ga in deze paragraaf nog kort in op de BTI- en BOI-beschikkingen (zie paragraaf 2.2.2), omdat in de literatuur de vraag wordt gesteld of BTI- en BOI-beschikkingen wel bezwarende besluiten zijn waarop bij het voornemen tot het nemen van een dergelijk besluit het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is.[35] Deze vraag werd opgeworpen in het kader van de beperking van het kenbaarmakingsbeginsel voor BTI- en BOI-beschikkingen in het DWU (artikel 22, zesde lid, tweede alinea, aanhef en onder a, van het DWU). Waarom deze beperking in het DWU is opgenomen, heb ik niet kunnen achterhalen. Ik twijfel er echter niet aan dat BTI- en BOI-beschikkingen, waarbij ten nadele van de belanghebbende wordt afgeweken van de aanvraag, binnen de reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel vallen.

---

31 Binnen de Europese Unie bestaan twee soorten asielbescherming, de klassieke vluchtelingenstatus en de status van subsidiaire bescherming. Een vluchteling is iemand die wegens gegronde vrees voor vervolging om redenen van ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging of het behoren tot een bepaalde sociale groep is gevlucht uit eigen land. De vluchteling wordt beschermd tegen vervolging op één van de genoemde specifieke gronden. Subsidiaire bescherming wordt geboden aan iemand die niet voor de vluchtelingenstatus in aanmerking komt, maar ten aanzien van wie er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat hij bij terugkeer een reëel risico van ernstige schade zal lopen, zoals bijvoorbeeld doodstraf, folteringen, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.

32 HvJ 22 november 2012, zaak C-277/11, (M.), punt 91; Conclusie A-G Mengozzi van 3 mei 2016 in de zaak C-560/14, (M.), punt 54.

33 Een voorbeeld daarvan uit het douanerecht is de verzamel-utb, zoals besproken in paragraaf 2.2.1; Zie ook: HR 20 november 2015, nr. 14/03271, *NTFR* 2015/3134, B*NB* 2016/34, uit r.o. 2.5.3 blijkt dat het de inspecteur is toegestaan op één aanslagbiljet meer dan één uitnodiging tot betaling te vermelden.

34 Hof Amsterdam 13 oktober 2016, 15/00782, V-*N* 2017/4.25.11. r.o. 5.5 e.v.: in deze uitspraak toets het hof per materieel bezwarend besluit of het kenbaarmakingsbeginsel is geschonden.

35 Wolkers en Mennes 2016, onder 'hoorrecht voor het nemen van ongunstige beschikking'.

Al eerder is besproken dat een besluit conform aanvraag de belanghebbende niet benadeelt, zodat op die voorgenomen besluiten het kenbaarmakingsbeginsel niet van toepassing is. Een belanghebbende kan een aanvraag indienen voor afgifte van een BTI-beschikking of een BOI-beschikking. De uiteindelijk afgegeven BTI- of BOI-beschikking kan ten nadele van de belanghebbende afwijken van zijn aanvraag. De aanvrager is vervolgens wel verplicht deze BTI- of BOI-beschikking voor de goederen te gebruiken. De afwijking van het voorgestane en gevraagde tarief of oorsprong kan de aanvrager benadelen. Het is de aanvrager die rechtstreeks en individueel is geraakt. Een BTI- of BOI-beschikking voldoet daarmee aan de ruime definitie van bezwarende besluiten waarop bij het voornemen tot het nemen van een dergelijk besluit dat ten nadele van belanghebbende afwijkt van de aanvraag het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is. Daar komt bij dat het DWU alleen een beperking van het kenbaarmakingsbeginsel behoeft te regelen voor BTI- en BOI-beschikkingen als dit beginsel op dergelijke beschikkingen van toepassing is.

5.3 Temporele reikwijdte

Zoals al uit de onderverdeling van de rechten van de verdediging blijkt (paragraaf 1.2), vangen niet alle rechten van de verdediging op hetzelfde moment aan. Waar bijvoorbeeld de onpartijdigheid en de onschuldpresumptie al vanaf het eerste moment van het onderzoeken van feiten van toepassing zijn, speelt bijvoorbeeld het recht op bijstand pas als de belanghebbende betrokken raakt bij het onderzoek (onderzoeksfase met betrokkenheid persoon). De temporele reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel onderzoek ik hierna.

5.3.1 Aanvangspunt

Het Hof van Justitie heeft veelvuldig geoordeeld dat het kenbaarmakingsbeginsel ziet op de fase *voordat* een bestuursorgaan een bezwarend besluit neemt. Uit de zaak *Sabou* blijkt dat op een bestuursorgaan nog geen verplichting rust een belanghebbende de gelegenheid te geven zijn standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken in de onderzoeksfase.[36] Van den Maagdenberg en Meijerman wijzen er mijns inziens terecht op dat in de onderzoeksfase nog vaak onvoldoende duidelijk is of het bestuursorgaan een bezwarend besluit zal nemen en als dat wel duidelijk is, hoe dit besluit precies zal luiden.[37] Het bestuursorgaan kan dan nog helemaal niet aan een belanghebbende meedelen wat de elementen zijn waarop het een besluit wil baseren. Het Gerecht heeft ten aanzien van het recht op (inzage in) de stukken eveneens duidelijk gemaakt dat dit recht niet zover gaat dat een bestuursorgaan een belanghebbende toegang moet geven tot de stukken tijdens de duur van een onderzoek.[38] Een dergelijk recht bestaat pas vanaf het moment dat bij een bestuursorgaan een concreet voornemen bestaat tot het nemen van een bezwarend besluit.[39]

De overgang van de onderzoeksfase naar de voornemenfase is niet altijd scherp te maken. In de tijd zou de toepassing van het kenbaarmakingsbeginsel op zijn vroegst een aanvang

36 HvJ 22 oktober 2013, zaak C-276/12, (Sabou), punt 46; zie ook: Richardson 2017, onder 3.3; Beumer 2016, onder 3.2.3.
37 Maagdenberg, van den en Meijerman 2018, onder 3.4.1.
38 GvEA 21 mei 2014, zaak T-447/11, (Catinis), punt 62.
39 Wolkers en Jeronimus 2018, onder 'De controlefase, de zienswijzefase én de aanslagfase'.

nemen vanaf het moment waarop een bestuursorgaan de eerste gedachten heeft tot het nemen van een bezwarend besluit. Uiterlijk is dit het moment waarop een bestuursorgaan het bezwarende besluit al bijna heeft genomen en het bestuursorgaan de belanghebbende alleen nog benadert voor (recente) informatie om vervolgens het bezwarende besluit definitief vast te stellen. De gedachte van ongelijkheidscompensatie pleit voor een kennisgeving aan de belanghebbende in een zo vroeg mogelijk stadium. Een belanghebbende kan dan al in dit vroege stadium vergissingen rechtzetten, feiten aandragen en persoonlijke omstandigheden aangeven. Hiervan kan nationaal bijvoorbeeld sprake zijn bij een boekenonderzoek waarbij het bestuursorgaan steeds contact houdt met de belanghebbende en de belanghebbende steeds op de hoogte houdt van de gevonden feiten en de daaruit (voorlopig) getrokken conclusies. Daar staat tegenover dat een bestuursorgaan omwille van de doeltreffendheid een belang kan hebben eerst een eigen onderzoek te verrichten. Voortijdige communicatie kan in sommige gevallen een onderzoek in gevaar brengen. Deze laatste visie brengt A-G Kokott in de conclusie in de zaak *FSL* duidelijk tot uitdrukking.[40] A-G Kokott geeft daarbij aan dat pas na afsluiting van het vooronderzoek de belanghebbende toegang tot het dossier krijgt en de gelegenheid krijgt een standpunt kenbaar te maken, om precies te zijn op het moment waarop het bestuursorgaan aan de belanghebbende de elementen waarop het bestuursorgaan een besluit wil baseren meedeelt. Als het bestuursorgaan de belanghebbende op een eerder moment zou inlichten, zou dit het onderzoek ernstig kunnen bemoeilijken en zou het gevaar bestaan dat de belanghebbende bewijzen verborgen houdt. De belanghebbende zal altijd belang hebben bij het vroeg worden betrokken bij een eventueel in beeld komend besluit. Een bestuursorgaan zal hier ook baat bij hebben als geen vermoeden bestaat dat de betrokkenheid van de belanghebbende een onderzoek negatief zal kunnen beïnvloeden.

5.3.2 Eindpunt

Het kenbaarmakingsbeginsel heeft ook een duidelijk eindpunt. Het kenbaarmakingsbeginsel is van toepassing tot en met het opleggen van het bezwarende besluit door het bestuursorgaan.[41] Zodra een geschil de eerste fase van beroep bereikt is het bestuursorgaan niet meer voornemens een besluit te nemen en is het kenbaarmakingsbeginsel niet meer van toepassing. Deze conclusie onderbouw ik hierna.

Allereerst bespreek ik de formuleringen van het Hof van Justitie en het begrip 'administratieve overheden'. Het Hof van Justitie overweegt in verschillende arresten ten aanzien van het kenbaarmakingsbeginsel *wie* voornemens moet zijn een bezwarend besluit te nemen of bezwarend te handelen. In het *Transocean Marine Paint Association*-arrest moet het gaan om overheidsbeslissingen.[42] In de zaak *Lisrestal* beslist het Hof van Justitie dat het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden.[43] In de zaak *Kamino* formuleert het Hof van Justitie dat het beginsel van toepassing is wanneer de administratie voornemens is een bezwarend

40 Conclusie A-G Kokott van 17 november 2016 in de zaak C-469/15 P, (FSL), punten 59 en 60.
41 Jans e.a. 2015, p. 239.
42 HvJ 23 oktober 1974, zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association), punt 15.
43 HvJ 24 oktober 1996, zaak C-32/95 P, (Lisrestal), punt 21.

besluit te nemen.[44] In de zaak *Ispas* overweegt het Hof van Justitie onder verwijzing naar de zaak *WebMindLicenses* dat krachtens het kenbaarmakingsbeginsel de adressaten, van besluiten die hun belangen aanmerkelijk raken, in staat worden gesteld hun standpunt over de elementen waarop de administratie haar besluit wil baseren naar behoren kenbaar te maken.[45] Ook in de zaak *Glencore* plaatst het Hof van Justitie het kenbaarmakingsbeginsel in de fase voordat een bezwarend besluit wordt genomen.[46] Deze jurisprudentie laat zien dat sprake moet zijn van een voornemen tot het opleggen van een besluit van de administratieve overheid. Daar komt nog bij dat het kenbaarmakingsbeginsel door het Hof van Justitie is erkend op basis van de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten, die allemaal (behalve Nederland en Italië) expliciet een recht kennen om een standpunt kenbaar te mogen maken voordat een besluit wordt genomen.[47] Hierbij is ook van belang dat bijvoorbeeld Engeland blijkens de conclusie in de zaak *Transocean Marine Paint Association* het *vooraf* horen als een natuurrecht beschouwt.[48] Het tijdstip is mijns inziens van essentieel belang. Deze zienswijze is in overeenstemming met de conclusie van A-G Warner in de zaak *Transocean Marine Paint Association* waarin de advocaat-generaal opmerkt dat Nederland en Italië een dergelijk beginsel niet kennen.[49] Op dat moment kende Nederland wel een hoorrecht in de bezwaarfase bij de belastingadministratie.[50] Als de bezwaarfase onderdeel was geweest van de kern van het kenbaarmakingsbeginsel dan had de advocaat-generaal kunnen benoemen dat Nederland een dergelijk beginsel wel kent. Ook Wolkers, Jeronimus en A-G Ettema delen deze visie.[51]

De preambule bij het DWU legt de kern van het kenbaarmakingsbeginsel ook in de voorfase.[52] In dit kader verwijs ik naar paragraaf 2.2.4 waarin is uitgelegd dat in het DWU na het opleggen van het besluit de fase van beroep intreedt welke moet bestaan uit minimaal twee fasen (de eerste fase kan daarbij een fase zijn van bezwaar bij het

44 HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 30.

45 HvJ 9 november 2017, zaak C-298/17, (Ispas), punt 26; HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 84.

46 HvJ 16 oktober 2019, zaak C-189/18, (Glencore), p. 41.

47 Conclusie A-G Warner van 19 september 1974, in de zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association).

48 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.

