

# Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters

## Een analyse

Manon Hermans<sup>1</sup>

Op 13 oktober 2020 heeft de Eerste Kamer de wet Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters aangenomen. Kruisbenoemingen kunnen een positief effect hebben op de rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het bestuursrecht. De inzet van de grote kamer en de dubbelbenoemde rechters kan niet alleen bijdragen aan harmonisering van bestaande rechtspraak, maar kan ook zorgen voor een gezamenlijke koers in de rechtsvorming. Amici curiae kunnen hierbij de nodige informatie inbrengen. Aan de figuur van amicus curiae zijn risico's verbonden, maar deze kunnen grotendeels geneutraliseerd worden door een goed doordachte toepassing van het instrument. De rechter heeft vanwege de summiere regeling de vrijheid om te experimenteren. Ook de wetenschap kan participeren als amicus. In het beste geval ontstaat zo een debat tussen rechter en wetenschap, wat de rechtsvorming enkel ten goede kan komen.

### 1. Inleiding

Op 13 oktober 2020 heeft de Eerste Kamer de wet Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechters aangenomen.<sup>2</sup> Deze wet brengt twee wijzigingen aan in het bestuursprocesrecht. In de eerste plaats maakt de wet mogelijk dat raadsheren en staatsraden van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak), de Centrale Raad van Beroep (hierna: de Centrale Raad) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College van Beroep), kunnen worden benoemd als raadsheer in bijzondere dienst bij de Hoge Raad. Deze zogenaamde kruisbenoemingen hebben in grote mate te maken met de eerder ingevoerde grote kamer in het bestuursrecht (artikel 8:10a lid 4 Awb).<sup>3</sup> Ten tweede voert de wet het instrument van de amicus curiae in, waardoor het mogelijk wordt dat ook anderen dan partijen inbreng kunnen leveren in een rechtszaak. Volgens de memorie van toelichting zijn beide instrumenten nodig ter verbetering van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling in het bestuursrecht.<sup>4</sup>

Het is opvallend dat het wetsvoorstel zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer als hamerstuk is afgedaan. Er is geen inhoudelijk verslag gemaakt door de betrokken Kamercommissies<sup>5</sup> en er is ook geen Tweede- of Eerste

Kamerdebat over de wet geweest. Het gaat dan ook om procedurele wijzigingen, die waarschijnlijk maar in een beperkt aantal gevallen een rol spelen en daarom politiek gezien minder interessant zijn. Dit betekent echter niet dat kruisbenoemingen en amici curiae niet van belang in het bestuursprocesrecht kunnen zijn. Een analyse is dus aangewezen.

In deze bijdrage analyseer ik de nieuwe regeling voor kruisbenoemingen (par. 2) en de figuur van de amicus curiae (par. 3). Bij elk van deze onderwerpen beschrijf ik in de eerste plaats wat de aanleiding voor het invoeren van het instrument is (par. 2.1 en 3.1). Daarna bespreek ik de nieuwe regeling (par. 2.2 en 3.2) en beoordeel ik deze (par. 2.3 en 3.3). Bij de beoordeling kijk ik of het instrument naar verwachting geschikt is om bij te dragen aan het bereiken van rechtseenheid en rechtsontwikkeling en of er andere voor- en nadelen aan het instrument verbonden zijn. Ik sluit af met een conclusie (par. 4).

### 2. Kruisbenoemingen

#### 2.1. Aanleiding: rechtseenheid in het bestuursrecht

Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaat uit een aantal verschillende rechtsgangen met

verschillende hoogste bestuursrechters, namelijk de Afdeling bestuursrechtspraak, het College van Beroep, de Centrale Raad en de Hoge Raad.<sup>6</sup> Deze hoogste bestuursrechters zijn elk actief op hun eigen terrein. Zo zijn belastingzaken ondergebracht bij de Hoge Raad, oordeelt de Centrale Raad onder meer in sociale zekerheidszaken en doet de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak in vreemdelingen- en omgevingszaken. Toch hebben deze rechters ook veel met dezelfde wetgeving te maken. Het gaat hierbij om algemene nationale bestuursrechtelijke wetgeving, zoals de Awb of de Wet openbaarheid bestuur, maar ook om recht van de Europese Unie of verdragen, zoals het EVRM. De verschillende hoogste bestuursrechters passen dit recht ieder in hun eigen rechtsgebied toe en hierdoor ontstaat het risico op verschillende interpretaties. Zo interpreteren de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad artikel 8:69 Awb, over het aanvoeren van gronden in hoger beroep, ieder verschillend.<sup>7</sup>

