

De amicus curiae in het bestuursrecht wettelijk verankerd: experimenteren maar!

NTB 2020/171

1. Inleiding

De figuur van de amicus curiae in het Nederlandse bestuursrecht geniet de laatste jaren grote belangstelling. Aanvankelijk – mede naar aanleiding van buitenlandse en Europese voorbeelden – alleen in de doctrine² en later, met de drie experimenten van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS),³ ook in de rechtspraak. De amicus curiae is een instrument van de rechter om anderen dan procespartijen opmerkingen te laten maken in een procedure.⁴ De Commissie rechtseenheid bestuursrecht bepleitte in 2016 een eenvoudige en summiere wettelijke regeling voor de amicus curiae.⁵ Ook het onderzoek van de ABRvS, waarin de drie experimenten werden geëvalueerd, beveelt aan om in de Awb een bepaling op te nemen waarin de hoogste bestuursrechters de bevoegdheid wordt toegekend om de amicus curiae in te zetten.⁶ De voorzitter van de ABRvS heeft vervolgens mede namens de presidenten van de andere drie hoogste bestuursrechters de minister voor Rechtsbescherming verzocht om wettelijke verankering van de amicus

curiae. Tijdens de viering van 25 jaar Awb op 8 februari 2019 kondigde de Minister aan daartoe over te gaan, waarna een conceptwetsvoorstel volgde.⁷ In de periode van 10 oktober 2019 tot 5 december 2019 heeft een internetconsultatie over een conceptwetsvoorstel plaatsgevonden waarin de amicus curiae een wettelijke basis heeft gekregen. Naar aanleiding van de consultatie zijn vijf reacties binnengekomen. Op 8 mei 2020 is de ministerraad akkoord gegaan met het wetsvoorstel waarna het ter advies aan de Raad van State is aangeboden. De Raad van State heeft op 10 juni 2020 zijn advies uitgebracht. Het is nu wachten op het moment dat de regering het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer indient.⁸

Het wetsvoorstel behelst een toevoeging van een nieuwe afdeling 8.1.2b Awb met een nieuw artikel 8:12b Awb. In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe deze bepaling kan worden gewaardeerd in het licht van de observaties in de eerder verschenen literatuur en de aanbevelingen uit het Evaluatieonderzoek ABRvS. Daarbij is de amicus curiae voor ons een gegeven en stellen wij de figuur als zodanig niet ter discussie. Dat neemt niet weg dat de inzet van de amicus curiae negatieve bijwerkingen kan hebben zoals lobbyisme en verlenging van de doorlooptijden.⁹ Bij de vormgeving van de procedure kan hiermee rekening worden gehouden; tot een principieel afwijzen van de figuur hoeven zij niet te leiden.

Het geïntroduceerde artikel 8:12b Awb bevat een zeer summiere basisregeling voor de amicus curiae die vooral de ruimte laat voor de bestuursrechter om ervaring op te doen met het instrument. Enige terughoudendheid over de verwachtingen van de regeling is dan ook op haar plaats. Er liggen namelijk nog veel zaken open. Nadere regels kunnen worden neergelegd in de procesreglementen.¹⁰ Wat dient beslissend te zijn bij een nadere vormgeving van de procedure en de keuzes die daarbij moeten worden gemaakt? De doelstelling van de amicus curiae zal hier het vanzelfsprekende aanknopingspunt zijn. Die is volgens de regering gelegen in het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Wij merken hier alvast op dat het wat ons betreft een gemis is dat de regering geen oog heeft voor het oogmerk van *rechtsbescherming*, waaraan de amicus curiae eveneens een bijdrage kan leveren, hoewel daarvoor in de

1 Tom Barkhuysen is advocaat bij Stibbe en hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Niels Jak is advocaat bij Stibbe en verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

2 Zie onder anderen J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving. Over rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe de samenleving daarbij te betrekken* (oratie Tilburg), Tilburg University 2013, p. 32-35; T. Barkhuysen, 'Betere bestuursrechtelijke rechtsbescherming met een amicus curiae?', *NJB* 2014/519; J.C.A. de Poorter, 'Het belang van de amicus curiae voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Naar een regeling van de amicus curiae in de Algemene wet bestuursrecht', *NTB* 2015/7; J.C.A. de Poorter, 'Responsief bestuursrecht en de amicus curiae', *NTB* 2018/34.

3 Het gaat hier om de volgende zaken. De eerste zaak gaat over de opname van kosten voor grondverwerving van een bovenwijkse voorziening in een bestemmingsplan (ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903). De tweede zaak betreft de vraag naar het besluitkarakter van een bestuurlijke waarschuwing (ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449). De derde zaak gaat over een beroep en hoger beroep tegen een bestemmingsplan respectievelijk een omgevingsvergunning voor het veranderen van een bestaand tankstation met LPG-installatie in Purmerend. In deze zaak loopt nog een prejudiciële procedure bij het HvJ EU. Deze laatste zaak betreft eigenlijk geen inzet van de amicus curiae. Hier wordt namelijk de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu gevraagd een toelichting te geven over de regeling die ter exceptieve toetsing voorligt. De staatssecretaris treedt hier in wezen op als 'pseudo-verweerder'. In het Evaluatieonderzoek van de ABRvS wordt de suggestie gedaan ook hiervoor een aparte wettelijke regeling op te stellen. J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, ABRvS september 2018, p. 27. Zie over de rol van de overheid als amicus curiae: C.J. de Lange, 'De centrale overheid als amicus curiae', *JBplus* 2019, afl. 2, p. 21-34.