49 Conclusie A-G Warner van 19 september 1974, in de zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association).

50 MvA, zitting 1955/56, 3704, p. 2: "Omdat het hier bij de belastingrechtspraak praktisch gaat om uitspraken in tweede feitelijke aanleg, ligt het reeds daarom niet voor de hand de oplossing te zoeken in de richting van een opdracht aan speciale kamers van bepaalde rechtbanken!'

51 Wolkers en Jeronimus 2018, onder 'De controlefase, de zienswijzefase én de aanslagfase'; Conclusie A-G Ettema van 4 juni 2019, nrs. 18/01694, 18/01696 en 18/03982, ECLI:NL:PHR:2019:780, onder 7.11; Zie ook: Buijze 2014, p. 300.

52 Verordening 952/2013 van het Europees Parlement en van de Raad van 9 oktober 2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie onder (27): "Overeenkomstig het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dient eenieder niet alleen het recht te hebben om beroep in te stellen tegen een beschikking van de douaneautoriteiten, maar ook het recht te hebben om te worden gehoord voordat een voor hem ongunstige beschikking wordt getroffen. Inperkingen op dit recht kunnen echter gerechtvaardigd zijn, met name indien de aard of de omvang van het gevaar voor de veiligheid van de Unie en haar ingezetenen, de gezondheid van de mens, dieren of planten, het milieu of de consument daartoe noopt."

bestuursorgaan zelf). De preambule bij het DWU geeft aan dat overeenkomstig het Handvest eenieder niet alleen het recht dient te hebben op beroep maar *ook* het recht heeft een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren *voordat* een bestuursorgaan een voor hem ongunstige beschikking treft.[53] Het DWU beperkt het kenbaarmakingsbeginsel daarmee nadrukkelijk tot de fase van het voornemen en laat zien dat dit een ander recht is dan een doeltreffende voorziening in rechte.[54]

Een belanghebbende kan ervoor kiezen geen gebruik te maken van het recht zijn 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 neemt.[55] Dit betreft geen beperking van het kenbaarmakingsbeginsel, maar slechts de keuze die de belanghebbende heeft om al dan niet van zijn recht gebruik te maken. Als een belanghebbende *expliciet* aangeeft hiervan geen gebruik te willen maken, is zijn keuze duidelijk. Onder omstandigheden is het ook mogelijk dat een belanghebbende het kenbaarmakingsbeginsel *impliciet* prijsgeeft.[56] In de zaak *X* was de belanghebbende in een procedure betreffende een disciplinaire actie meerdere malen niet verschenen op een geplande hoorzitting (omdat zijn gezondheidstoestand het niet toeliet, vervolgens zijn raadsman verhinderd was en daarna, omdat de Commissie hem onjuist zou hebben ingelicht over de eigenlijke bedoeling van de hoorzitting). Na een vierde dagvaarding werd de zaak in afwezigheid van de belanghebbende voortgezet. Van een dergelijk impliciet afstand doen van het kenbaarmakingsbeginsel, mag een bestuursorgaan – zo laat de zaak *X* zien – niet snel uitgaan.

5.4 De inhoud van het kenbaarmakingsbeginsel

Het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel is een materieel beginsel van formeel recht.[57] Het begrip 'zich kunnen verdedigen' is een materieel begrip.[58] Vorenstaande geldt eveneens

53 Verordening (EU) 952/2013 van het Europese Parlement en van de Raad van 9 oktober 2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie, onder 27.

54 Zie ook conclusie van A-G Wathelet van 23 augustus 2013 in de zaak C-383/13 PPU (G. en R.), punt 46: "Ondanks het feit dat de algemene uitdrukking „rechten van de verdediging" de in de artikelen 41 en 47 van het Handvest verankerde rechten kan omvatten (doch niet noodzakelijkerwijs), meen ik dat de in die bepalingen verankerde rechten duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn en in verschillende contexten van toepassing zijn, te weten het eerste in de context van een administratieve precontentieuze fase en het tweede in de context van een gerechtelijke procedure. Hieruit volgt dat de betrokken rechten niet met elkaar kunnen worden vereenzelvigd, omdat dan het gevaar dreigt dat het recht van een particulier om te worden gehoord wordt „weggevaagd" wanneer het bestuursorgaan een voor hem bezwarende handeling wil vaststellen. 47 De wil van de Uniewetgever om de burgers gedurende de gehele procedure te beschermen, volgt duidelijk uit de plaats die de artikelen 41 en 47 in het Handvest hebben gekregen. Deze twee duidelijk gescheiden artikelen mogen geenszins worden vermengd, omdat anders de continuïteit van het stelsel van de door het Handvest gewaarborgde rechten van de verdediging dreigt te worden doorbroken."

55 GvEA 12 december 1991, zaak T-30/89, (Hilti), punten 36 tot en met 39; HvJ 7 juli 1977, zaak 43/74, (Guillot), punten 60 tot en met 62; zie ook Keulemans 2016A onder 2.2.1.

56 HvJ 7 mei 1969, zaak 12/68, (X), punten 10 tot en met 17.

57 Zie bijvoorbeeld conclusie A-G Lagrange van 26 maart 1963 in de zaak 32/62, (Alvis), p. 132.

58 Keulemans 2016A onder 2.1.

voor de aspecten van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, zoals het kenbaarmakingsbeginsel en de deelaspecten daarvan. De deelaspecten van het kenbaarmakingsbeginsel zijn geen doel op zich, maar staan ten dienste van de functie van het kenbaarmakingsbeginsel. A-G Ruiz-Jarabo Colomer geeft dit in de zaak *Aalborg Portland* duidelijk weer.[59] Hij overweegt dat het materiële begrip niet alleen ziet op de raadpleging van het dossier, maar ook op het recht een standpunt kenbaar te maken, het recht te worden geïnformeerd over de beschuldiging, het recht gebruik te maken van bewijsmiddelen die effectief zijn voor de verdediging en eventueel het recht op bijstand van een advocaat. Als een belanghebbende het kenbaarmakingsbeginsel inroept in een nationale procedure dient de nationale rechter niet te controleren of alles formeel in orde is, maar of de persoon zich materieel heeft kunnen verdedigen. Vanuit dit perspectief is het niet zozeer van belang of het kenbaarmakingsbeginsel is verankerd in het nationale recht, maar is het van belang dat een bestuursorgaan een belanghebbende feitelijk de gelegenheid geeft van dit recht gebruik te maken. Van dit recht mag een belanghebbende ook gebruikmaken als sprake is van een vermoeden van fraude, misbruik en bedrog en zelfs als fraude, misbruik of bedrog vaststaat.[60] Hierover heeft discussie bestaan, omdat het Hof van Justitie in diverse omzetbelastingzaken betreffende misbruik, fraude of bedrog heeft overwogen dat justitiabelen in dat geval geen beroep op het Unierecht kunnen doen.[61] Zoals Van Slooten terecht naar voren brengt, ziet de overweging van het Hof van Justitie – dat in het geval van misbruik, fraude of bedrog de belanghebbende geen beroep kan doen op beginselen van Unierecht – op beginselen van materieel recht en niet op beginselen met een procedureel karakter, zoals het kenbaarmakingsbeginsel.[62] Het besef dat sprake is van een materieel beginsel van formeel recht, speelt een rol bij het bepalen wanneer aan de verschillende deelaspecten van het kenbaarmakingsbeginsel wordt voldaan.

5.4.1 Het recht op informatie

Het eerste deelaspect van het kenbaarmakingsbeginsel houdt in dat de belanghebbende recht heeft op informatie over de wezenlijke feiten waarop de bezwaren berusten (ook genoemd: de punten van bezwaar).[63] Met kennis hiervan kan een belanghebbende beslissen of hij baat zou kunnen hebben bij het voorleggen van het bezwarende besluit aan de bevoegde rechter.[64] De mededeling over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren, dient de voornaamste in aanmerking genomen elementen te

59 Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 11 februari 2003 in de zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, (Aalborg Portland), punt 28.

60 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses).

61 HvJ 3 maart 2005, zaak C-32/03, (Fini H), punt 32; Zie ook: HvJ 21 februari 2006, zaak C-255/02, (Halifax), punt 68; HvJ 16 oktober 2019, zaak C-189/18, (Glencore).

62 Slooten, van, 2014; Hof 's-Gravenhage 27 juni 2014, nrs. BK-11-00118, 11-00119 en BK-11-00135, V-*N Vandaag* 2014/1515 en HR 10 juli 2015, nr. 14/04046, *NTFR* 2015/2115, r.o. 2.4.2: Alhoewel het Hof 's-Gravenhage op 27 juni 2014 oordeelde dat de belanghebbende bij fraude geen beroep kon doen op het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel, maakte de Hoge Raad met een juiste toepassing van het Unierecht hier korte metten mee. Zie ook: HR 13 november 2015, nr. 14/05685, *NTFR* 2015/3014, B*NB* 2016/43, punt 2.2.3.

63 Zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.2.

64 HvJ 4 juni 2013, zaak C-300/11, (ZZ), punt 53; HvJ 15 oktober 1987, zaak 222/86, (Unectef), punt 15; HvJ 12 februari 1992, zaken C-48/90 en C-66/90, (Nederland en PTT Nederland/Commissie), punt 45.

bevatten, de kwalificatie daarvan door het bestuursorgaan en de bewijsmiddelen waarop die zijn gebaseerd.[65] Daarvan is ook sprake indien, desnoods beknopt maar duidelijk, de belangrijkste feiten zijn vermeld waarop het bestuursorgaan het besluit heeft gebaseerd.[66] Op dat moment behoeft het bestuursorgaan niet het gehele dossier te overleggen.[67] Bij een boete dient het bestuursorgaan expliciet te vermelden op grond van welke wettelijke bepaling het bestuursorgaan voornemens is een boete op te leggen. Hierbij dient het bestuursorgaan zaken als de zwaarte en de duur van de inbreuk en de omstandigheid dat deze opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan te vermelden.[68] Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Musique Diffusion française* geoordeeld dat in de mededeling over de boete geen aanwijzingen mogen staan over de hoogte van de beoogde op te leggen geldboete. Het geven van een dergelijke aanwijzing in het stadium van de mededeling zou erop neerkomen dat het bestuursorgaan vooruitloopt op het te nemen bezwarende besluit.[69] Met het geven van de informatie over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren, moet het bestuursorgaan de belanghebbende duidelijk maken dat het bestuursorgaan overgaat van de onderzoeksfase naar de fase van het voornemen.[70] Het bestuursorgaan mag de gevraagde informatie mondeling verstrekken, maar heeft wel de bewijslast dat die informatie inderdaad aan de belanghebbende is verstrekt.[71]

Het recht op informatie houdt ook de verplichting in het bezwarende besluit te motiveren.[72] Het motiveren van een bezwarend besluit is van extra belang als het recht op informatie in de voorfase is beperkt.[73] Dan is de motivering van het bezwarende besluit immers het eerste moment waarop de belanghebbende de informatie over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren ontvangt. Als het kenbaarmakingsbeginsel in de voorfase niet is beperkt, heeft de belanghebbende in het voornemen al kennis genomen van de elementen waarop het bestuursorgaan het bezwarende besluit wil baseren en kan de motivering van het bezwarende besluit afhankelijk van de door de belanghebbende ingebrachte verdediging deels of geheel verwijzen naar het voornemen. De motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en aan de context waarin zij is vastgesteld. Het kenbaarmakingsbeginsel eist dat een bestuursorgaan met de nodige aandacht kennisneemt van de opmerkingen van de belanghebbende.[74] Dat kan in de

65 Zie bijvoorbeeld: HvJ 3 september 2009, zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, (Papierfabrik August Koehler), punt 36; HvJ 15 juli 1970, zaak 41/69, (Chemiefarma), punt. 26; HvJ 3 juli 1991, zaak 62/86, (AKZO), punt 29.