De Commissie rechtseenheid bestuursrecht, een door de regering ingestelde commissie onder voorzitterschap van Michiel Scheltema, benadrukt het belang van rechtseenheid voor rechtsstatelijke waarden als gelijkheid, rechtszekerheid en het tegengaan van willekeur. Een gebrek aan rechtseenheid leidt tot minder vertrouwen in en acceptatie van het recht en de rechtspraak.<sup>8</sup> De Commissie wijst er daarnaast op dat rechtseenheid op meerdere niveaus kan bestaan. Zo moet gestreefd worden naar rechtseenheid binnen het bestuursrecht, zowel in het algemeen als in het bijzonder bestuursrecht, maar ook naar rechtseenheid tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden, met name het strafrecht en het privaatrecht.<sup>9</sup> Opgemerkt zij dat eenheid geen absoluut streven is en dat er goede redenen kunnen bestaan voor verschillen.<sup>10</sup>

Rechtseenheid staat hoog op de bestuursrechtelijke agenda. Hoewel er sprake is van relatief veel convergentie,

## Opgemerkt zij dat eenheid geen absoluut streven is en dat er goede redenen kunnen bestaan voor verschillen

### Auteur

1. Mr. M.C.A. Hermans is docent en promovenda bestuursrecht bij het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit. De auteur dankt prof. mr. R.J.N. Schlössels en mr. B. Assink voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

### Noten

2. *Stb.* 2020, 416. Het wetsvoorstel is te vinden in *Kamerstukken II 2019/20, 35550*, nr. 2.  
3. Hierover meer in par. 2.2. Het instrument is ingevoerd in januari 2013 (Wet aanpas-

sing bestuursprocesrecht, *Stb.* 2012, 682).

4. *Kamerstukken II 2019/20, 35550*, nr. 3, p. 1.  
5. Zie *Kamerstukken II 2019/20, 35550*, nr. 5 en *Kamerstukken I 2019/20, 35550*, A.  
6. Dit zijn de belangrijkste, daarnaast zijn ook het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en het College van Beroep voor het Hoger Onderwijs hoogste bestuursrechters.  
7. Zie hierover L.J.M. Timmermans, 'Rechters in het bestuursprocesrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JBSelect*, Den Haag: Sdu 2019, par. 6.  
8. Commissie rechtseenheid bestuursrecht, *Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de*

blijft rechtsongelijkheid in een systeem met meerdere hoogste rechters altijd op de loer liggen. Er zijn verschillende pogingen gedaan om het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te vereenvoudigen, bijvoorbeeld door bepaalde hoogste rechters af te schaffen of samen te voegen, dan wel te integreren in de rechterlijke macht.<sup>11</sup> Na het mislukken van al deze pogingen wordt de oplossing voor rechtseenheidsvraagstukken nu gezocht in zowel informele (buitenwettelijke) als formele (wettelijke) voorzieningen die functioneren in het bestaande stelsel met meerdere hoogste bestuursrechters. Een voorbeeld van een informele voorziening is de Commissie Rechtseenheid bestuursrecht, een buitenwettelijk overlegorgaan met rechters van de vier hoogste bestuursrechtelijke colleges.<sup>12</sup> Een formele voorziening is het instrument van de grote kamer (artikel 8:10a lid 4 Awb). Ook kruisbenoemingen vormen een formele rechtseenheidsvoorziening.

### 2.2. Kruisbenoemingen en de grote kamer

Het is naar huidig recht al mogelijk om rechters van de Afdeling bestuursrechtspraak, het College van Beroep en de Centrale Raad over en weer bij elkaar te benoemen en om raadsheren van de Hoge Raad te benoemen bij deze drie colleges. Het was echter nog niet mogelijk om staatsraden en raadsheren van de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad en het College van Beroep te benoemen als raadsheer in bijzondere dienst bij de Hoge Raad. Op grond van artikel 5a lid 1 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren kunnen namelijk enkel personen die al raadsheer bij de Hoge Raad zijn, worden benoemd als raadsheer in bijzondere dienst. De nieuwe wettelijke regeling maakt de benoeming van rechters van de andere bestuursrechtelijke colleges bij de Hoge Raad nu wel mogelijk en zo ontstaat er daadwerkelijk een stelsel van kruisbenoemingen. Een staatsraad van de Afdeling bestuursrechtspraak kan als raadsheer in bijzondere dienst plaatsnemen in een kamer van de Hoge Raad, bijvoorbeeld vanwege zijn specifieke expertise of kennis van een bepaald onderwerp.

De kruisbenoemingen houden ook verband met het instrument van de grote kamer, aangezien het voor de volle werking van dat instrument nodig is dat rechters uit verschillende bestuursrechtelijke colleges over en weer benoemd worden. Op grond van artikel 8:10a lid 4 Awb kan een meervoudige kamer van een bestuursrechtelijk

*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad*

*van State*, augustus 2016, bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16, 34389*, nr. 9 (hierna: Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2013), p. 11.

9. Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016, p. 13. Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht: en nu doorploegen in de polder!', *NTB* 2017/3, p. 17.