4 Zie voor deze definitie Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 19.

5 Rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht, *Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, augustus 2016, bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 34389, 9, p. 19-20, p. 30-31, p. 41.

6 J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, ABRvS september 2018 (hierna ook: *Evaluatieonderzoek ABRvS*). Zie ook J.C.A. de Poorter & L.A. van Heusden, *De amicus curiae in procedures voor de ABRvS* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Bju 2018.

7 Later bevestigd in *Kamerstukken II 2018/19*, 29279, 498.

8 Na afronding van deze bijdrage is het wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer (kamerdossier 35550) en is het advies van de Raad van State bekendgemaakt (die overigens geen opmerkingen had). Vooral in reactie op de internetconsultatie maakt de regering in de MvT nog enkele interessante opmerkingen. De observaties in deze bijdrage zijn niettemin nog steeds erg relevant en actueel.

9 Onder anderen R.J.N. Schlössels, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht: en nu doorploegen in de polder! Het rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht als pleister op de wonde?', *NTB* 2017/3, p. 25; *Evaluatieonderzoek ABRvS*, p. 28-29.

10 Zie MvT, p. 4-5.

literatuur wel uitdrukkelijk aandacht is gevraagd.¹¹ Met name belangenorganisaties die als *amicus curiae* optreden, kunnen vanuit rechtsbeschermingsoogpunt van toegevoegde waarde zijn voor bovenindividuele belangbehartiging. Verder kan het doel van rechtsbescherming bepalend zijn voor bijvoorbeeld nog openstaande vragen naar de omvang van de betrokkenheid van de *amici curiae* in de procedure, zo zal in deze bijdrage duidelijk worden.

In de navolgende paragrafen zal het nieuwe artikel 8:12b Awb worden geanalyseerd. Voordat wij daaraan toekomen, is het nuttig om de voorgestelde wettelijke bepaling integraal op te nemen.

2. Concept wettekst en doelstelling

De concepttekst van het voorgestelde nieuwe artikel 8:12b Awb luidt als volgt:

- “1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven kunnen in zaken die bij hun college in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer, anderen dan partijen in de gelegenheid stellen binnen een door het college te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken.
2. De aankondiging hiervan geschiedt op een door het college te bepalen wijze.
3. Van het voornemen om toepassing te geven aan het eerste lid doet het college mededeling aan partijen. Het college kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent dat voornemen binnen een hem te bepalen termijn schriftelijk aan hem kenbaar te maken.
4. Partijen kunnen binnen vier weken na de dag van verzending aan hen van de schriftelijke opmerkingen schriftelijk hun zienswijze met betrekking tot die opmerkingen naar voren brengen. Het college kan deze termijn verlengen.
5. Het college kan degenen die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, uitnodigen ter zitting te verschijnen teneinde over hun opmerkingen te worden gehoord.
6. Indien het college toepassing geeft aan het vijfde lid, wordt daarvan aan partijen mededeling gedaan in de uitnodiging, bedoeld in artikel 8:56.”

Het wetsvoorstel voorziet ook de belastingkamer van de Hoge Raad van de bevoegdheid de *amicus curiae* figuur in te zetten.¹²

In het begin van de Awb was het algemeen bestuursrecht sterk gericht op harmonisatie en rechtsbescherming in het individuele geval. Vanaf 2010 is de bestuursrechtspraak zich gaan toeleppen op het bevorderen van de rechtseenheid

tussen de hoogste bestuursrechters. Vandaag de dag staat de gezamenlijke vormgeving van de rechtsontwikkeling meer centraal. Het instrument van de conclusie in het bestuursrecht en de introductie van een grote kamer vanaf 2013 spelen hierbij een grote rol.¹³ De figuur van de *amicus curiae*, die is gericht op het bevorderen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling, sluit goed aan bij de huidige visie op en ontwikkeling van de hoogste bestuursrechtspraak. Dit verklaart wellicht waarom het bestuursprocesrecht juist nu, en niet eerder, rijp is voor inzet van de *amicus curiae*.

De figuur van de *amicus curiae* heeft, zoals gezegd, volgens het consultatievoorstel in algemene zin als doelstelling om de *rechtsontwikkeling* en de *rechtseenheid* te bevorderen. Daarnaast beoogt het een bijdrage te leveren aan de maatschappelijke effectiviteit van de bestuursrechtspraak doordat daarmee geluiden uit de samenleving beter kunnen doordringen in de rechtspraak.¹⁴ Daarmee sluiten de doelstellingen die de regering voor ogen heeft aan bij de doelstellingen die eerder werden genoemd in het rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht en het Evaluatieonderzoek ABRvS (bijdrage aan rechtseenheid, rechtsvorming hoogste bestuursrechters en bijdrage aan legitimiteit van de uitspraak door participatie, representatie en transparantie).¹⁵