66 Keulemans 2016A onder 2.2.2.

67 HvJ 13 juli 1966, zaken 56/64 en 58/64, (Consten en Grundig), p. 510 en 511.

68 GvEA 27 maart 2014, zaak T-56/09, (Saint-Gobain Glass France), punt 118; HvJ 24 september 2009, zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, (Erste Group Bank), punt 181; zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.2.

69 HvJ 7 juni 1983, zaak 100/80, (Musique Diffusion française), punt 21; zie ook: HvJ 28 juni 2005, zaak C-189/02 P, (Dansk Rørindustri), punt 434; HvJ 9 november 1983, zaak 322/81, (Michelin), punt 19; zie ook Keulemans 2016A onder 2.2.2.

70 Waard, de, 1987, onder 7.2.1.1, p. 248.

71 Trimidas 2007, p. 387; HvJ 27 juni 1991, zaak C-49/88, (Al-Jubail Fertilizer Company), punt 20.

72 HvJ 15 november 2012, zaak C-417/11 P, (Raad/Bamba), punt 49.

73 HvJ 28 juni 2005, zaak C-189/02 P, (Dansk Rørindustri), punt 462; HvJ 29 september 2011, zaak C-521/09 P, (Elf Aquitaine), punt 148.

74 HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punt 50; HvJ 21 november 1991, zaak C-269/90, (Technische Universität München), punt 14.

motivering tot uitdrukking komen. Een bezwarend besluit is voldoende gemotiveerd, wanneer het besluit zo tot stand is gekomen dat de belanghebbende de strekking van de maatregel kan begrijpen.[75] Hier komt duidelijk tot uitdrukking dat sprake is van een materieel beginsel.

5.4.2 Het recht op (inzage in) de stukken

Het tweede deelaspect van het kenbaarmakingsbeginsel is het recht op (inzage in) de stukken.[76] Net als bij het recht op informatie geldt ook voor dit deelaspect, dat het ten dienste staat van het kenbaarmakingsbeginsel.[77] Het recht een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken, stelt niets voor als de belanghebbende geen toegang heeft tot de informatie waarover het bestuursorgaan beschikt. Het Hof van Justitie heeft al in 1984 in de zaak *VBVB* overwogen dat het bestuursorgaan de belanghebbende de documenten dient te verschaffen, die noodzakelijk zijn voor een effectieve verdediging.[78] Hierbij is het bestuursorgaan, aldus het Hof van Justitie, niet verplicht het hele dossier aan de belanghebbende te doen toekomen. Het moet de stukken betreffen die het bestuursorgaan heeft gebruikt.[79] In latere arresten heeft het Hof van Justitie echter overwogen dat het recht op (inzage in) de stukken impliceert dat de autoriteit de belanghebbende de mogelijkheid moet geven alle stukken van het dossier te onderzoeken die voor de verdediging relevant kunnen zijn.[80] Dit kunnen ook stukken zijn uit een strafprocedure van een derde die het bestuursorgaan ten aanzien van de belanghebbende gebruikt.[81] Het recht op (inzage in) de stukken ziet niet alleen op de stukken waarop de belastingdienst het besluit wil baseren, maar ook op ontlastende stukken.[82] Dit recht gaat niet zover dat niet-relevante stukken hieronder vallen.[83] De toegang tot informatie dient vooraf te gaan aan de mogelijkheid een standpunt kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren en vooraf te gaan aan het nemen van het bezwarende besluit.[84] Indien een belanghebbende eerst tijdens de gerechtelijke procedure toegang krijgt tot de stukken wordt het recht op (inzage in) de stukken beperkt. Een dergelijke verlate kennisneming van de stukken brengt een belanghebbende niet terug in de positie waarin de belanghebbende zou zijn geweest, wanneer de belanghebbende zich vóór de indiening van de schriftelijke

75 HvJ 15 november 2012, zaak C-417/11 P, (Raad/Bamba), punten 53 en 54; HvJ 22 november 2012, zaak C-277/11, (M.), punt 88.

76 HvJ 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, (Aalborg Portland), punt 68; HvJ 2 oktober 2003, zaak C-199/99 P, (Corus UK), punten 125 tot en met 128; HvJ 13 februari 1979, zaak 85/76, (Hoffmann-La Roche), punten 9 tot en met 11; Groussot 2006, onder 5.1.2; zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.3.

77 GvEA 19 februari 1998, zaak T-42/96, (Eyckeler & Malt), punten 79 tot en met 80.

78 Zie ook: Keulemans 2016a onder 2.2.3.

79 HvJ 17 januari 1984, zaken 43/82 en 63/82, (VBVB en VBBB), punt 25.

80 HvJ 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, (Aalborg Portland), punt 68; HvJ 2 oktober 2003, zaak C-199/99 P, (Corus UK), punten 125 tot en met 128; HvJ 21 november 1991, zaak C-269/90, (Technische Universität München), punt 25.

81 HvJ 16 oktober 2019, zaak C-189/18, (Glencore), p. 53 en 54.

82 HvJ 13 september 2018, zaak C-358/16, (UBS Europe), punt 66; HvJ 7 januari 2004, zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, (Aalborg Portland), punt 68; HvJ 25 oktober 2011, zaak C-110/10 P, (Solvay), punt 49.

83 HvJ 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, (Aalborg Portland), punt 126.

84 HvJ 25 oktober 2011, zaak C-110/10 P, (Solvay), punt 51; HvJ 15 oktober 2002, zaak C-238/99 P, (Limburgse Vinyl Maatschappij), punt 318.

en mondelinge opmerkingen op die stukken had kunnen baseren.[85] Het recht op (inzage in) de stukken omvat zowel het recht op de belastende als de ontlastende stukken.[86] Dit recht houdt daarmee echter niet in dat een bestuursorgaan actief moet zorgen voor inzage in de stukken waarover het bestuursorgaan zelf niet beschikt.[87] Als alle procesdeelnemers over dezelfde stukken beschikken, is schending van het recht op (inzage in) de stukken niet aan de orde.[88] Het Hof van Justitie oordeelt in de zaak *Ispas* dat een bestuursorgaan de relevante documenten of informatie niet ambtshalve behoeft te verstrekken. Het nationale procedurele kader moet de belanghebbende wel in staat stellen desgewenst, dat wil zeggen *op verzoek*, toegang te verkrijgen tot de relevante informatie.[89] Het recht op toegang tot documenten hangt daarbij niet af van de aard van het bijzondere belang dat degene die toegang verzoekt al dan niet zou kunnen hebben bij verkrijging van de vereiste informatie.[90]

Documenten in een andere taal

Documenten kunnen zijn opgesteld in een andere taal. De vraag is of een bestuursorgaan de stukken voor de belanghebbende moet vertalen naar de procestaal of een andere voor belanghebbende begrijpelijke taal. Het vraagstuk van de stukken in een andere taal speelt niet alleen wanneer één van de organen, instellingen of instanties van de Unie voornemens is een bezwarend besluit te nemen, maar speelt ook een steeds grotere rol wanneer de bestuursorganen van de lidstaten voornemens zijn een bezwarend besluit te nemen. Gelet op het vrij verkeer van personen binnen de Unie, en gelet op de mogelijkheid van internationale informatie-uitwisseling in bijvoorbeeld fiscale zaken is mijn verwachting dat de aanwezigheid van documenten in een vreemde taal in de toekomst zal toenemen.

Uit het rapport van de Commissie over de toepassing van de grondrechten van het Handvest van 2010 blijkt dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in het bijzonder garandeert dat een verdachte de strafzaak tegen hem begrijpt.[91] Als de verdachte de taal van de strafprocedure niet spreekt, heeft hij recht op tolk- en vertaaldiensten.[92] Voor strafzaken is in richtlijn 2010/64/EU van 20 oktober 2010 neergelegd dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat een verdachte die de taal van de strafprocedure niet verstaat, binnen een redelijke termijn een schriftelijke vertaling ontvangt van alle processtukken die essentieel zijn. Op deze wijze dient het recht van verdediging te worden gewaarborgd alsmede een eerlijk verloop van de procedure. Nu fiscale vergrijpboeten een strafrechtelijk karakter hebben, zijn de hiervoor genoemde waarborgen mijns inziens ook op fiscale vergrijpboeten van toepassing. Uit het rapport van de Commissie en uit richtlijn 2010/64/EU is echter niet

85 HvJ 25 oktober 2011, zaak C-110/10 P, (Solvay), punt 51; HvJ 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, (Aalborg Portland), punt 103; zie ook Keulemans 2016A onder 2.2.3.
86 GvEA 29 juni 1995, zaak T-30/91, (Solvay); HvJ 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, (Aalborg Portland), punt 68.
87 HvJ 2 oktober 2014, zaak C-127/13 P, (Strack), punt 38.
88 HvJ 23 oktober 2014, zaak C-437/13, (Unitrading), Zie ook: Houdijker, den, en Schuurmans 2015, onder 3.2.
89 HvJ 9 november 2017, zaak C-298/16, (Ispas), punt 39; conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (Ispas), punt 122; HvJ 4 juni 2020, zaak C-430/19, (SC C.F.), punt 31.
90 GvEA 21 mei 2014, zaak T-447/11, (Catinis), punt 61.
91 Zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.3.
92 2010 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights of the European Commission, p. 79.

af te leiden dat deze rechten op een tolk en vertaling van de stukken zich uitstrekken tot stukken die zien op (voorgenomen) bezwarende besluiten zonder strafkarakter. Vanuit de waarborgfunctie van het kenbaarmakingsbeginsel bezien, ligt het wel voor de hand dat een belanghebbende op zijn minst voldoende tijd moet krijgen deze stukken zelf te laten vertalen en het recht heeft een tolk mee te nemen tijdens een procedure. Ik denk dat als duidelijk is dat een belanghebbende deze diensten zelf niet kan betalen, het aan de staat is. Anders zouden de stukken in een andere taal tot gevolg hebben dat feitelijk geen sprake kan zijn van een adequate verdediging en het naar behoren en effectief kenbaar maken van een standpunt. Wel kan worden opgemerkt dat met moderne middelen als scanners en gratis vertaalprogramma's het de vraag is wanneer aannemelijk is dat zonder vertaling de belanghebbende daadwerkelijk in zijn belang wordt geschaad. Daar staat tegenover dat als het omvangrijke stukken betreft en er sprake is van technische of juridische taal een simpel online vertaalprogramma vaak geen oplossing biedt. De beoordeling zal afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval.