10. Commissie rechtseenheid bestuursrecht 2016, p. 11.

11. Uitgebreid over deze pogingen: Schlössels, *NTB* 2017/3, p. 16-18; R. Ortlep, 'Optimaliseren rechtseenheid tussen de

hoogste bestuursrechters', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (preadvies VAR-reeks 154)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, hoofdstuk 2; R.J.N.

Schlössels & L.J.M. Timmermans, 'Baron von Münchhausen aan het werk in de polder: de hoogste bestuursrechtspraak als (never) ending story?', *TvCR* 2015, afl. 3, p. 124-145.

12. Niet te verwarren met de gelijknamige commissie onder voorzitterschap van Michiel Scheltema. Over de rechterscommissie ook: Ortlep 2015, p. 88-89; B.J. Schueler, 'Waar zit de bestuursrechter van de toekomst?', *NJB* 2012/1217, afl. 21, p. 1458-1461.



college een zaak verwijzen naar een zogenaamde grote kamer 'indien haar dit met het oog op de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling geraden voorkomt.' Een grote kamer bestaat uit vijf leden. Het verwijzen naar een grote kamer is mogelijk bij de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad en het College van Beroep.<sup>13</sup> Het is de bedoeling dat in een grote kamer ook leden van de andere bestuursrechtelijke colleges plaatsnemen.<sup>14</sup> Zo kunnen bijvoorbeeld in een grote kamer op initiatief van de Afdeling bestuursrechtspraak ook raadsheren van de Centrale Raad plaatsnemen. Zij dienen hiervoor wel als staatsraad in bijzondere dienst bij de Afdeling te zijn benoemd.<sup>15</sup> Bij de Hoge Raad bestaat geen grote kamer, aangezien behandeling door vijf rechters daar al het uitgangspunt is (artikel 75 Wet op de rechterlijke organisatie). Door het nieuwe stelsel van kruisbenoemingen kunnen in een kamer bij de Hoge Raad ook raadsheren of staatsraden van de andere colleges participeren. Ook kunnen de raadsheren van de Hoge Raad in grote kamers van de andere bestuursrechters plaatsnemen.

### 2.3. Analyse: grote kamer en kruisbenoemingen

Het dubbel benoemen van raadsheren en staatsraden van de hoogste bestuursrechter draagt naar mijn mening bij aan het verbeteren van de rechtseenheid. Dubbelbenoem-

de rechters zullen waarschijnlijk vooral rechtspreken in zaken waarin hun bijzondere expertise gewenst is en waarin aspecten spelen die ook andere bestuursrechters raken. Als rechters in een ander dan hun 'eigen' college rechtspreken kunnen ze daarmee – bewust, maar ook onbewust – zorgen voor harmonisatie in de toepassing van recht. Voor het bereiken van rechtseenheid in het bestuursrecht is ook van belang dat er een werkcultuur ontstaat waarin alle rechters streven naar zoveel mogelijk eenheid.<sup>16</sup> Rechters die in verschillende colleges rechtspreken kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het ontstaan van deze cultuur.

De nieuwe wet maakt kruisbenoemingen tussen alle hoogste bestuursrechters mogelijk. Er is echter een complicatie. Uit de memorie van toelichting blijkt namelijk dat het niet de bedoeling is dat raadsheren van de Centrale Raad of het College van Beroep worden benoemd bij de Hoge Raad, of andersom. De reden hiervoor is dat de Hoge Raad bij een beperkt aantal zaken van de Centrale Raad en het College een cassatietaak heeft<sup>17</sup> en dus hiërarchisch boven deze colleges staat. Gelet op het belang van onpartijdige en onafhankelijke rechtspraak zijn kruisbenoemingen dan niet wenselijk.<sup>18</sup> Het ontbreken van deze kruisbenoemingen, waardoor de rechters ook niet kunnen deelnemen aan elkaars grote kamers, maakt het instrument van de

**De nieuwe wettelijke regeling maakt de benoeming van rechters van de andere bestuursrechtelijke colleges bij de Hoge Raad nu wel mogelijk en zo ontstaat er daadwerkelijk een stelsel van kruisbenoemingen**



kruisbenoemingen minder effectief voor het bereiken van rechtseenheid. Daar staat tegenover dat de mogelijkheid van cassatie tegen bepaalde uitspraken van de Centrale Raad en het College van beroep juist weer bijdraagt aan de rechtseenheid. Op de terreinen van het belastingrecht, de sociale zekerheid en het economisch bestuursrecht speelt vaak dezelfde wetgeving. Om te voorkomen dat er verschil in uitleg van deze wetten ontstaat, kan wat betreft de uitleg van de Centrale Raad of het College van Beroep van kernbegrippen uit deze wetgeving cassatie worden ingesteld.<sup>13</sup> De Centrale Raad en het College hebben aangegeven dat ze het mogelijk achten kruisbenoemingen in te zetten zonder dat de cassatietaak in gevaar komt, aangezien cassatie maar in een klein aantal zaken voorkomt.<sup>14</sup> Dit zou voor het verbeteren van rechtseenheid ideaal zijn, maar de wetgever heeft gekozen voor het belang van onpartijdige en onafhankelijke rechtspraak. Dat is een

13. Zie art. 8:10a lid 1 en lid 4 Awb.

14. Een grote kamer kan ook worden ingesteld met het oog op eenheid tussen de verschillende kamers binnen één college, dan is de inzet van andere bestuursrechters niet aan de orde.