De sterke nadruk op rechtsvorming¹⁶ houdt mogelijk het gevaar in zich dat de inzet van de *amicus-curiae*procedure vooral toepassing vindt in situaties waarin juridisch dogmatische vraagstukken aan de orde zijn. Dat zou een gemiste kans zijn. De meerwaarde van de *amicus curiae* lijkt namelijk niet zozeer te liggen bij de beantwoording van abstracte juridische vragen – die kan de rechter dikwijls zelf goed beantwoorden – maar bij de inbreng van niet juridische informatie.¹⁷ Die observatie komt overigens in het Evaluatieonderzoek ABRvS wel tot uitdrukking, mede naar aanleiding van de grondexploitatiezaak.¹⁸ De regering kiest met het consultatievoorstel voor een zeer summiere basisregeling voor de *amicus curiae*. Dat biedt de ruimte om die figuur ook in te zetten buiten juridisch dogmatische vraagstukken. Het verdient aanbeveling wanneer de regering in de toelichting meer aandacht besteedt aan juist de meerwaarde van de inbreng van niet juridische informatie voor de rechterlijke oordeelsvorming. Op die manier wordt ook duidelijker dat rechtsvorming niet alleen juridisch dogmatisch maar ook praktisch van aard kan zijn.

11 R. Stolk, Y. Schuurmans & J. Esser, 'De *amicus curiae*: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtsbescherming?', *AA* 2019, p. 9-19.

12 Daartoe wordt art. 29 Algemene wet inzake rijksbelastingen aangepast. Zie art. II van het consultatievoorstel.

13 J.E.M. Polak, 'Rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het algemeen bestuursrecht, in bestuursrechtspraak en wetgeving', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 57-67.

14 MvT, p. 1, p. 4.

15 Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016, p. 30; Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 119-120. Aardig om te vermelden is dat ook art. 81 RO 'de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling' als begrippen kent. De functie van de *amicus curiae* lijkt evenwel een hele andere dan van cassatierechtspraak.

16 Zie ook MvT, p. 5.

17 Stolk, Schuurmans & Esser 2019, p. 17.

18 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 121-123.

Daarnaast wordt er in de literatuur op gewezen dat de *amicus curiae* ook van betekenis kan zijn voor de *rechtsbescherming*. Het oogmerk van rechtsbescherming komt in de toelichting van het consultatievoorstel in het geheel niet aan bod. Met name belangenorganisaties die als *amicus curiae* optreden, kunnen hier van toegevoegde waarde zijn.¹⁹ Belangenorganisatie beschikken namelijk vaak over een grote deskundigheid en kunnen goed opkomen voor vraagstukken die de politiek over het hoofd ziet, stemloze belangen, belangen van gemarginaliseerde groepen in de samenleving en voor kleine individuele belangen die opgeteld toch aanzienlijk zijn.²⁰ Gelet hierop zouden belangenorganisaties als *amicus curiae* vanuit een oogpunt van rechtsbescherming meerwaarde kunnen hebben en daarbij ondersteunend kunnen zijn aan zwakkere procespartijen. Daarbij komt dat de toegang tot de rechtsbescherming voor belangenorganisaties in het algemeen zeer beperkt is.²¹ Voor wat betreft de toegang tot de bestuursrechter komt dat door de gerichtheid van het bestuursprocesrecht op individuele geschilbeslechting ('*recours subjectif*'). Daarnaast is de burgerlijke rechter terughoudend als het gaat om de ontvankelijkheid van belangenorganisaties als zij willen opkomen tegen algemene regels. De wetgever heeft daar recent nog een schepje bovenop gedaan door de ontvankelijkheidseisen in artikel 3:305a BW voor belangenorganisaties die een collectieve actie willen instellen, aan te scherpen.²² Dit klemt temeer nu de bestuursrechter op grond van het huidige procesrecht in dergelijke gevallen deze organisaties ook niet als belanghebbende in de zin van artikel 8:26 Awb toelaat in procedures van individuen tegen besluiten waarin eigenlijk exceptieve toetsing aan een algemeen verbindend voorschrift centraal staat. Door rechtsbescherming voor bovenindividuele belangbehartiging uitdrukkelijk te erkennen als doel waaraan de *amicus curiae* een bijdrage kan leveren, kan de rechtspositie van belangenorganisaties worden verstevigd.²³ Het is opmerkelijk dat de regering dit aspect – bewust dan wel onbewust – buiten beschouwing heeft gelaten, aangezien de verbetering van de positie van belangenorganisaties in de literatuur breed wordt gesteund. Het verdient dan ook aanbeveling dat de regering aan dit aspect alsnog aandacht besteedt in de toelichting op het wetsvoorstel.

Vervolgens dringt zich natuurlijk de vraag op welke gevolgen de rechtsbeschermingsdoelstelling zou kunnen meebrengen voor de vormgeving van de *amicus-curiae*procedure. Bij de verdere bespreking van het consultatievoorstel zullen wij, daar waar relevant, op deze vraag ingaan.