Geheimhouding van stukken

Geheimhouding van stukken kent in het Unierecht twee verschijningsvormen.[93] Enerzijds bestaat een recht op geheimhouding van stukken als een afzonderlijk onderdeel van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en anderzijds bestaat geheimhouding van stukken als beperking van het kenbaarmakingsbeginsel.[94]

Het recht op geheimhouding van stukken als afzonderlijk onderdeel van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel kent als uitgangspunt dat de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie verplicht zijn toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende documenten die in de loop van het onderzoek zijn verzameld, *met uitzondering* van de documenten die vertrouwelijke informatie, beroeps- en zakengeheim bevatten. Hieronder vallen naast de documenten die zakengeheimen bevatten ook interne documenten van de Commissie, informatie opgesteld door derden en informatie die is meegedeeld aan de Commissie onder de voorwaarde dat de Commissie de vertrouwelijkheid in acht neemt. Als sprake is van één van deze documenten dan heeft de belanghebbende, een onderneming of de Commissie zelf, recht op geheimhouding van stukken. Uit het *Akzo Chemie*-arrest blijkt dat het Hof van Justitie de vraag – of bepaalde stukken in een procedure bij de Commissie geheim kunnen blijven – plaatst in het kader van verschillende artikelen van het Gemeenschapsrecht.[95] Zo verwijst het Hof van Justitie naar artikel 214 van het EEG-Verdrag, waarin is neergelegd dat ambtenaren en personeelsleden van de instellingen van de Gemeenschap gehouden zijn de inlichtingen waarover zij beschikken en die onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken. Daarnaast verwijst het Hof van Justitie naar artikel 20 van verordening nr. 17. Dit artikel ziet op de waarborging dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst en is door het Hof van Justitie toegepast in de *Akzo Chemie*-zaak. Het Hof van Justitie bepaalt vervolgens dat de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, alsmede hun personeelsleden en functionarissen verplicht zijn de inlichtingen, welke zij bij de toepassing van deze

93 Zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.3.1.
94 Zie bijvoorbeeld: Gerrits-Janssens 2007, p. 195/196; Widdershoven e.a. 2007, p. 80.
95 HvJ 24 juni 1986, zaak 53/85, (Akzo Chemie), punten 24 tot en met 29.

verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken. Het *Akzo Chemie*-arrest staat in het teken van specifieke Europese regelgeving waarin geheimhouding is geregeld. Dit recht op geheimhouding van stukken is geen aspect van het kenbaarmakingsbeginsel.[96] Het kenbaarmakingsbeginsel is een recht van de belanghebbende op (inzage in) de stukken. Als geheimhouding van stukken daarvan een element zou zijn, dan kan alleen de belanghebbende hierop een beroep doen en niet het bestuursorgaan. Echter, zowel de belanghebbende, de organen, instellingen en instanties van de Europese Unie, lidstaten als derden kunnen, onder omstandigheden, een beroep op geheimhouding van stukken doen. Dit recht op geheimhouding van stukken valt buiten de omvang van het onderzoek.

Geheimhouding als beperking van het kenbaarmakingsbeginsel valt wel binnen de omvang van dit onderzoek.[97] Zowel het Gerecht als het Hof van Justitie halen in verscheidene zaken het kenbaarmakingsbeginsel aan met betrekking tot het niet of te laat verstrekken van stukken.[98] Zij plaatsen het verlaat kennisnemen van bepaalde stukken van het dossier in het kader van de vraag of dit een gerechtvaardigde beperking oplevert van het kenbaarmakingsbeginsel. In de zaak *Ispas* ziet het Hof van Justitie het beperken van het recht op (inzage in) de stukken als een beperking van het kenbaarmakingsbeginsel.[99] Een bestuursorgaan kan onder omstandigheden het recht van de belanghebbende op (inzage in) de stukken gerechtvaardigd beperken. Een van de redenen kan zijn dat bijvoorbeeld een derde recht heeft op geheimhouding van zijn stukken. Dan concurreren het recht op geheimhouding van stukken van een derde en het recht op (inzage in) de stukken van de belanghebbende met elkaar.[100] Het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel komt in hoofdstuk 6 aan bod.

5.4.3 Het recht op voldoende tijd ter voorbereiding van de verdediging

Het derde deelaspect van het kenbaarmakingsbeginsel is het recht op voldoende tijd ter voorbereiding van de verdediging.[101] Dit recht vereist dat bestuursorganen de adressaten van voorgenomen bezwarende besluiten in staat stellen naar behoren en effectief een standpunt kenbaar te maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit

96 Zie in dit kader ook: HvJ 16 oktober 2019, zaak C-189/18, (Glencore), punt 55 e.v.

97 Zie bijvoorbeeld: HvJ 4 juni 2020, zaak C-430/19, (SC C.F.), punt 31; zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.3.1.

98 HvJ 1 juli 2010, zaak C-407/08 P, (Knauf Gips), punt 12 e.v.; HvJ 26 september 2013, zaak C-418/11, (Texdata Software), punt 84 e.v.; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 42 e.v.

99 HvJ 9 november 2017, zaak C-298/16, (Ispas).

100 Zie ook: artikel 41, eerste en tweede lid, aanhef en onder b, van het Handvest:
"1. Eenieder heeft er het recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.
2. Dit recht behelst met name:
(…)
b) het recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim."

101 HvJ 23 oktober 1974, zaak 17/74, (Transocean Marine Paint Association), punt 15; zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.4.

wil baseren. Deze adressaten dienen daartoe over een toereikende termijn te beschikken.[102] Of de termijn voldoende is, is afhankelijk van het belang van de te nemen besluiten voor de belanghebbende, de complexiteit van de zaak (procedure en wetgeving), het aantal personen dat het besluit kan raken, de overige in aanmerking te nemen publieke of particuliere belangen, de omvang van het dossier en de positie van de belanghebbende en diens kennis van de bevindingen van het bestuursorgaan.[103] De wettelijke termijn – voor zover die er is – is daarbij niet doorslaggevend. De termijn moet voldoende zijn om het de belanghebbende *materieel* mogelijk te maken zijn standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken.[104] Hierbij geldt wel dat als het nationale recht deze termijn regelt, de termijn niet korter mag zijn dan de termijnen waarover (rechts)personen in vergelijkbare nationaalrechtelijke situaties beschikken. Bovendien mag de termijn de uitoefening van de door het Gemeenschapsrecht verleende rechten van de verdediging in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Dit betekent dat moet worden voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel (paragraaf 7.1).[105]

Verschillende arresten geven aanwijzingen over de lengte van de termijn. De zaak *Almini* betrof een ambtenaar die met het besluit werd ontheven uit zijn functie.[106] Hij ontving een brief waarin een termijn van vier dagen werd gegeven voor het indienen van eventuele opmerkingen over het voorgenomen besluit. Deze termijn vond het Hof van Justitie te kort, omdat de betrokkene op die manier niet in staat was zich uit te spreken over de factoren die kennelijk de grondslag waren van de beslissing. Een telefonische oproep op de dag zelf was in de zaak *Misset* ook niet voldoende.[107] In *Sopropé* werd een termijn van acht tot vijftien dagen wel als voldoende gezien.[108] Ook Europese verordeningen geven aanwijzingen over de termijnen en noemen bijvoorbeeld termijnen van twee weken, verlengbaar tot maximaal twee maanden.[109] Als de betrokkene twee maanden de tijd heeft gehad zijn opmerkingen in te dienen met betrekking tot de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren, dan zullen de rechten van de verdediging in het algemeen niet zijn geschonden.[110] Gelet op het vorenstaande zullen termijnen van enkele weken en langer in beginsel voldoende zijn. Voor zeer omvangrijke dossiers met wellicht ook nog veel stukken in een andere taal is het denkbaar dat termijnen tot twee maanden onvoldoende zijn. Ook Van den Maagdenberg en Meijerman wijzen erop dat een redelijke termijn afhankelijk is van de juridische en feitelijke context van een zaak.[111]

---

102 HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 33; Zie ook: HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punt 37; HvJ 24 oktober 1996, zaak C-32/95 P, (Lisrestal), punt 21; HvJ 21 september 2000, zaak C-462/98 P, (Mediocurso), punt 36; Brink, van den, e.a., 2017, p. 236.

103 HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punten 42 tot en met 48; Zie ook Jans e.a. 2017, onder 6.2.3.

104 HvJ 14 mei 2009, zaak C-161/08, (Jan de Lely), punt 71.

105 HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punt 38.

106 HvJ 30 juni 1971, zaak 19/70, (Almini), punten 13 en 14; zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.4.

107 HvJ 19 april 1988, zaak 319/85, (Misset), punt 8.

108 HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), punt 39 e.v.

109 Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (artikel 11) gaat bijvoorbeeld uit van minimaal twee weken met de mogelijkheid tot verlenging.

110 HvJ 14 februari 1978, zaak 27/76, (United Brands), punten 272 en 273.

111 Maagdenberg, van den en Meijerman 2018, onder 2.2.2.1.

5.4.4 Het recht een standpunt kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren

Om een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te kunnen maken, heeft de belanghebbende allereerst recht op informatie, op verzoek recht op (inzage in) de stukken en vervolgens recht op tijd ter voorbereiding van de verdediging. Daarna kan de belanghebbende zijn standpunt kenbaar maken (vierde deelaspect van het kenbaarmakingsbeginsel).[112] Als aan alle vier de deelaspecten is voldaan, heeft het kenbaar maken naar behoren en effectief plaatsgevonden. Het recht een standpunt kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren gaat daarbij niet zover dat een bestuursorgaan een belanghebbende moet uitnodigen over een bepaald onderwerp opmerkingen te maken. De belanghebbende heeft in beginsel geen recht op een openbaar mondeling debat en een standpunt kenbaar maken kan zowel openbaar als besloten plaatsvinden.[113] Alleen indien een belanghebbende zich zonder een mondeling debat niet kan verdedigen, vereist het kenbaarmakingsbeginsel dat het recht het standpunt kenbaar te maken mondeling gebeurt. Hiervan kan sprake zijn als een belanghebbende zich alleen mondeling goed kan uitdrukken.[114] A-G Mengozzi overweegt dat een hoorzitting het meest volledig uitdrukking geeft aan het kenbaarmakingsbeginsel en daarom geen uitzondering zou moeten zijn.[115] Het kenbaarmakingsbeginsel is niet bedoeld om een administratieve procedure nodeloos te heropenen of om te eisen gehoord te worden als dat niets zou toevoegen.[116]

Als het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan een voorgenomen besluit wijzigt na het moment waarop de belanghebbende zijn standpunt naar behoren en effectief kenbaar heeft gemaakt, dan dient het bestuursorgaan de belanghebbende opnieuw de gelegenheid te geven zijn standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken. Niet bij ieder nieuw stuk of wijziging moet een bestuursorgaan de belanghebbende opnieuw uitnodigen. Het wijzigen van de motivering van een besluit naar aanleiding van de inbreng van de belanghebbende leidt niet ertoe dat een bestuursorgaan de belanghebbende opnieuw een gelegenheid moet geven het standpunt kenbaar te maken.[117] Slechts indien een bestuursorgaan nieuwe feiten ten laste legt aan de belanghebbende of de bewijselementen van het

112 Zie ook: Keulemans 2016A onder 2.2.1.

113 GvEA 17 januari 2013, zaken T-346/11 en T-347/11, (Bruno Gollnisch), punt 178; Zie ook: Wolkers en Jeronimus 2018, onder 'De controlefase, de zienswijzefase én de aanslagfase': Wolkers en Jeronimus bepleiten een keuze voor een schriftelijke of mondelinge reactie. Hoge Raad heeft dit ook zo toegepast: HR 22 maart 2019, nr. 18/01157, r.o. 2.1, V-*N* 2019/16.26; GvEA 6 september 2013, zaak T-35/10, (Bank Melli Iran), punt 105; zie ook: Gerrits-Janssens 1998 p. 190; R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé), *AB* 2009/29, onder 1; A.J.H. van Suilen, annotatie bij HR 22 maart 2019, nr. 18/01157, B*NB* 2019/92, onder 7; Keulemans 2016A onder 2.2.1.

114 HvJ 9 februari 2017, zaak C-560/14, (M), punten 47-51; Breuer 2019: Breuer merkt op dat geen recht bestaat op een hoorgesprek op grond van het unierecht; Mezouar en Gomes Vale Viga 2021, onder 3.2.3: Zij merken op dat de conclusie van Breuer dat geen recht bestaat op een hoorgesprek te kort door de bocht is..

115 Conclusie A-G Mengozzi van 3 mei 2016 in de zaak C-560/14, (M.), punt 58; Conclusie A-G Bot van 26 april 2012 in de zaak C-277/11, (M), punt 83.