15. *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, nr. 3, p. 16.

16. Zie ook W. Konijnenbelt, 'De bestuursrechter als salonfähig: grote kamer, rechtseenheid en conclusies', *NTB* 2011/29, par. 2.

17. Zie o.a. art. 129d WW; art. 7m Ziekte-wet; art. 87f WAO; art. 116 WIA; art. 30 WvA; en art. 5 WBSO.

18. *Kamerstukken II* 2019/20, 35550, nr. 3,

p. 8-9.

19. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29529, nr. 3, p. 38; *Kamerstukken II* 2004/05, 30034, nr. 3, p. 218; *Kamerstukken II* 1993/94, 23477, nr. 3, p. 14-15.

20. Dit blijkt uit het advies van de Raad voor de rechtspraak bij het wetsvoorstel, zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35550, nr. 3.

21. Zie voor een overzicht *Kamerstukken II* 2019/20, 35550, nr. 3, p. 21-22.

22. Met uitzondering van CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1198, *Gst.* 2018/105, m.nt. Jak, *JB* 2018/95, m.nt. Peters, (*FMMU I*), maar dit is hersteld in CRvB 15 augustus 2018,

kernwaarde van de rechtspraak en moet wat mij betreft ook prevaleren. Kruisbenoemingen zijn immers niet de enige manier om rechtseenheid te bevorderen.

Ook de grote kamer, waarin kruisbenoemingen een belangrijke rol spelen, draagt bij aan het verbeteren van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Het is de bedoeling dat rechters belangrijke rechtsvragen afstemmen in de grote kamer en dat alle rechterlijke colleges dan de uitspraak van de grote kamer volgen. Sinds de invoering is de grote kamer zo'n vijftien keer ingezet.<sup>21</sup> In al deze gevallen is de uitspraak breed gevolgd door andere rechters.<sup>22</sup> Het gaat daarbij om breed gemotiveerde uitspraken, die veel aandacht krijgen in de wetenschap en over het algemeen positief ontvangen worden.

### 3. Amicus curiae

#### 3.1. Aanleiding: rechtsvorming in het bestuursrecht

Ook het thema rechtsontwikkeling krijgt steeds meer aandacht in het bestuursrecht. Het staat vast dat rechters doen aan rechtsvorming. Hierbij spelen de hoogste rechters een belangrijke rol, omdat lagere rechters in beginsel de rechtspraak van de hoogste rechters volgen. De posities van de Afdeling bestuursrechtspraak, het College van Beroep en de Centrale Raad wijken op het gebied van rechtsvorming echter af van de positie van de Hoge Raad. De Hoge Raad als cassatierechter oordeelt alleen over rechtsvragen en heeft dus meer ruimte om deze vragen in algemene zin te beantwoorden.<sup>23</sup> De andere hoogste bestuursrechters zijn echter hoger beroepsrechter. Dit betekent dat zij niet enkel oordelen over rechtsvragen, maar ook een oordeel over de feiten en de toepassing van het recht op deze feiten moeten geven.<sup>24</sup> Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is daarbij sterk gericht op rechtsbescherming in individuele gevallen.<sup>25</sup> Volgens De Poorter werd rechtsvorming in het bestuursrecht lang gezien als slechts een 'bijproduct' van de concrete geschilbeslechting,<sup>26</sup> maar is dat tegenwoordig niet meer het geval.<sup>27</sup> Er zijn verschillende voorzieningen ter verbetering van de rechtsvorming ingevoerd, zoals de hiervoor besproken grote kamer en de conclusies van de bestuursrechtelijke advocaat-generaal (artikel 8:12b Awb). Een conclusie is een gemotiveerd advies aan de rechter. Door dit advies is de rechter beter geïnformeerd over de

ECLI:NL:CRVB:2018:2554, *Gst.* 2018/142, m.nt. Jak, *JB* 2018/166, m.nt. Peters (*FMMU II*).

23. Zie ook J.C.A. de Poorter, *Het overbruggen van de kloof tussen recht en samenleving (rede)*, Tilburg, 2013, par. 6.1; A. Hammerstein, 'De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer', in: H.D. Tjeenk Willink e.a. (red.), *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 327. Anders over de rol van cassatie met betrekking tot rechtsvorming: Schueler, *NJB* 2012/1217.

24. Vgl. Hammerstein 2011, p. 327; De Poorter 2013, par. 6.1; Schlössels, *NTB* 2017/3, p. 24.

25. *Kamerstukken II* 1991/92, 22495, nr. 3, m.nt. Jak, *JB* 2018/166, m.nt. Peters.