3. Een wettelijke grondslag

De regering kiest ervoor de inzet van de *amicus curiae* een wettelijke basis te geven. Voor het experiment met de *amicus curiae* baseerde de ABRvS zich op artikel 8:45 lid 1 Awb. Op grond van dit artikel kan de bestuursrechter ook anderen dan partijen verzoeken inlichtingen te geven. Terecht merkt de regering op dat die bepaling geen grondslag kan vormen voor de inzet van de *amicus curiae*, nu die bepaling daarvoor niet is bedoeld. De bepaling ziet op specifieke informatie die de rechter nodig heeft om op het (hoger) beroep te kunnen beslissen. Bovendien is de bepaling vooral van belang voor bestuursorganen en werkgevers, die op grond van het tweede respectievelijk derde lid ook verplicht zijn aan het verzoek van de rechter te voldoen. Voor anderen dan bestuursorganen en werkgevers geldt die verplichting niet, maar zij zouden kunnen worden opgeroepen als getuigen om een verklaring af te leggen en door middel van de sterke arm gedwongen kunnen worden te verschijnen.²⁴ De regering wijst er – wat er daarvan ook zij²⁵ – op dat bij de *amicus curiae* het belang om informatie te verstrekken en het bepalen van de omvang daarvan ligt bij de *amicus* zelf en niet bij de rechter. Artikel 8:45 Awb lijkt ook vooral te zien op een informatieverzoek aan *bepaalde* derden en biedt daarom geen grondslag om van eenieder informatie te vragen, zoals bij de *amicus-curiae*procedure wel het geval kan zijn.²⁶ Hieraan kan nog worden toegevoegd dat artikel 8:45 Awb niet de mogelijkheid geeft om amici op een zitting te horen maar alleen voorziet in het schriftelijk geven van informatie.²⁷

De wettelijke regeling voor de *amicus curiae* is opgenomen na afdeling 8.1.2A waarin de conclusie van de staatsraad A-G is geregeld. Hoewel wellicht van secundair belang, is de vraag of dit wel de meest logische plek is. Had een plaats in de buurt van artikel 8:45 Awb niet meer voor de hand gelegen, nu de regeling tekstueel ook aansluiting zoekt bij de artikelen 8:45, 8:45a en 8:47 Awb, zoals hierna zal blijken? Een aantal reacties op het consultatievoorstel wijst er hierbij op dat de inzet van de *amicus curiae*, anders dan de conclusie van de staatsraad A-G, niet zozeer ten dienste staat van de rechtseenheid, maar meer ziet op het verkrijgen van informatie, waardoor aansluiting bij de genoemde artikelen meer voor de hand ligt.²⁸ Het zou goed zijn als de regering nog eens een blik werpt op aanbeveling 18, aanhef en onder a, van de 100 Ideeën voor de gemeentelijke regelgever

19 Stolk, Schuurmans & Esser 2019, p. 17-18. Vgl. ook de reactie op de consultatiewet door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.

20 P.J. Huisman & G.A. van der Veen, 'Bestuursproces(recht) als partijengeding. De beperkte toegang voor belangenorganisaties en enige overwegingen ter verruiming daarvan', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 80 en aldaar genoemde literatuur.

21 Zie daarover Huisman & Van der Veen 2018, met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak en literatuur. Zie HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, AB 2016/267, m.nt. G.A. van der Veen & C.N.J. Kortmann, JG 2015/50, m.nt. T. Barkhuysen & E.M. van Dam (*Privacy First*); T. Barkhuysen, 'Ruim baan voor belangenorganisaties', *NJB* 2012/646; T. Barkhuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015/1949; Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2015.

22 *Stb.* 2019, 130 (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie).

23 Uiteraard zijn ook andere, wellicht effectievere, oplossingen mogelijk, zoals rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter tegen algemeen verbindende voorschriften. Zie ook Huisman & Van der Veen 2018, p. 99-100.

24 PG Awb II, p. 442.

25 De rechter zal toch ook zelf gebaat zijn met de inbreng van de *amicus*.

26 MvT, p. 3-4.

27 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 39.

28 Reacties Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en Gemeente Rotterdam.

waarin de open deur is opgenomen: “Plaats bij elkaar wat bij elkaar hoort”.

4. Alleen de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges

Verder beperkt de regering de inzet van de amicus curiae tot de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges.²⁹ Alleen dat al vergt een wettelijke regeling, omdat artikel 8:45 Awb ook betrekking heeft op de eerstelijnsrechters.³⁰ Uit de memorie van toelichting wordt niet helemaal duidelijk waarom de amicus-curiaeprocedure wordt beperkt tot de hoogste rechtscolleges. Het ligt voor de hand dat deze keuze moet worden begrepen tegen de achtergrond van de doelstelling van de amicus curiae die, zoals gezegd, is gericht op het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Het zijn juist de hoogste bestuursrechters die, in de woorden van het Evaluatieonderzoek ABRvS, een “heel geprononceerde rechtsvormende taak” hebben.³¹ Verder geeft de regering hiermee gehoor aan het verzoek van de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges om hen een wettelijke amicus curiae bevoegdheid te geven.³²

Deze keuze van de wetgever is terecht. De hoogste bestuursrechtelijke colleges hebben inderdaad een rol die beter past bij de amicus curiae dan de eerstelijnsrechters. Verder wordt zo voorkomen dat er over dezelfde vragen vanuit verschillende arrondissementen vergelijkbare organisaties als amicus worden opgeroepen. Ten slotte draagt de keuze ook bij aan het in tijd zo kort mogelijk houden van eerste-liniesprocedures.