116 HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega), punten 69 tot en met 71; HvJ 14 februari 1990, zaak C-301/87, (Frankrijk/Commissie), punt 31; zie ook Conclusie A-G Wattel van 28 februari 2020, nr. 19/02693, ECLI:NL:PHR:2020:184, onder 1.8 en 5.9.

117 GvEA 14 april 2011, zaak T-461/07, (Visa Europe), punten 61 en 62.

bezwarende besluit aanmerkelijk wijzigt, moet de belanghebbende opnieuw de gelegenheid krijgen zijn standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken.[118] Dit betekent, dat als een bezwarend besluit ten aanzien waarvan de belanghebbende zijn standpunt al naar behoren en effectief kenbaar heeft kunnen maken, wordt vernietigd vanwege een procedurefout, die enkel betrekking had op de wijze waarop het bezwarende besluit was vastgesteld, het bestuursorgaan het nieuwe bezwarende besluit met in wezen dezelfde inhoud en gebaseerd op dezelfde bezwaren mag nemen zonder dat het bestuursorgaan de belanghebbende opnieuw de gelegenheid behoeft te geven zijn standpunt naar behoren en effectief kenbaar te maken.[119]

5.5 De codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel

In de vorige paragrafen is de materiële reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel onderzocht. Hierna zal worden onderzocht op welke wijze het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel in het Handvest is gecodificeerd en het kenbaarmakingsbeginsel in het DWU. Ten aanzien van de codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel zal worden onderzocht in hoeverre die codificatie ook de codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in zich heeft en in hoeverre belanghebbenden in een nationale procedure daarop een beroep kunnen doen. Ook zal worden onderzocht of de codificatie van invloed is op het beschermingsniveau dat het kenbaarmakingsbeginsel biedt en of dat van invloed kan zijn op het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel.

5.5.1 De codificatie in het Handvest

Sinds 1 december 2009 is het Handvest van kracht. Het Handvest betreft primair Unierecht. In het Handvest zijn alle politieke, economische en sociale grondrechten opgenomen die de Unie aan de (natuurlijke en rechts-) personen van de Europese Unie garandeert. De in het Handvest opgenomen grondrechten vloeien voort uit constitutionele tradities en de internationale verplichtingen die de lidstaten gemeen hebben (waaronder het EVRM en door de Unie en de Raad van Europa opgestelde sociale handvesten).[120] Het Handvest heeft als doel de grondrechtenbescherming te versterken door relevante rechten beter zichtbaar te maken.[121] Het in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde Unierechtelijke verdedigingsbeginsel is op drie plaatsen in het Handvest op verschillende wijze gecodificeerd. Het betreft de artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest. Als het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, kan een belanghebbende rechtstreeks een beroep doen op de grondrechten van het Handvest.

118 HvJ 14 juli 1972, zaak 51/69, (Bayer), punten 10 en 11.
119 HvJ 15 oktober 2002, zaak C-238/99 P, (Limburgse Vinyl Maatschappij), punten 83 tot en met 111.
120 Zie preambule van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie; zie ook: Keulemans 2016A onder 3.1.
121 Zie vierde zin van de preambule van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

5.5.1.a Artikel 41 van het Handvest

In artikel 41 van het Handvest is, zo blijkt uit de titel van het artikel, het recht op behoorlijk bestuur geregeld. Het artikel is opgenomen in het hoofdstuk over burgerschap van het Handvest en het eerste en tweede lid van artikel 41 van het Handvest luiden als volgt:

> *"1. Eenieder heeft er het recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.*
> *2. Dit recht behelst met name:*
> *a) het recht van eenieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen;*
> *b) het recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim;*
> *c) de plicht van de betrokken diensten, hun beslissingen met redenen te omkleden."*

Blijkens de toelichting bij artikel 41 van het Handvest is dit artikel gebaseerd op het bestaan van de Unie als een rechtsgemeenschap waarvan de kenmerken zijn ontwikkeld in de jurisprudentie. In deze jurisprudentie is behoorlijk bestuur erkend als algemeen rechtsbeginsel.[122] Het tweede lid van dit artikel verwoordt het kenbaarmakingsbeginsel expliciet. De aanhef van het eerste lid verwijst naar de instellingen, organen en instanties van de Unie, zodat het de vraag is of een belanghebbende dit artikel in een nationale procedure kan inroepen.[123]

In een aantal arresten heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat artikel 41 van het Handvest de lidstaten bindt wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen (zie bijvoorbeeld de zaken *M. en Kamino*).[124] In de zaak *M.* besliste het Hof dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen beginsel van Unierecht vormt en dat meer in het bijzonder het recht in elke procedure te worden gehoord, integraal deel uitmaakt van genoemd grondrecht en dat dit recht thans niet alleen is neergelegd in de artikelen 47 en 48 van het Handvest, maar ook in artikel 41 ervan.[125] Deze overweging vindt bevestiging in het arrest van het Hof van Justitie inzake *Kamino*, waarin het Hof van Justitie op gelijke wijze oordeelt.[126] Daarmee lijkt artikel 41 van het Handvest ook de lidstaten te binden. Hetzelfde Hof van Justitie heeft echter in een aantal andere zaken geoordeeld dat artikel 41 van het Handvest niet van toepassing is op geschillen aangaande de lidstaten (*Mukarubega, YS, Cicala, Boudjlida en WebMindLicenses*).[127] Het Hof van Justitie heeft in die zaken overwogen

122 HvJ van 31 maart 1992, zaak C-255/90 P, (Burban), punt 7; GvEA 9 juli 1999, zaak T-231/97, (New Europe Consulting), punt 41; zie ook: Keulemans 2016A onder 3.2 en 4.

123 Peers e.a. 2014, p. 1070: Peers e.a. signaleren dat artikel 41 van het Handvest alleen gericht is aan organen, instellingen en instanties van de Unie, maar dat er arresten van het Hof van Justitie zijn waarbij lidstaten worden gebonden aan artikel 41 van het Handvest.

124 HvJ 22 november 2012, zaak C-277/11, (M.), punt 82; HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 29.

125 HvJ 22 november 2012, zaak C-277/11, (M.), punt 82.

126 HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino), punt 29.

127 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 83; HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega), punt 44; HvJ 17 juli 2014, zaken C-141/12 en C-372/12, (YS), punt 67 e.v.; HvJ 21 december 2011, zaak C-482/10, (Cicala), punt 28; Conclusie A-G Wathelet van 16 september 2015 in de zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 137.

dat uit de bewoordingen van artikel 41 van het Handvest volgt dat dit artikel niet is gericht tot de lidstaten, maar uitsluitend tot de instellingen, organen en instanties van de Unie.

Het van toepassing verklaren van artikel 41 van het Handvest op bestuursorganen van de lidstaten lijkt, gelet op de tekst van dit artikel, niet aan de orde.[128] Hoe komt het dan dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt tegenstrijdig is? De conclusie van A-G Mengozzi in de zaak *Benallal* schept meer duidelijkheid.[129] De redenering waarom artikel 41 van het Handvest de lidstaten wel zou binden, is als volgt. Volgens artikel 51, eerste lid, van het Handvest zijn de lidstaten verplicht de bepalingen van het Handvest toe te passen wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Daaronder valt ook het in artikel 41 van het Handvest neergelegde kenbaarmakingsbeginsel. Vervolgens betoogt de advocaat-generaal dat een letterlijke, tekstuele uitleg van artikel 41 van het Handvest zou neerkomen op een erkenning dat het in artikel 41 van het Handvest bedoelde recht te worden gehoord een uitzondering vormt op artikel 51 van het Handvest. A-G Wathelet had dit al in de conclusie in de zaak *Mukarubega* opgemerkt, maar dat volgde het Hof van Justitie in die zaak niet.[130]

De tegenstrijdige jurisprudentie van het Hof van Justitie geeft geen uitsluitsel over de vraag of artikel 41 van het Handvest de lidstaten bindt. Ik kom echter tot de conclusie dat artikel 41 van het Handvest de lidstaten niet bindt. De motivering van deze conclusie – aan de hand van de tekst van artikel 41 van het Handvest, de toelichting daarbij, de verslagen van de Commissie en de plaats van artikel 41 van het Handvest – is als volgt.

De tekst van artikel 41 van het Handvest

De tekst van artikel 41 van het Handvest is duidelijk.[131] Artikel 41 van het Handvest is alleen gericht op de relatie van eenieder tot de instellingen, organen en instanties van de Unie. Dit blijkt uit het eerste lid van dit artikel en uit de redactie van het derde en vierde lid. Tekstueel bestaat er geen twijfel over dat artikel 41 van het Handvest niet is gericht tot de lidstaten. Zoals A-G Bobek betoogt, moeten er dan wel uiterst sterke argumenten zijn om een dergelijke duidelijke en recente bron van primair recht via de rechtspraak te herschrijven.[132] Mij overtuigt in dat kader de link die A-G Mengozzi legt met artikel 51 van het Handvest niet. Artikel 51, eerste lid, van het Handvest regelt dat 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 Unierecht ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. De tekst van artikel 51 van het Handvest biedt de ruimte om artikel 41 van het Handvest zich te laten richten tot de lidstaten. Daar kan echter tegenin worden gebracht dat artikel 51 alleen in algemene bewoordingen aangeeft dat het Handvest tot de lidstaten kan zijn gericht. Daarmee wordt niet uitgesloten dat uitzonderingen daarop mogelijk zijn. Ook A-G Bobek ziet geen strijdigheid met artikel 51 van het Handvest, maar ziet artikel 41 van het Handvest als een lex specialis op de algemene definitie van het toepassingsgebied van het Handvest, zoals neergelegd in artikel 51, eerste lid, van

128 Zie ook: Keulemans 2016A onder 3.2.
129 Conclusie A-G Mengozzi van 13 januari 2016 in de zaak C-161/15, (Benallal), punt 27 e.v.
130 Conclusie A-G Wathelet van 25 juni 2014 in de zaak C-166/13, (Mukarubega), punt 51 e.v.
131 Zie ook: Keulemans 2016A onder 3.2.
132 Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (Ispas), punt 80.

het Handvest. A-G Bobek merkt hierbij op dat het beslist niet ongebruikelijk is naast een algemene regel meer specifieke bepalingen met een eigen werkingssfeer te definiëren.[133]

Ook de andere leden van artikel 41 van het Handvest bevestigen mijns inziens dat dit artikel de lidstaten niet bindt. Zo bepaalt artikel 41, derde lid, van het Handvest dat eenieder het recht heeft op vergoeding door de Unie van de schade die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functie is veroorzaakt, overeenkomstig de algemene beginselen die de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben. Volgens de toelichting bij het Handvest is dit lid gebaseerd op artikel 340 van het VEU. Artikel 340 van het VEU regelt de contractuele aansprakelijkheid van de Unie. De tekst van artikel 41, derde lid, van het Handvest ziet expliciet op de organen, instellingen en instanties van de Unie. Ook de toelichting en de verwijzing naar artikel 340 van het VWEU geven duidelijk aan dat dit lid alleen voor de Unie is bedoeld. Het binden van de lidstaten aan artikel 41 van het Handvest zou een aansprakelijkheid voor de lidstaten creëren, gebaseerd op artikel 340 van het VWEU. Een dergelijke aansprakelijkheid creëren kan niet de bedoeling zijn en pleit tegen het van toepassing achten van artikel 41 van het Handvest op de lidstaten.