26. Zie 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, p. 40.

27. J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter en hoe het bovenindividuele perspectief in de rechterlijke procedure te verankeren', *AA* 2018, p. 870. Zie ook T. Barkhuysen & N. Jak, 'De amicus curiae in het bestuursrecht wettelijk verankerd: experimenteren maar!', *NTB* 2020/171, par. 2.

verschillende juridische aspecten van een geschil, wat de kwaliteit van rechtsvorming ten goede komt.<sup>28</sup>

Voor goede rechtsvorming is nodig dat de rechter een overzicht heeft van alle aspecten van een rechtsvraag. Dit betreft in de eerste plaats de juridische context, maar ook de maatschappelijke context en de mogelijke consequenties van een uitspraak kunnen een rol spelen. Bij het uitleggen van een wetsartikel of rechtsbeginsel is relevant in welke situaties het artikel ook speelt en hoe een bepaalde interpretatie kan uitpakken in die situaties. Ook is relevant om te weten wat de effecten van een uitspraak op het gedrag van verschillende rechtssubjecten zijn.<sup>29</sup> Al deze informatie overstijgt het individuele geschil en is ook niet altijd juridisch van aard.<sup>30</sup> Een van de manieren waarop de rechter aan deze informatie kan komen is via inbreng van een zogenaamde *amicus curiae*.

### 3.2. Het instrument *amicus curiae*

Een *amicus curiae*, oftewel een vriend van de rechtbank, is een persoon of organisatie die geen partij is bij een geschil, maar wel informatie verschaft aan de rechter. Het gaat daarbij om allerlei soorten informatie, niet enkel juridische.<sup>31</sup> Een *amicus* is niet per se een deskundige en hoeft dan ook niet onafhankelijk of onpartijdig te zijn.<sup>32</sup> Er kunnen allerlei personen als *amicus* optreden, bijvoorbeeld (algemene) belangenorganisaties, politieke partijen, bestuursorganen, werkgevers- of werknemersorganisaties, wetenschappers en particulieren.

De Poorter, groot pleitbezorger van het instrument van de *amicus curiae*, geeft twee argumenten voor het invoeren van het instrument. In de eerste plaats komt in een geschil gericht op individuele geschilbeslechting mogelijk niet alle informatie die relevant is voor de rechtsvorming onder de aandacht van de rechter, omdat partijen met name argumenten en informatie gericht op hun eigen zaak en standpunten naar voren zullen brengen. De *amici curiae* kunnen voor bredere informatie over de juridische en maatschappelijke context van een rechtsvraag zorgen.<sup>33</sup> In de tweede plaats versterkt de figuur van *amicus curiae* de democratische legitimatie van de rechtsvorming door de rechter. De rechter is niet democratisch gekozen, maar heeft als rechtsvormer wel veel invloed op het geldende recht. Inbreng van *amici* kan ervoor zorgen dat maatschappelijke actoren meer invloed hebben op de rechterlijke rechtsvorming.<sup>34</sup> Stolk, Schuurmans & Esser voeren als derde argument ten faveure van de *amicus curiae* aan dat deze ook een versterking van de rechtsbescherming kan zijn. Een *amicus* kan een belanghebbende met minder kennis of middelen ondersteunen of belangen die geen duidelijke eigenaar hebben, zoals milieubelangen, beschermen.<sup>35</sup>

De figuur van de *amicus curiae* is bekend in andere rechtsstelsels. Zo is inzet van *amici* mogelijk bij het Amerikaanse Hoogerechtshof (rule 37 van de *Rules of the*

*Supreme Court of the United States*) en bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (artikel 36 EVRM). Ook in Nederland wordt de figuur op kleine schaal gebruikt. Op grond van artikel 8:45a Awb kunnen in procedures inzake Europees mededingingsrecht de Europese Commissie en de Autoriteit Consument & Markt optreden als *amicus*. Daarnaast is er ook een mogelijkheid voor inbreng van *amici* in prejudiciële procedures bij de Hoge Raad en in prejudiciële procedures over aardbevingsschadevergoeding bij de Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>36</sup>

Na voorstellen voor invoering van *amici curiae* in het algemene bestuursprocesrecht door onder andere de Commissie rechtseenheid bestuursrecht en De Poorter<sup>37</sup> heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in drie zaken geëxperimenteerd met de inzet van *amici*.<sup>38</sup> De evaluatie van de experimenten was overwegend positief.<sup>39</sup> Daarom wordt nu artikel 8:12b toegevoegd aan de Awb. Dit artikel bevat de bevoegdheid voor het inschakelen van *amici* in zaken die aanhangig zijn bij de meervoudige of grote kamer van een van de hoogste bestuursrechters, inclusief de Hoge Raad. Daarnaast bevat het artikel voorschriften voor de te volgen procedure, waaronder de mogelijkheid voor partijen om te reageren op het voornemen tot uitnodigen van *amici* en op de inbreng van de *amici*.