5. Alleen bij een meervoudige of grote kamer

De amicus curiae kan worden ingezet in zaken die in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer. Daarmee sluit de regering aan bij het toepassingsbereik van de conclusie (artikel 8:12a Awb), welk instrument ook alleen in geval van een meervoudige of grote kamer kan worden ingezet. Het gebruik van de amicus curiae is bedoeld voor een beperkt aantal belangrijke zaken en is volgens de regering daarom niet geschikt voor behandeling bij een enkelvoudige kamer.³³ Aanknoping bij de grote kamer en de conclusie lijkt op het eerste oog voor de hand te liggen, aangezien de inzet daarvan, evenals de amicus curiae, zijn ratio vindt in het belang voor de rechtseenheid of rechtsontwikkeling.³⁴ Daarmee valt toepassing bij een enkelvoudige kamer vanzelfsprekend af. Maar waarom dan wel de mogelijkheid openlaten voor toepassing bij ‘slechts’ een meervoudige kamer? De regering gaat niet op die vraag in. Wellicht kan

daarvoor een rechtvaardiging worden gevonden in het feit dat verwijzing naar een grote kamer en het vragen van een conclusie meestal aan de orde is bij collegeoverstijgende rechtsvragen, zoals de uitleg van bepalingen uit de Awb. De amicus curiae kan evenwel ook in andere zaken, die gebruikelijk door een meervoudige kamer worden behandeld, zijn nut bewijzen, bijvoorbeeld bij de uitleg van bijzondere wetgeving, zoals blijkt uit de pilotzaak over de inbrengwaarde van gronden in het kader van een exploitatieplan.³⁵

6. De betrokkenheid van procespartijen

Het wetsvoorstel regelt dat de procespartijen op twee manieren betrokken worden bij de amicus-curiaeprocedure. Allereerst moet de rechter partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen kenbaar te maken over de inzet van de amicus curiae.³⁶ Daarmee sluit de regering aan bij de aanbevelingen van het Evaluatieonderzoek ABRvS.³⁷ De wensen zouden kunnen gaan over de vraagstelling aan de amicus of over welke specifieke amici moeten worden benaderd. Het kan ook zo zijn dat een partij niet wil dat bepaalde informatie met derden wordt gedeeld of dat hij goede argumenten heeft tegen inzet van de amicus curiae.³⁸ De rechter bepaalt de termijn waarbinnen de wensen kenbaar kunnen worden gemaakt. De regering denkt hierbij aan een termijn van twee weken. Voor de formulering is aangesloten bij artikel 8:47 lid 3 en artikel 8:45 lid 4 Awb over de benoeming van een deskundige respectievelijk het vragen van schriftelijke inlichtingen aan anderen dan partijen.³⁹

In de tweede plaats wordt procespartijen de mogelijkheid geboden hun zienswijze te geven over de door de amici ingediende schriftelijke opmerkingen.⁴⁰ Ook dit sluit aan bij het Evaluatieonderzoek ABRvS en is ingegeven vanuit het beginsel van hoor en wederhoor.⁴¹ Voor de tekst is aansluiting gezocht bij artikel 8:47 lid 5 en lid 6 Awb en artikel 8:45a lid 4 Awb over de benoeming van een deskundige en schriftelijke opmerkingen van de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt.⁴² Ook kunnen partijen reageren op wat amici ter zitting toelichten (zie de volgende paragraaf). Dat is niet geregeld in het voorgestelde artikel 8:12b Awb maar vloeit in wezen al voort uit artikel 8:65 lid 2 Awb dat bepaalt dat partijen het recht hebben het laatste woord te voeren voordat het onderzoek ter zitting door de bestuursrechter wordt gesloten.⁴³

De betrokkenheid van procespartijen bij de inzet van de amicus-curiaeprocedure kan onzes inziens niet worden gemist. Het hedendaagse bestuursprocesrecht beoogt primair

29 Art. 8:12b lid 1 Awb.

30 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 80.

31 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 134.

32 MvT, p. 4. Zie ook *Kamerstukken II 2018/19, 29279, 498*, p. 2.

33 MvT, p. 5, p. 9.

34 Zie art. 8:10a lid 4 Awb respectievelijk *Kamerstukken II 2009/10, 32450, 3*, p. 17 en 44. In de reacties op de consultatiewet wordt de meerwaarde voor de rechtseenheid overigens ter discussie gesteld. Zie reacties Gemeente Rotterdam en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.

35 Zie Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 38, p. 132; Vgl. Stolk, Schuurmans & Esser 2019, p. 17.

36 Art. 8:12b lid 2 Awb.

37 MvT, p. 9 en Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 133.

38 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 32.

39 MvT, p. 10.

40 Art. 8:12b lid 3 Awb.

41 MvT, p. 5, 10; Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 133.

42 MvT, p. 10.

43 MvT, p. 10.

het bieden van subjectieve rechtsbescherming en is gericht op individuele geschilbeslechting ('recours subjectif'). De amicus-curiaeprocedure staat meer ten dienste van de controle op de naleving van het objectieve recht ('recours objectif'). Dat kan voor een rechtszoekende negatief uitpakken voor de uitkomst van zijn individuele geschil met het bestuursorgaan. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de appellerende partij betoogt dat het opnemen van biometrische gegevens in een paspoort in strijd is met het recht op privacy en de rechter een organisatie als amicus uitnodigt die van mening is dat biometrie niet gemist kan worden in de strijd tegen terrorisme. Nu de inzet van de amicus curiae dus ook tegen partijen kan werken, is het goed dat partijen daarbij betrokken worden. Daardoor worden de objectieve karaktertrekken van die procedure weer wat gerelativeerd ten gunste van het 'recours subjectif'.