Zo ook de redactie van artikel 41, vierde lid, van het Handvest. Het vierde lid bepaalt dat eenieder zich in een van de talen van de Verdragen kan wenden tot de instellingen van de Unie en in die taal antwoord moet krijgen. Volgens de toelichting bij dit vierde lid, waarborgen de artikelen 20, tweede lid, onder d, en 25 van het VWEU dit recht. In artikel 20, tweede lid, onder d, van het VWEU staat dit recht in dezelfde bewoordingen genoemd en in artikel 25 van het VWEU is geregeld dat in aanvulling op artikel 20 de Raad rechten kan vaststellen na goedkeuring van het Europees Parlement. Ik zie niet in hoe dit artikel van toepassing is op de bestuursorganen van de lidstaten en wat daarvan het nut zou zijn. Het gevolg zou zijn dat in Nederland iedereen in alle talen van de verdragen zou moeten kunnen procederen. Maar het kan, gelet op de redenering van het Hof van Justitie, toch niet zo zijn dat artikel 41, eerste en tweede lid, van het Handvest van toepassing is op de lidstaten en het derde en vierde lid van dit artikel niet? Immers alle leden van artikel 41 zijn blijkens de tekst geschreven voor de organen, instellingen en instanties van de Unie.

De toelichting bij artikel 41 van het Handvest[134]

De toelichting bij artikel 41 van het Handvest verwijst naar een zevental arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht.[135] Zes van die arresten betreffen organen, instellingen en instanties van de Unie. Slechts één zaak niet (de zaak *Heylens*).[136] Hierdoor lijkt de toelichting op het eerste gezicht ruimte te geven voor toepassing van artikel 41 van het Handvest op de lidstaten, maar dat is onjuist. De zaak *Heylens* betrof de vraag of een nationale regeling van een lidstaat in strijd was met Unierecht. De toelichting bij artikel 41 van het Handvest

133 Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (Ispas), punt 81.

134 Zie ook: Keulemans 2016A onder 3.2.

135 HvJ van 31 maart 1992, zaak C-255/90 P, (Burban); GvEA 18 september 1995, zaak T-167/94, (Nölle); GvEA 9 juli 1999, zaak T-231/97, (New Europe Consulting); HvJ 15 oktober 1987, zaak 222/86, (Unectef), punt 15; HvJ 18 oktober 1989, zaak 374/87, (Orkem); HvJ 21 november 1991, zaak C-269/90, (Technische Universität München); GvEA 6 december 1994, zaak T-450/93, (Lisrestal).

136 HvJ 15 oktober 1987, zaak 222/86, (Unectef).

verwijst naar de zaken *Burban*, *Nölle* en *New Europe Consulting* voor de onderbouwing van het door het Hof van Justitie erkende algemene beginsel van behoorlijk bestuur. Vervolgens verwijst de toelichting voor de formulering van het beginsel van behoorlijk bestuur naar de zaken *Heylens, Orkem, TU München, Lisrestal en Nölle*. Uit de verwijzing naar de zaak *Heylens* is daarom niet de conclusie te trekken dat artikel 41 van het Handvest ook van toepassing is op bestuursorganen van de lidstaten.

De verslagen van de Commissie[137]
De Commissie besteedt in het jaarlijkse verslag over de toepassing van het Handvest van de grondrechten van 2014 aandacht aan deze zaken.[138] De Commissie constateert in dit verslag dat in de zaken *Mukarubega* en *Boudjlida* het Hof van Justitie de eerdere rechtspraak heeft herhaald, dat artikel 41 van het Handvest niet aan de lidstaten is gericht en dat artikel 41 van het Handvest daarom niet van toepassing is. In 2015 voegt de Commissie hieraan nog verwijzingen toe naar zaken over het in het Unierecht geregelde mededingingsrecht.[139] In de verslagen over de jaren 2014 tot en met 2018 verwijst de Commissie bij artikel 41 alleen naar procedures betreffende de organen, instellingen en instanties van de Unie. De verslagen van de Commissie geven daarmee geen andere aanwijzing dan dat dit artikel alleen is gericht aan de organen, instellingen en instanties van de Unie.

Plaats van artikel 41 in het Handvest
Ook de plaats die artikel 41 in het Handvest heeft gekregen, levert een argument op voor het standpunt dat artikel 41 van het Handvest de lidstaten niet bindt. Artikel 41 is onderdeel van titel V van het Handvest en deze titel bevat een aantal bepalingen die de belangrijkste rechten van burgers betreffen wanneer zij rechtstreeks te maken krijgen met de organen, instellingen en instanties van de Unie (kiesrecht voor het Europees Parlement, Europese ombudsman, recht van petitie ten aanzien van het Europese parlement, vrij verkeer en verblijf).[140]

Gelet op de expliciete tekst van artikel 41 van het Handvest, de toelichting bij dit artikel, de verslagen van de Commissie en de plaats van dit artikel in het Handvest, concludeer ik dat artikel 41 van het Handvest niet van toepassing is op nationale geschillen.[141] Bij mijn onderzoek ga ik daarvan uit. Wellicht heeft het Hof van Justitie dit zelf ook ingezien nu het juist in de meest recente zaken artikel 41 van het Handvest niet op de lidstaten van toepassing verklaart.[142]

137 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights: jaren 2010 tot en met 2018; zie ook: Keulemans 2016A onder 3.2.
138 2014 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights, p. 129.
139 GvEA 17 december 2015, zaak T-486/11, (Orange Polska); HvJ 18 juni 2015, zaak C-583/13 P, (Deutsche Bahn); GvEA 9 december 2015, zaken T-233/11 en T-262/11, (Helleense Republiek).
140 Conclusie A-G Bobek van 7 september 2017 in de zaak C-298/16, (Ispas), punt 83.
141 Zie ook: Nijnatten, van, 2018, zie visie M. Fierstra onder 5; Conclusie A-G Ettema van 4 juni 2019, nrs. 18/01694, 18/01696 en 18/03992, ECLI:NL:PHR:2019:780, onder 2.2 en Richardson onder 4.1.
142 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 83; HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega), punt 44.

5.5.1.b Artikel 47 van het Handvest

Artikel 47 van het Handvest is geplaatst in het hoofdstuk over rechtspleging en regelt het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht.[143] Artikel 47 van het Handvest luidt als volgt:

> *"Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.*
>
> *Eenieder heeft 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 degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen."*

Uit de toelichting bij dit artikel blijkt dat de eerste alinea is gebaseerd op artikel 13 van het EVRM. Volgens het Hof van Justitie is dit Unierechtelijke grondrecht van toepassing op de lidstaten wanneer zij het Unierecht toepassen.[144] De tweede alinea correspondeert met artikel 6, eerste lid, van het EVRM. Met betrekking tot de derde alinea zij erop gewezen dat volgens de jurisprudentie van het EHRM in rechtsbijstand moet worden voorzien wanneer de afwezigheid van een dergelijke voorziening de garantie van een doeltreffende voorziening in rechte ontwricht. De overwegingen in de zaak *WebMindLicenses* laten zien dat artikel 47 enkel ziet op de fase bij de rechter en niet op de administratieve fase ervoor.[145] Artikel 47 van het Handvest is daarom niet relevant voor het kenbaarmakingsbeginsel, omdat het kenbaarmakingsbeginsel niet van toepassing is op de rechterlijke fase. Dit wil niet zeggen dat belanghebbende geen hoorrecht heeft in de rechterlijke fase, maar dat recht is geen onderwerp van dit onderzoek.

5.5.1.c Artikel 48 van het Handvest

Artikel 48 van het Handvest is eveneens geplaatst in het hoofdstuk over rechtspleging en regelt het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging. In het tweede lid van dit artikel is het volgende bepaald:

> *"2. Aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt de eerbiediging van de rechten van de verdediging gegarandeerd."*

143 Zie voor de codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel in het Handvest ook: Keulemans 2016A onder 3.3.

144 Zie bijvoorbeeld: HvJ 15 mei 1986, zaak 222/84, (Johnston), punt 18; zaak 222/84; HvJ 15 oktober 1987, 222/86, (Unectef), punt 14; HvJ 3 december 1992, zaak C-97/91, (Oleificio Borelli), punt 14.

145 Richardson 2017, onder 4.1.

Volgens de toelichting bij dit artikel is artikel 48 van het Handvest gelijk aan artikel 6, tweede en derde lid, van het EVRM.[146] Artikel 48 van het Handvest ziet alleen op zaken waarbij vervolging is ingesteld. Het Hof van Justitie heeft dit nadrukkelijk bevestigd in het arrest *WebMindLicenses*.[147] Het arrest *WebMindLicenses* maakt duidelijk dat artikel 48 van het Handvest alleen van toepassing is in fiscale zaken waarbij een voornemen bestaat tot het opleggen van een fiscale boete en dan alleen ten aanzien van de boete. Dan omvat artikel 48 van het Handvest wel het kenbaarmakingsbeginsel.

5.5.2 Het Handvest en het EVRM

Zoals de bespreking van de artikelen 47 en 48 van het Handvest laat zien, kennen deze artikelen een oorsprong in het EVRM. Het Handvest verwijst veelvuldig in de tekst en de toelichting naar het EVRM. Daardoor komt de vraag op hoe het Handvest en het EVRM zich tot elkaar verhouden. In artikel 52, derde lid, van het Handvest is daarover opgenomen dat voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het Unierecht een ruimere bescherming biedt. Volgens de toelichting bij het Handvest beoogt artikel 53, derde lid, van het Handvest te zorgen voor de nodige samenhang tussen het Handvest en het EVRM. Het gevolg is dat de wetgever, bij de vaststelling van beperkingen van die rechten, gebonden is aan dezelfde normen als die zijn vastgelegd in de gedetailleerde regeling inzake beperkingen in het EVRM, zonder dat de autonomie van het Unierecht of van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt aangetast. De jurisprudentie van het EHRM en de jurisprudentie van het Hof van Justitie bepalen de inhoud en reikwijdte van de gewaarborgde rechten.[148] Op deze wijze kan het Handvest in specifieke bepalingen zelfs een ruimere bescherming bieden dan het EVRM. Het Handvest mag in ieder geval nooit een lager beschermingsniveau bieden dan het niveau dat het EVRM waarborgt. Volgens de toelichting heeft artikel 48, eerste lid, van het Handvest *eenzelfde* inhoud als artikel 6, tweede en derde lid, van het EVRM.

5.5.3 De codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in het DWU

Met ingang van 1 mei 2016 is het DWU in werking getreden. In het DWU is het kenbaarmakingsbeginsel gecodificeerd. Deze codificatie kan van belang zijn bij het bepalen van de omvang van het kenbaarmakingsbeginsel buiten het douanerecht. De preambules bij de verordeningen die het douanerecht regelen maken duidelijk dat overeenkomstig het Handvest eenieder het recht heeft een standpunt naar behoren en effectief kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren voordat het een voor hem ongunstige beschikking treft (verordening 952/20130).[149] Om uitvoering te geven aan het kenbaarmakingsbeginsel, moeten procedureregels worden

146 Zie voor de codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in artikel 48 van het Handvest ook Keulemans 2016A onder 3.4.
147 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 83.
148 Kokott en Sobotta, 2015, onder 2.B.
149 Verordening (EU) 952/2013 van het Europese Parlement en van de Raad van 9 oktober 2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie, onder 27.

vastgelegd voor de uitoefening van dat recht, waarbij ook rekening wordt gehouden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de grondrechten, vooral het recht op behoorlijk bestuur (uitvoeringsverordening 2015/2447).[150] De termijn voor de uitoefening van het hoorrecht door een persoon die een aanvraag doet voor een beschikking betreffende de toepassing van de douanewetgeving (aanvrager) moet voldoende zijn om de aanvrager in staat te stellen zijn standpunt voor te bereiden en in te dienen bij de douaneautoriteiten (verordening 2015/2446).[151] Hieruit blijkt wederom het materiële karakter van het kenbaarmakingsbeginsel. De mogelijkheid bestaat het kenbaarmakingsbeginsel te beperken (verordening 2015/2446 en 2017/2447). Daarbij moet een evenwicht worden gevonden tussen een doeltreffend optreden van de douaneautoriteiten en de eerbiediging van het kenbaarmakingsbeginsel. Het kenbaarmakingsbeginsel is met de voormelde uitgangspunten neergelegd in artikel 22, zesde lid, eerste alinea, van het DWU:

> *"Artikel 22*
> *Beschikkingen naar aanleiding van aanvragen*
> *(…)*
> *6. Voordat een voor de aanvrager ongunstige beschikking wordt verleend, delen de douaneautoriteiten hem mee op welke gronden zij voornemens zijn hun beschikking te baseren. De aanvrager wordt in de gelegenheid gesteld zijn standpunt kenbaar te maken binnen een specifieke termijn, die aanvangt op de datum waarop hij die mededeling ontvangt of wordt geacht die te hebben ontvangen. Na het verstrijken van deze termijn wordt aan de aanvrager in de passende vorm mededeling gedaan van de beschikking."*

Artikel 22 van het DWU ziet expliciet op beschikkingen op aanvraag. Het kenbaarmakingsbeginsel is echter ook van toepassing op andere voorgenomen bezwarende besluiten, die niet op aanvraag zijn verstrekt. Artikel 29 van het DWU regelt namelijk dat ten aanzien van beschikkingen zonder voorafgaande aanvraag artikel 22, zesde lid, van het DWU ook van toepassing is. De douaneautoriteiten dienen allereerst mee te delen op welke gronden zij voornemens zijn hun beschikking te baseren (eerste deelaspect). Vervolgens krijgt de aanvrager een termijn (derde deelaspect) en mag de aanvrager zijn standpunt kenbaar maken (vierde deelaspect). Wat aan dit artikel onmiddellijk opvalt, is dat het artikel het recht op (inzage in) de stukken (tweede deelaspect) niet regelt. Waarom dit recht niet duidelijk neergelegd is in artikel 22 van het DWU blijft onopgehelderd. Hierdoor kan onduidelijkheid bestaan over het recht op (inzage in) de stukken.

5.5.4 De gevolgen van de codificatie in het Handvest en het DWU

Ik concludeer dat de reikwijdte van artikel 41 van het Handvest beperkt is tot zaken betreffende de organen, instellingen en instanties van de Unie en dat deze bepaling dus niet van toepassing is op nationale procedures.[152] Artikel 47 van het Handvest omvat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en niet het kenbaarmakingsbeginsel. Alleen artikel 48

150 Verordening (EU) 2015/2447 van de Commissie van 24 november 2015 houdende nadere uitvoeringsvoorschriften voor enkele bepalingen van Verordening (EU) nr. 952/2013 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie, onder 11.

151 Verordening (EU) 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, p. 2 onder 10.

152 Zie ook: Keulemans 2016A onder 3.5.

van het Handvest is daarmee relevant bij een beroep op het kenbaarmakingsbeginsel in een nationale fiscale procedure en dit artikel is alleen relevant indien sprake is van sancties. Spelen er geen sancties en bevindt een nationale fiscale procedure zich in de fase van het voornemen dan kan een belanghebbende zich ten aanzien van het kenbaarmakingsbeginsel niet met vrucht beroepen op één van de artikelen in het Handvest. Het Hof van Justitie heeft dit bevestigd in het arrest *WebMindLicenses*.[153] Indien een belanghebbende het kenbaarmakingsbeginsel niet kan inroepen op grond van de artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest, dan kan een belanghebbende zich nog wel beroepen op het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel.[154] De vraag die dan opkomt, is of het verschil maakt of een belanghebbende een beroep toekomt op het geschreven kenbaarmakingsbeginsel in het DWU, het geschreven kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest of op het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel.

Er zijn aanwijzingen te vinden dat het Hof van Justitie het beschermingsniveau van het geschreven en ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel gelijk acht.[155] A-G Mengozzi lijkt dit te ondersteunen en overweegt dat de discussie over de toepasbaarheid van artikel 41 van het Handvest op lidstaten in werkelijkheid geen praktische gevolgen heeft, omdat er geen twijfel over bestaat dat lidstaten dit recht moeten eerbiedigen, ongeacht of het op artikel 41 van het Handvest of op het algemene beginsel van Unierecht is gebaseerd.[156] Het Hof van Justitie gooit als het ware het geschreven en ongeschreven Unierechtelijke verdedigingsbeginsel op één hoop. Hieruit leid ik af dat het geschreven en het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel eenzelfde beschermingsniveau bieden.[157] Dit beschermingsniveau is in de paragrafen 5.1 tot en met 5.4 omschreven.

Vorenstaande kan niet tot de conclusie leiden dat het geschreven en het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel ook dezelfde wijze kunnen worden beperkt.[158] Voor fiscale boeten is het kenbaarmakingsbeginsel in artikel 48 van het Handvest gecodificeerd. In het Handvest is neergelegd dat beperkingen van de rechten en vrijheden die zijn neergelegd in het Handvest bij wet moeten worden gesteld.[159] Voor andere voorgenomen fiscale besluiten is het kenbaarmakingsbeginsel niet gecodificeerd in het Handvest en kan een belanghebbende een beroep doen op het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel. Voor het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel acht het Hof van Justitie een beperking vanwege een algemeen belang geoorloofd, ook als dat niet bij wet is vastgelegd.[160] Het Hof van

153 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 83.
154 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses), punt 84; Zie bijvoorbeeld ook: HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega), punten 42 e.v.; zie ook: Keulemans 2016A onder 3.5 en 4.
155 HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, (WebMindLicenses); HvJ 5 november 2014, zaak C-166/13, (Mukarubega).
156 Conclusie A-G Mengozzi van 3 mei 2016 in de zaak C-560/14, (M.), punten 27 en 28.
157 Mezouar en Gomes Vale Viga 2021, onder 2.1: Zij geven aan dat qua inhoud het geschreven en het ongeschreven verdedigingsbeginsel niet veel van elkaar verschillen.
158 Zie ook: Keulemans 2016A onder 3.5.
159 Artikel 52, eerste lid, van het Handvest.
160 HvJ 3 juli 2014, zaken C-129/13 en C-130/13, (Kamino); HvJ 18 december 2008, zaak C-349/07, (Sopropé).

Justitie stelt de eis dat een beperking 'bij wet moet zijn gesteld' dus niet ten aanzien van ongeschreven rechtsbeginselen.

Het onderscheid bij het beperken van beginselen, kan verklaren waarom gekozen is voor een beperkte codificatie van het kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest. De codificatie voor sancties biedt bij vervolging degene die wordt vervolgd meer bescherming. Het Nederlandse (fiscale) bestuursrecht kent ook een zwaardere procedure voor vergrijpboeten met meer rechtsbescherming dan de gewone procedure voor fiscale besluiten (paragraaf 8.1).

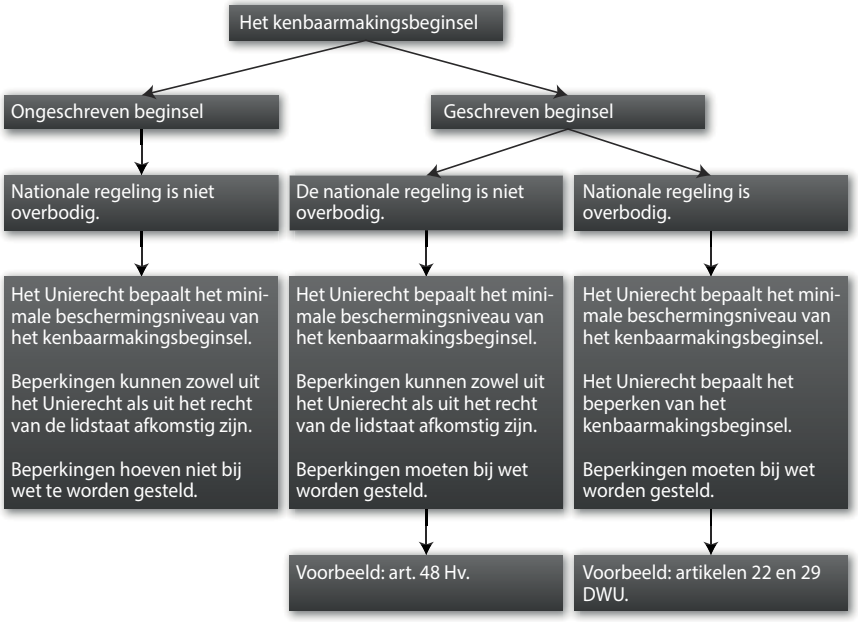
De vraag die vervolgens opkomt, is hoe een verschil op het niveau van het Unierecht tussen het geschreven en het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel doorwerkt naar het nationale recht. A-G Bobek overweegt in de conclusie bij de zaak *Dzivev* dat twee situaties denkbaar zijn als er verschillen bestaan tussen het nationale recht en het Unierecht.[161]

De eerste situatie betreft de situatie waarin een nationale regel volledig onder de regels valt die op Unieniveau tekstueel zijn geharmoniseerd of dat de nationale regel functioneel zo dicht bij Unierechtelijke regels ligt dat de Unieregels de nationale regeling in werkelijkheid overbodig maakt. In die situaties bepaalt het Unierecht de beperkingen. Unierechtelijke bepalingen geven daarbij de *maximale* grondrechtenbeperking. De lidstaten hebben daarmee wel de ruimte meer rechtsbescherming te bieden, maar geen ruimte om meer beperkingen aan te brengen. A-G Bobek overweegt dat in die situaties de Uniewetgever al de afweging heeft gemaakt tussen enerzijds de bescherming van de grondrechten en anderzijds de doeltreffendheid van een maatregel, die het grondrecht beperkt. Van een dergelijke situatie is mijns inziens sprake voor zover het kenbaarmakingsbeginsel is gecodificeerd in het DWU. Voor douanezaken biedt het Unierecht voor drie deelaspecten van het kenbaarmakingsbeginsel een uitputtende regeling die een hoorrecht-bepaling in nationale regelingen op die punten overbodig maakt. Voor het douanerecht geldt dan dat alleen het Unierecht het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel bepaalt. In paragraaf 6.6.3.f zal overigens blijken dat door de redactie van de beperkingen in het DWU de lidstaten wellicht toch ruimte hebben om eigen beperkingen te bepalen. De gedetailleerde in het DWU neergelegde regeling zorgt ervoor dat voor douanezaken het kenbaarmakingsbeginsel een regelkarakter heeft gekregen.

De tweede situatie betreft de situatie dat de nationale regel niet als zodanig overbodig is, maar dat de situatie wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. In dat geval zullen beperkingen van beide stelsels afkomstig kunnen zijn. Hiervan is mijns inziens sprake in fiscale zaken als het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is en indien het in artikel 48 van het Handvest neergelegde kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is. Artikel 48 van het Handvest betreft immers een algemene codificatie van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel die niet de gedetailleerdheid heeft om het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel en meer specifiek het kenbaarmakingsbeginsel tot rechtsregel te transformeren, zoals bedoel in paragraaf 3.4 (artikel 48 van het Handvest kent niet de gedetailleerdheid van artikel 22 van het DWU). Wel is sprake van een recht in de zin van het Handvest. Beperkingen kunnen zowel uit het Unierecht als uit het recht

161 HvJ 17 januari 2019, zaak C-310/16, (Dzivev).

van de lidstaten afkomstig zijn. Deze beperkingen behoeven bij een beroep op het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel niet bij wet te zijn gesteld, bij een beroep op artikel 48 van het Handvest wel. Fierstra bevestigt mijns inziens deze indeling met de overweging dat het beschermingsniveau van het Handvest een minimumniveau is, hetgeen inhoudt dat lidstaten ook een hoger beschermingsniveau kunnen bieden.[162] Ook A-G Ettema komt tot deze conclusie.[163] Een hoger beschermingsniveau mag echter geen afbreuk doen aan de uniforme toepassing van het Unierecht en dat beperkt die bevoegdheid weer. In dat kader vindt een discussie plaats of er nog plaats is voor het nationale vertrouwensbeginsel dat – zo wordt in de literatuur door sommigen aangenomen – meer bescherming biedt dan het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel.[164] Ten aanzien van het kenbaarmakingsbeginsel vindt een dergelijke discussie niet plaats omdat het kenbaarmakingsbeginsel over het algemeen meer bescherming biedt dan het hoorrecht in het Nederlandse (fiscale) bestuursrecht. Schematisch ziet hetgeen hiervoor is beschreven over de verschillende verschijningsvormen van het kenbaarmakingsbeginsel er als volgt uit:



Figuur 9

162 Nijnatten, van, 2018, onder 5: Nijnatten geeft weer hetgeen Fierstra tijdens de bijeenkomst naar voren heeft gebracht weergeeft: "Art. 53 EU-Handvest brengt mee dat het beschermingsniveau van het EU-Handvest een minimumniveau is, hetgeen inhoudt dat lidstaten ook een hoger beschermingsniveau kunnen bieden. Een hoger beschermingsniveau mag echter geen afbreuk doen aan de uniforme toepassing van het EU-recht en dat beperkt die bevoegdheid weer. De EU kan ook besluiten tot een hoger beschermingsniveau dan het minimumniveau in het Handvest."