### 3.3. Analyse: *amicus curiae*

#### 3.3.1. Bijdrage aan de rechtsvorming

De *amici* kunnen de rechter informatie verstrekken die de voorliggende zaak overstijgt en die de rechter meer inzicht geeft in de context van de rechtsvraag, wat bijdraagt aan betere rechtsvorming. Een nadeel van de inzet van *amici* is dat de rechter mogelijk wordt blootgesteld aan lobbyisme.<sup>40</sup> Een *amicus* kan en mag partijdig zijn en kan de rechter gekleurd informeren. Het is ook denkbaar dat een partij een *amicus* vraagt om informatie te verstrekken die bij zijn standpunt past.<sup>41</sup> Het omgaan met partijdige standpunten en het waarderen en beoordelen van informatie zijn uiteraard kerntaken van de rechter en lobbyende *amici* hoeven dan ook geen problemen op te leveren.<sup>42</sup> Het is wel de vraag of de rechter als jurist wel allerlei soorten informatie voldoende kan beoordelen.<sup>43</sup>

Hoewel de inzet van *amicus curiae* dus voordelen kan hebben voor de rechtsvorming, kan deze inzet, anders dan sommige voorstanders betogen, ook risico's meebrengen voor de legitimatie van een rechterlijke uitspraak. Het gezag van de rechter en zijn uitspraken is met name gebaseerd op de onafhankelijke en onpartijdige positie van de rechter.<sup>44</sup> Als de rechter zich te veel openstelt voor lobbyende organisaties, kan dit leiden tot een schijn van partijdigheid. Dit kan al ontstaan bij de keuze voor het al dan niet uitnodigen van bepaalde partijen als *amicus*.<sup>45</sup> De inzet van *amici* maakt de verschillende belangen die spelen bij een uitspraak beter zichtbaar. Als de rechter uitspraak doet overeenkomstig het standpunt van een bepaalde *amicus*, kan dit leiden tot kritiek omtrent zijn (on)partijdigheid. Daar kan tegenin gebracht worden dat het goed is dat de belangen zichtbaar worden, aangezien ze toch wel spelen en juist het gebrek aan transparantie leidt tot een schijn van partijdigheid.<sup>46</sup> Naast lobbyisme is bij het argument van betere democratische legitimatie van rechtsvorming nog de vraag of de inbreng van *amici*

**Een *amicus* is niet per se een deskundige en hoeft dan ook niet onafhankelijk of onpartijdig te zijn**

## Het nieuwe artikel 8:12b Awb bevat een zeer summiere regeling. Er is niets geregeld over transparantie, de wijze van uitnodigen van amici of het gebruik van de inbreng van de amici

wel leidt tot een accurate representatie van alle maatschappelijke actoren. Sommige actoren, zoals particulieren of de wetenschap, komen mogelijk minder naar voren als amicus, terwijl anderen, zoals belangengroeperingen, oververtegenwoordigd zijn.<sup>47</sup>

De mogelijke risico's hoeven er niet toe te leiden dat de amicus curiae niet ingezet wordt. Amici leveren immers een positieve bijdrage aan rechtsvorming. Het lijkt mij wel dat inzet van amici alleen onder bepaalde voorwaarden kan plaatsvinden. Een eerste voorwaarde is transparantie. Als amici transparant zijn over hun (financiële) belangen en hun inbreng ook openbaar wordt gemaakt, is voor iedereen duidelijk wanneer er sprake is van lobbyïsme.<sup>48</sup> De rechter kan daar dan rekening mee houden. Verder moet, om de schijn van partijdigheid te voorkomen, de rechter ook transparant zijn over de inzet van amici. Het heeft de voorkeur om altijd een open uitnodiging voor amici te versturen, zodat iedereen een kans heeft om inbreng te leveren.<sup>49</sup> Daarnaast lijkt het mij wenselijk dat de rechter in zijn uitspraak ook motiveert waarom hij bepaalde informatie of standpunten van amici wel of niet volgt.<sup>50</sup> Hiermee kan kritiek voorkomen worden. Omdat deze uitgebreide motivering op dit moment nog geen gebruikelijke praktijk is, vraagt dit een flinke verandering van de rechters.