7. De betrokkenheid van de amici curiae

De inzet van amici curiae beperkt zich niet alleen tot het maken van schriftelijke opmerkingen. Zij kunnen door de rechter ook worden uitgenodigd ter zitting te verschijnen om over hun opmerkingen te worden gehoord.⁴⁴ De reden hiervoor blijkt niet uit de toelichting, behalve dan dat de regering hiermee aansluit bij het Evaluatieonderzoek ABRvS.⁴⁵ Het gaat hier om een bevoegdheid van de rechter; amici hebben geen recht om ter zitting een toelichting te geven. Aanleiding voor bevraging ter zitting kan aangewezen zijn als de door de amicus verstrekte inlichtingen na confrontatie met de overige ingekomen inlichtingen daartoe aanleiding geven.⁴⁶ Het uitnodigen ter zitting zou ook een mogelijkheid voor procespartijen (moeten) bieden om een amicus te bevragen over het eerder schriftelijk ingenomen standpunt en kan zo bijdragen aan een eerlijk proces.

De vraag rijst of de amici curiae op nog andere wijzen betrokken kunnen worden bij de procedure. Het is niet helemaal duidelijk of het wetsvoorstel de betrokkenheid van de amicus curiae uitputtend wil regelen of dat er ruimte bestaat daarover in de procesreglementen aanvullende regels op te nemen. In het Evaluatieonderzoek ABRvS kwam de vraag aan bod of amici curiae moeten kunnen reageren op elkaars opmerkingen of op de reactie van partijen op hun opmerkingen. In het Evaluatieonderzoek ABRvS wordt het eerste – reageren op elkaars opmerkingen – uitdrukkelijk van de hand gewezen.⁴⁷ De reden daarvoor is onduidelijk. Dit aspect is in de literatuur nauwelijks aan bod gekomen. Wellicht is het standpunt van de onderzoekers ingegeven door de interviews met de staatsraden en de questionnaire onder procespartijen en amici. Zij zijn er over het algemeen geen voorstander van. Aan de andere kant zijn er ook staatsraden die menen dat het lobbyisme kan tegengaan of behulpzaam kan zijn als een partij niet goed procedeert

wegens een gebrekkig juridisch niveau.⁴⁸ Uit de questionnaire onder procespartijen en amici blijkt verder dat er nauwelijks behoefte bestond om te willen reageren op de reactie van procespartijen op de door de amici verstrekte inlichtingen.⁴⁹

Deze uitkomst is toch wat onbevredigend. Dat komt wellicht omdat zij niet vanuit de doelstellingen van de amicus curiae is beredeneerd. Mogelijk kan de rechtsbeschermingsdoelstelling (met betrekking tot belangenorganisaties) van de amicus curiae hier uitkomst bieden. Vanuit het oogmerk van rechtsbescherming is namelijk voorstelbaar dat amici moeten kunnen reageren op elkaars stellingen of op de reactie van partijen op de gegeven toelichting om te verzekeren dat de bovenindividuele belangen voldoende worden behartigd, juist ook in geval van zwakkere procespartijen (zoals een staatsraad in het evaluatieonderzoek opmerkte). In het verlengde hiervan zou ook passen dat de amicus curiae, in voorkomend geval, mag reageren op de conclusie van de staatsraad A-G (en de manier waarop hij de opmerkingen van de amicus heeft verwerkt in zijn conclusie). Te denken valt aan de situatie waarin de staatsraad A-G een juridische conclusie van een amicus ter discussie stelt. Dit gebeurde in de waarschuwingszaak waarin de staatsraad A-G de opvatting ter discussie stelde van een amicus dat uit de wettekst van artikel 17d Wet arbeid vreemdelingen volgt dat de waarschuwing van artikel 17b lid 1 Wav een Awb-besluit is.⁵⁰

De rechtsbeschermingsfunctie geeft ook aanleiding om na te denken over de vraag of de amicus curiae de gronden mag aanvullen. Dat is nu niet het geval; de amicus curiae is geen procespartij en heeft geen 'agenderende rol'. Aan de andere kant ligt de omvang van het geding door grondenfouken en de eisen van de goede procesorde bij de hoger beroepsrechters doorgaans al vast, terwijl pas dan inschakeling van de amicus curiae aan de orde is en – vanuit rechtsbeschermingsoogpunt – aan het opwerpen van gronden behoefte kan bestaan. De eventuele mogelijkheid om gronden aan te vullen zou in ieder geval gevolgen hebben voor artikel 8:69 Awb.⁵¹ Bovendien gaat het hier om een wel heel vergaande bevoegdheid die flink afwijkt van het huidige bestuursprocesrecht waar de procespartijen leidend zijn. Wij hebben ook niet eerder gezien, bijvoorbeeld in andere rechtsstelsels, dat het opbrengen van gronden tot de mogelijkheden behoort. Een blik op het EHRM leert ons dat een belangenorganisatie daar niet dient in te gaan op de ontvankelijkheid, gegrondheid en toepassing van het verdrag in de individuele zaak.⁵² Alles afwegend en met name met het oog op het belang van procespartijen is het niet wenselijk dat amici gronden kunnen aanvullen.