163 Conclusie A-G Ettema van 17 juni 2020, nr. 19/03617, ECLI:NL:PHR:2020:615, punt 2.1 e.v.; Zie ook: Hilten, van, 1998, p. 42-44 en Steenman en Ettema 2000, p. 3-8; Dongen, van, 2007 en conclusie A-G Van Hilten van 26 oktober 2012, nr. 10/04331, V-*N* 2012/56.16.

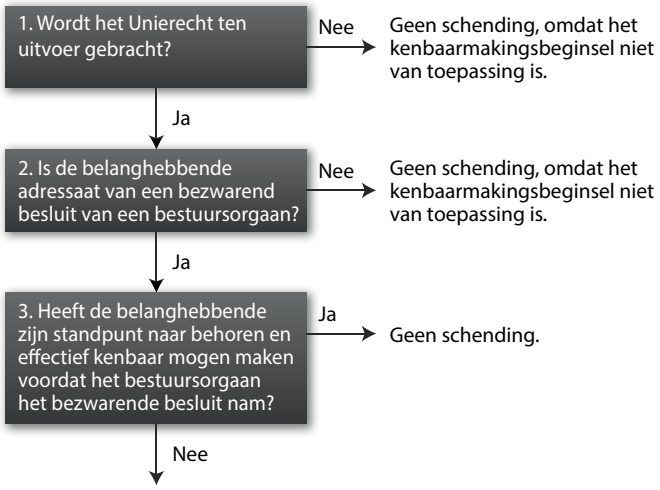
164 Conclusie A-G Ettema van 17 juni 2020, nr. 19/03617, ECLI:NL:PHR:2020:615, punt 2.1 e.v.; Bomer, 2018 en Douma e.a. 2019, p. 279.

5.6 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk zijn de subjectieve, objectieve, temporele en materiële reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel in kaart gebracht. Het subject van het kenbaarmakingsbeginsel is degene die individueel en rechtsreeks door het voorgenomen besluit wordt geraakt, de adressaat. Het kan daarbij gaan om zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, waarbij het niet relevant is of een rechtspersoon gelieerd is aan de overheid. Derdebelanghebbenden vallen hier niet onder. Het object van het kenbaarmakingsbeginsel is het voorgenomen bezwarende besluit van een bestuursorgaan. Van een bezwarend besluit waarop het kenbaarmakingsbeginsel van toepassing is, is sprake als het voorgenomen overheids*handelen* een belanghebbende de adressaat aanmerkelijk benadeelt. De formele vorm van het besluit is niet relevant. Voor zover een voorgenomen formeel document meerdere voorgenomen materiële bezwarende besluiten bevat, dient een bestuursorgaan per voorgenomen materieel besluit het kenbaarmakingsbeginsel te borgen. Het kenbaarmakingsbeginsel is niet van toepassing op alles wat het formele document meer omvat dan het voorgenomen bezwarende besluit. Onder omstandigheden heeft dit tot gevolg dat de vernietiging van het materiële bezwarende besluit leidt tot een partiële vernietiging van het formele document. Dit roept de vraag op of partiële vernietiging van een materieel besluit mogelijk is. De resultaten van het onderzoek naar het antwoord op die vraag is neergelegd in paragraaf 7.2. Het kenbaarmakingsbeginsel is van toepassing uiterlijk vanaf het moment waarop het bestuursorgaan voornemens is een bezwarend besluit te nemen en loopt door tot het moment waarop het bezwarende besluit wordt opgelegd of tot een belanghebbende expliciet of impliciet aangeeft van dit recht geen gebruik te willen maken. Daarmee is de temporele reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel gegeven.

Het kenbaarmakingsbeginsel omvat vier deelaspecten, die ervoor moeten zorgen dat het kenbaar maken van een standpunt *naar behoren en effectief* is: (1) het recht op informatie, (2) op verzoek het recht op (inzage in) de stukken, (3) het recht op voldoende tijd ter voorbereiding van de verdediging en (4) het recht een standpunt kenbaar te mogen maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren. Het kenbaarmakingsbeginsel is een materieel beginsel van formeel recht. Dat wil zeggen dat de formele vorm niet relevant is en dat slechts van belang is of een belanghebbende daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad van dit recht gebruik te maken, om zich te kunnen verdedigen. Het recht op informatie houdt in dat het bestuursorgaan mededeling moet doen over de voornaamste in aanmerking genomen elementen en de kwalificatie daarvan door het bestuursorgaan, en ook moet aangeven op welke bewijsmiddelen dit is gebaseerd. Bij een boete mag een bestuursorgaan niet vooruitlopen op de hoogte van het op te leggen bedrag. Het recht op (inzage in) de stukken houdt in dat een bestuursorgaan op verzoek van de belanghebbende inzage moet geven in alle documenten van het dossier die voor de verdediging relevant kunnen zijn. Onduidelijk is of dit vereiste ook inhoudt dat een bestuursorgaan de stukken in een voor de belanghebbende begrijpelijke taal moeten aanleveren. Voor voorgenomen boeten lijkt dit wel het geval, voor overige voorgenomen fiscale besluiten bestaat daarover geen duidelijkheid. Wel dient de belanghebbende minimaal voldoende tijd te krijgen dergelijke stukken te laten vertalen. Als het bestuursorgaan niet alle stukken aan de belanghebbende ter inzage geeft, wordt het recht op (inzage in) de stukken beperkt. Vervolgens dient de belanghebbende voldoende tijd te krijgen ter

voorbereiding van zijn verdediging. De lengte van de termijn is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van een specifiek geval. Ten slotte moet de belanghebbende de gelegenheid krijgen zijn standpunt kenbaar te maken over de elementen waarop een bestuursorgaan een besluit wil baseren. Als de belanghebbende alle deelaspecten heeft kunnen vervullen, heeft hij zijn standpunt *naar behoren en effectief* kenbaar kunnen maken. Voormelde materiële reikwijdte geeft het beschermingsniveau weer dat het kenbaarmakingsbeginsel biedt. Met deze kennis kunnen twee stappen worden toegevoegd aan het stappenplan (de beslisboom), zoals gestart in de samenvatting en conclusie van hoofdstuk 4 (paragraaf 4.9):



Figuur 10

In drie artikelen van het Handvest is het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel gecodificeerd of zijn aspecten daarvan gecodificeerd (artikelen 41, 47 en 48 van het Handvest). In artikel 41 van het Handvest zijn onderdelen van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel gecodificeerd, waaronder het kenbaarmakingsbeginsel. Een analyse van de tekst van artikel 41 van het Handvest, de toelichting bij dit artikel, de verslagen van de Commissie en de plaats van dit artikel in het Handvest, laten zien dat artikel 41 van het Handvest geen rechtstreekse werking heeft. Analyse van artikel 47 van het Handvest laat zien dat in dit artikel het recht op een doeltreffende voorziening in rechte is gecodificeerd en niet het kenbaarmakingsbeginsel. Artikel 48 van het Handvest omvat wel het kenbaarmakingsbeginsel, maar is slechts van toepassing bij sancties. Het gevolg daarvan is dat een belanghebbende ten aanzien van een nationaal fiscaal geschil alleen met vrucht een beroep kan doen op het kenbaarmakingsbeginsel in het Handvest als sprake is van een sanctie. Indien de belanghebbende in een nationaal fiscaal geschil geen beroep kan doen op het Handvest kan de belanghebbende nog wel een beroep doen op het ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel. Het kenbaarmakingsbeginsel is voor douanezaken gecodificeerd in het DWU. Opvallend daarbij is dat het DWU geen recht op (inzage in) de stukken regelt. Dit kan voor onduidelijkheid zorgen bij bestuursorganen die het douanerecht uitvoeren.

Mijns inziens kan het kenbaarmakingsbeginsel in Nederlandse fiscale procedures drie verschijningsvormen hebben: 1) een rechtsregel (artikel 22 en 29 van het DWU), 2) een 'recht' in de zin van het Handvest (artikel 48 van het Handvest) en 3) een ongeschreven beginsel. Het geschreven en ongeschreven kenbaarmakingsbeginsel kennen eenzelfde beschermingsniveau. Voor de lidstaten is dit het minimale beschermingsniveau wat een nationaal bestuursorgaan moet bieden als er geen redenen zijn het kenbaarmakingsbeginsel te beperken. Uiteraard geldt dit alleen indien sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht. De lidstaten mogen dus meer bescherming bieden, zoals eerder informatie verstrekken, eerder inzage in de stukken geven, meer tijd geven ter voorbereiding van de verdediging of bijvoorbeeld altijd de mogelijkheid bieden het standpunt mondeling kenbaar te mogen maken. Ik heb wel verschillen geconstateerd voor de drie verschijningsvormen bij het beperken van het kenbaarmakingsbeginsel. Indien sprake is van het kenbaarmakingsbeginsel als rechtsregel (de codificatie in het DWU) dan moeten de beperkingen bij wet zijn gesteld en worden de beperkingen door het Unierecht bepaald. Wel zal bij het bespreken van de beperkingen van het kenbaarmakingsbeginsel in het DWU blijken dat het zeer goed mogelijk is dat de lidstaten ook zelf nog beperkingen bij wet mogen stellen (paragraaf 6.6.3.f). Het kenbaarmakingsbeginsel als geschreven rechtsbeginsel en 'recht' in de zin van het Handvest kan alleen worden beperkt indien de beperkingen bij wet zijn gesteld. Deze beperkingen kunnen zowel uit het Unierecht als uit het recht van de lidstaat afkomstig zijn. Ten slotte kan het kenbaarmakingsbeginsel de verschijningsvorm hebben van een ongeschreven beginsel. Beperkingen kunnen dan zowel uit het Unierecht als uit het recht van de lidstaat afkomstig zijn en deze beperkingen behoeven niet bij wet te zijn gesteld.

Met dit hoofdstuk is een duidelijk beeld ontstaan ten aanzien van het beschermingsniveau dat het kenbaarmakingsbeginsel een belanghebbende biedt. Om te bezien in hoeverre het Nederlandse (fiscale) bestuursrecht voldoet aan de eisen van het kenbaarmakingsbeginsel wordt het Nederlandse (fiscale) bestuursrecht in hoofdstuk 8 getoetst aan de subjectieve, objectieve, temporele reikwijdte van het kenbaarmakingsbeginsel alsmede aan de inhoud daarvan. Als de belanghebbende niet het beschermingsniveau heeft gekregen dat het kenbaarmakingsbeginsel biedt, dan is het kenbaarmakingsbeginsel beperkt. In het volgende hoofdstuk wordt onderzocht op welke wijze het kenbaarmakingsbeginsel kan worden beperkt.