Een tweede voorwaarde voor het gebruik van amici is dat het niet mag leiden tot ontoelaatbare vertraging of te hoge werkdruk. Te grote vertraging kan voorkomen worden door strakke deadlines en een goede selectie van zaken. De invloed op de werkdruk zal beperkt zijn, omdat het instrument van amicus curiae waarschijnlijk in een beperkt aantal zaken zal worden ingezet, vergelijkbaar

met de inzet van de grote kamer.<sup>51</sup> Daarbij kan de rechter ook eisen stellen met betrekking tot de kwaliteit van de inbreng van amici, waardoor hij zo min mogelijk tijd besteedt aan minder nuttige inbreng.<sup>52</sup>

Het nieuwe artikel 8:12b Awb bevat een zeer summiere regeling. Er is niets geregeld over transparantie, de wijze van uitnodigen van amici of het gebruik van de inbreng van de amici. Volgens de memorie van toelichting is de regeling zo open om de bestuursrechters de mogelijkheid te geven met het instrument te experimenteren.<sup>53</sup> Dit biedt mogelijkheden om bovenstaande voorwaarden te incorporeren in de praktijk van het gebruik van de amici. Daarnaast schrijft artikel 8:12b Awb wel voor dat amici kunnen worden uitgenodigd op zitting en dat partijen mogen reageren op de inbreng van amici. Dit zijn ook waarborgen tegen mogelijk (verscholen) lobbyïsme en schijn van partijdigheid.

### 3.3.2. Aanvulling op bestaande regelingen?

De figuur van amicus curiae kan een bijdrage leveren aan betere rechtsvorming. Maar kan de informatie die een amicus kan leveren niet ook via al bestaande kanalen de rechter bereiken? Het meest voor de hand liggende bestaande kanaal is de conclusie van de advocaat-generaal. Het is zeker mogelijk dat de advocaat-generaal in zijn conclusie aandacht besteedt aan de bredere context en mogelijke gevolgen van een uitspraak. De personen die tot nu toe als advocaat-generaal hebben opgetreden zijn echter allemaal jurist (zij zijn immers ook staatsraad of raadsheer) en de conclusies zijn vooral juridisch van aard.<sup>54</sup> De advocaat-generaal is dus niet zozeer de maat-

28. Zie ook *Kamerstukken II 2009/10*, 32450, nr. 3, p. 17.

29. De Poorter noemt dit de *judicial and behavioural consequences* van een rechterlijke beslissing. Zie o.a. J.C.A. de Poorter, 'Responsief bestuursrecht en de amicus curiae', *NTB 2018/34*, p. 202.

30. Vgl. J.C.A. de Poorter, 'De rechtsvormende taak en het 'bovenindividuele perspectief'', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 635-636.

31. Vgl. *Kamerstukken II 2019/20*, 35550, nr. 3, p. 1; De Poorter, *NTB 2015/7*, p. 46. Zie ook R. Stolk, Y.E. Schuurmans & J.E. Esser, 'De amicus curiae: een instrument voor rechtsvorming of ook voor rechtbescherming', *AA 2019*, p. 9.

32. De Poorter, *NTB 2015/7*, p. 46; Stolk, Schuurmans & Esser, *AA 2019*, p. 10; C.J.

de Lange, 'De centrale overheid als amicus curiae', *JBplus 2019/2*, par. 1.

33. De Poorter, *NTB 2015/7*, p. 40-41. Zie ook: *Kamerstukken II 2019/20*, 35550, nr. 3, p. 4; T. Barkhuysen, *NJB 2014/519*, afl. 10, p. 633; J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusen & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd*, Raad van State 2018, par. 2.2.1 (te raadplegen via: [www.raadvanstate.nl/@112568/evaluatie-amicus/](http://www.raadvanstate.nl/@112568/evaluatie-amicus/)).

34. De Poorter, *NTB 2015/7*, p. 42. De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018, par. 2.2.2. Zie ook Stolk, Schuurmans & Esser, *AA 2019*, p. 10.

35. Stolk, Schuurmans & Esser, *AA 2019*, p. 10.

36. Zie art. 393 lid 2 Rv; art. 27gc lid 2 AWR en art. 17 lid 2 Tijdelijke wet Groningen.

37. Zie de verschillende aangehaalde bijdragen van de Poorter en Commissie rechts-

eenheid bestuursrecht 2016, p. 30-31.

38. Namelijk: ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449, *AB 2018/224*, m.nt. Ortlep; ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903, *NJB 2018/707*; ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:260, *NJB 2019/427*.

39. De Poorter, Van Heusen & De Lange 2018.

40. Schlössels, *NTB 2017/3*, p. 25; Stolk, Schuurmans & Esser, *AA 2019*, p. 14.

41. De Lange, *JBplus 2019/2*, par. 2.1.

42. De Poorter, *NTB 2015/7*, p. 46; Barkhuysen, *NTB 2014/159*.

43. De Lange, *JBplus 2019/2*, par. 2.3.

44. Vgl. Schlössels, *NTB 2017/3*, p. 25; A.J.C. De Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht, een gestrande missie?', *O&A 2017/4*, p. 31-32.

45. In dezelfde zin de Afdeling Advisering van de Raad van State: *Kamerstukken II*

2010/11, 32612, nr. 4, p. 9.