44 Art. 8:12b lid 5 Awb.

45 MvT, p. 10; Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 133.

46 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 130.

47 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 133.

48 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 42-43, p. 77.

49 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 110-113.

50 Conclusie staatsraad A-G Widdershoven 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, randnr. 4.15.

51 Zie Huisman & Van der Veen 2018, p. 93.

52 Stolk, Schuurmans & Esser 2018, p. 14.

In het verlengde hiervan rijst ook de vraag of amici curiae niet zelf de gelegenheid zouden moeten hebben om zaken te selecteren waarbij zij bottom-up (feitelijke) informatie en inzichten kunnen verschaffen.⁵³ Voorstelbaar is dat belangenorganisaties een verzoek kunnen indienen om deel te nemen als amici curiae in zaken waarin de rechter nog niet zelf tot inzet van de amicus curiae heeft besloten.⁵⁴ Wanneer amici curiae zelf door middel van een verzoek zaken kunnen initiëren, vereist dat wel een verdere doordenking van de eisen die hieraan gesteld zouden moeten worden. Te denken valt aan toestemming van partijen, transparantie van de amici curiae over hun (financiële) belang, voor wie zij opkomen en openbaarheid van de amicusbrieven. De genoemde transparantie-eisen kunnen ook enig tegenwicht bieden aan de inherente partijdigheid van de amici curiae en de eventuele vrees voor lobbyisme.

Al met al vinden wij het goed dat er nu duidelijkheid bestaat dat de rechter bevoegd is om de amicus curiae ter zitting uit te nodigen om over zijn opmerkingen te worden gehoord. Of amici curiae daarnaast op geen enkele andere wijze meer zouden mogen deelnemen aan de procedure is wat ons betreft geen uitgemaakte zaak. In ieder geval zou het door hen aanvullen van gronden te ver gaan. Nu het rechtsbeschermingsperspectief (nog) niet op het netvlies van de regering staat, liggen nog veel vragen open om over na te denken en om mee te experimenteren. De uitkomst daarvan kan vervolgens aanleiding zijn voor wijziging van de wet dan wel regeling in de procesreglementen.

8. Openstaande vragen

Het consultatievoorstel is zeer beknopt. Een summiere regeling sluit ook aan bij de aanbevelingen van bijvoorbeeld de Commissie rechtseenheid bestuursrecht.⁵⁵ Een sobere regeling heeft het voordeel van flexibiliteit, maar brengt voor partijen en amici curiae ook rechtsonzekerheid met zich. Artikel 8:12b Awb beoogt eigenlijk niets meer dan de voor de hoogste bestuursrechters wettelijke mogelijkheid om verder te experimenteren. Dat betekent dat er nog veel zaken openliggen.

Te denken valt aan het uitnodigingsbeleid. Vindt een open (internet)consultatie plaats of worden bepaalde amici curiae in het bijzonder uitgenodigd? De regering laat dat aan het betrokken rechtscollege.⁵⁶ Het Evaluatieonderzoek ABRvS beveelt aan dat wanneer een specifieke uitnodiging plaatsvindt, om ook altijd een open (internet)consultatie uit te schrijven omdat anders de onpartijdigheid van de rechter

in het geding kan komen.⁵⁷ Naar ons idee had de regering hier wel alvast richting mogen geven door uit te gaan van het in beginsel steeds toepassen van een open (internet) consultatie.

Ook moet worden nagedacht over de aankondiging van de inzet van de amicus curiae. Het voorgestelde artikel 8:12b Awb bevat in het tweede lid enkel de opmerking dat de aankondiging van de inzet van de amicus curiae “geschiedt op een door het college te bepalen wijze.”⁵⁸ Dat daarbij verwarring kan ontstaan, is gebleken bij het experiment in de zaak van de bestuurlijke waarschuwing. De werkelijke bedoeling van de inzet van de amicus curiae in deze zaak werd pas duidelijk in een LinkedInbericht van de voorzitter van de ABRvS. Dit laat ook zien dat de informatie in de uitnodiging de nodige aandacht verdient, zoals informatie over de context van het geschil.⁵⁹

Dat brengt ons ook bij de vraagstelling aan de amici. Volgens het Evaluatieonderzoek ABRvS zou die zo specifiek mogelijk moeten zijn.⁶⁰ De nadruk van het wetsvoorstel op rechtsvorming en rechtseenheid houdt wellicht het risico in zich dat de vraagstelling vooral dogmatische rechtsvragen betreft. Dat zou zonde zijn, aangezien de meerwaarde van de amicus curiae vaak vooral zal zijn gelegen in de inbreng van niet juridische informatie. Het verdient dan ook aanbeveling dat de regering in de toelichting de meerwaarde van de inbreng van niet juridische informatie voor de rechterlijke oordeelsvorming meer benadrukt. Op die manier wordt ook duidelijker dat rechtsvorming niet alleen juridisch dogmatisch maar ook praktisch van aard kan zijn.

Een aspect dat het wetsvoorstel verder onbesproken laat, is de openbaarheid van de amicusbrieven. Het is volgens ons niet meer dan vanzelfsprekend dat die in beginsel ongeanonimiseerd openbaar worden gemaakt.⁶¹ Dat kan ook tegenwicht bieden aan mogelijk lobbyisme. De regering had dit in het wetsvoorstel moeten opnemen, of op z'n minst daarover in de toelichting een standpunt moeten innemen. De verdere uitwerking kan plaatsvinden in de procesreglementen.

De manier waarop de bestuursrechter in zijn uitspraak moet omgaan met de ingebrachte opmerkingen, blijft in het wetsvoorstel eveneens buiten beschouwing. Dat springt in het oog omdat in het Evaluatieonderzoek ABRvS duidelijk is aanbevolen om in de uitspraak in beginsel expliciet te verwijzen naar de amicusbrieven en de rol die de amicusbrieven

53 Stolk, Schuurmans & Esser 2018, p. 18. Zie ook de reactie op de consultatiewet door de Gemeente Rotterdam en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.

54 Deze situatie moet worden onderscheiden van het geval waarin een algemene uitnodiging om deel te nemen als amicus curiae in wezen slechts de gelegenheid inhoudt om een verzoek te doen om een amicusbrief te mogen indienen. Zie voor die situatie De Poorter 2015, p. 47. Dit is door de Commissie rechtseenheid bestuursrecht afgewezen (p. 31).

55 Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016, p. 31, p. 47.

56 MvT, p. 9.

57 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 125.

58 Zo ook art. 8:118m lid 3 aanhef en onder c Awb zoals voorgesteld door de Commissie rechtseenheid bestuursrecht.

59 Zie ook Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 127. In het belastingrecht ligt het wat ingewikkeld om de amici curiae ook te voorzien van bijvoorbeeld processtukken, omdat fiscale procedures achter gesloten deuren plaatsvinden. Zie ook de reactie op het conceptwetsvoorstel door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.

60 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 126-127.

61 Zo ook Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 128-129; Stolk, Schuurmans & Esser 2019, p. 19 en p. 13: het U.S. Supreme Court en het EHRM maken de amicusbrieven steeds openbaar.

in de oordeelsvorming hebben gespeeld inzichtelijk te maken.⁶² De rechtsbeschermingsdoelstelling van de amicus curiae geeft daartoe ook aanleiding. Wanneer een belangenorganisatie als amicus curiae in wezen het gebrek aan juridische en inhoudelijke expertise van een procespartij compenseert, is het vanuit rechtsbeschermingsoogpunt aangewezen dat de rechter in de uitspraak ingaat op wat die belangenorganisatie heeft ingebracht.

9. Experimenteren maar!

Het geïntroduceerde artikel 8:12b Awb beoogt een zeer summiere basisregeling voor de amicus curiae die vooral het verder experimenteren door de hoogste bestuursrechters wettelijk mogelijk maakt. Het is goed dat die wettelijke basis er is, maar het betekent ook dat er nog veel zaken openliggen. De gedachte van de regering is dat de bestuursrechter zoveel mogelijk ruimte heeft om ervaring op te doen met de amicus curiae. Nadere regels kunnen worden neergelegd in de procesreglementen van de rechtscolleges. Ons is niet helemaal duidelijk wat de regering hier beoogt. Is het de bedoeling dat de bestuursrechter eerst verder experimenteert met het instrument en naar aanleiding daarvan *best practices* formuleert die worden neergelegd in de procesreglementen? Wat ons betreft valt te overwegen om vanwege de rechtszekerheid direct bij de inwerkingtreding van artikel 8:12b Awb uitgewerkte procesreglementen te hebben liggen. Daarin zou een evaluatiebepaling kunnen worden opgenomen op grond waarvan de procesreglementen zonodig periodiek kunnen worden aangepast. Op deze manier worden de rechtscolleges vooraf gedwongen om goed na te denken over de details maar wordt ruimte gehouden om daarvan terug te komen en/of daarvan af te wijken.

Wij zijn voorstander van een wettelijke regeling die flexibiliteit biedt. Dat neemt niet weg dat de regering naar onze mening over een aantal openstaande onderwerpen nu al kleur had moeten bekennen door minimumeisen te stellen. Hierbij valt te denken aan het uitnodigingsbeleid, de openbaarheid van de amicusbrieven en de manier waarop de rechter in de uitspraak met de schriftelijke opmerkingen dient om te gaan. Verder laat het wetsvoorstel nog verschillende vragen open over de betrokkenheid van de amici curiae in de procedure. Om die vragen te beantwoorden, zou het oogmerk van rechtsbescherming uitkomst kunnen bieden. De regering leunt nu erg op rechtsvorming en rechtseenheid. Het zou de komende experimenten van de bestuursrechter met de amicus curiae ten goede komen wanneer daarbij ook het rechtsbeschermingsperspectief wordt betrokken. Uiteraard biedt de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer nog de gelegenheid aan onze observaties aandacht te besteden. Wanneer dat echter niet gebeurt, is er nog geen man overboord. Het primaire doel van de wet is om verder experimenteren door de bestuursrechter mogelijk te maken. Tijdens die experimenten kunnen de openstaande vragen en het perspectief van rechtsbescherming ook nog

nader worden verkend. Die ervaringen kunnen vervolgens, indien nodig, aanleiding zijn voor een verfijning van de wettelijke regeling dan wel de procesreglementen. Bij dat laatste is wel van belang dat tussen de hoogste bestuursrechters geen onnodige verschillen ontstaan.

62 Evaluatieonderzoek ABRvS, p. 130-131.