46. De Poorter, Van Heusen en De Lange 2018, p. 28.

47. Vgl. Schlössels, *NTB 2017/3*, p. 25.

48. Vgl. Barkhuysen & Jak, *NTB 2020/171*, par. 8; De Poorter 2019, p. 641.

49. Vgl. Barkhuysen & Jak, *NTB 2020/171*, par. 8; De Poorter 2019, p. 641.

50. Vgl. De Poorter, *NTB 2018/37*, p. 203; Schlössels, *NTB 2017/3*, p. 25. Barkhuysen & Jak, *NTB 2020/171*, par. 8.

51. *Kamerstukken II 2019/20*, 35550, nr. 3, p. 5.

52. De Poorter, Van Heusen & De Lange 2018, p. 29.

53. *Kamerstukken II 2019/20*, 35550, nr. 3, p. 5. Uitgebreid over de gekozen regeling: Barkhuysen & Jak, *NTB 2020/171*.

54. In dezelfde zin: *Kamerstukken II 2009/10*, 32450, nr. 3, p. 17.

## Uit artikel 8:34 Awb volgt dat een deskundige zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten moet vervullen

schappelijke actor die brede informatie aan de rechter verstrekt. Het instrument van *amicus curiae* is dus een aanvulling op de conclusie van de advocaat-generaal zoals deze op dit moment ingevuld wordt, ook omdat de amici eveneens in zaken kunnen worden ingezet waarin geen grote kamer of conclusie aan de orde is.

Een tweede actor die de rechter kan voorzien van informatie, is de deskundige. De bestuursrechter kan een deskundige benoemen in het vooronderzoek (artikel 8:47 Awb) of ter zitting (artikel 8:60 Awb). De wet bevat geen definitie van een deskundige en eenieder die als zodanig benoemd is, kan dus deskundige in de zin van de Awb zijn.<sup>55</sup> Artikel 8:47 lid 2 en 8:60 lid 2 Awb eisen enkel dat de rechter de deskundige een opdracht moet geven, maar de wet geeft geen inhoudelijke eisen voor deze onderzoeksoverdracht. De deskundige heeft in het bestuursprocesrecht een bijzondere positie. Uit artikel 8:34 Awb volgt dat een deskundige zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten moet vervullen. De literatuur eist van een deskundige dat hij speciale en relevante kennis of kunde heeft en dat hij daarnaast onafhankelijk van zijn opdrachtgever en onpartijdig ten opzichte van partijen die bij het onderzoek zijn betrokken, adviseert.<sup>56</sup> De speciale kennis en onpartijdigheid van een deskundige zijn van groot belang. Aan een advies van een deskundige wordt immers veel waarde gehecht en de rechter zal dan ook in beginsel afgaan op het oordeel van een deskundige, tenzij blijkt dat het oordeel gebrekkig is.<sup>57</sup>

Het is mogelijk om de informatie die de rechter van amici kan ontvangen, dat wil zeggen informatie over de maatschappelijke context en mogelijke consequenties van een uitspraak, via deskundigen te verkrijgen. De wet geeft geen eisen aan de persoon van de deskundige en uit de literatuur volgt enkel de eis van specifieke en relevante kennis, maar deze kennis kan een maatschappelijke actor natuurlijk ook bezitten. De deskundige die 'brede' informatie aandraagt moet echter wel onpartijdig zijn. Bij het instrument van de *amicus curiae* is deze onpartijdigheid daarentegen geen vereiste. Een *amicus* mag partijdig zijn, juist ook omdat de rechter bij rechtsvorming gebaat kan zijn bij informatie uit alle hoeken van de samenleving. De figuur van *amicus curiae* is dus ruimer dan de traditionele deskundige. Het lijkt mij verstandig, vanwege het gewicht dat aan een advies van een deskundige wordt gehecht, deze positie te bewaren voor de deskundige in strikte zin, dat wil zeggen de personen met bijzondere kennis, die onpartijdig adviseren.

### 3.3.3. Lessen uit het buitenland

Zoals al benoemd bestaat de figuur van *amicus curiae* al geruime tijd bij het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten en het EHRM. Mogelijk kunnen er uit de buiten-

landse ervaringen lessen voor het gebruik van amici in Nederland getrokken worden.<sup>58</sup>

In de Verenigde Staten wordt het instrument van *amicus curiae* veel gebruikt, namelijk in ruim 90% van de zaken.<sup>59</sup> Uit onderzoek onder oud-griffiers van het Hooggerechtshof blijkt dat de meerderheid van deze griffiers vindt dat de meerwaarde van *amicus*-brieven groot is, met name in geval van specialistische of technische procedures of als de brieven niet-juridische informatie bevatten.<sup>60</sup> Hieruit kan naar mijn mening worden afgeleid dat de inbreng van *amicus curiae* bij rechtsvormende uitspraken, wat bij het Hooggerechtshof bijna altijd aan de orde is, een meerwaarde biedt. Bij het EHRM worden amici minder vaak gebruikt, maar dit kan verklaard worden door het feit dat zaken voor het EHRM niet altijd nieuwe rechtsvragen bevatten en dat de amici die optreden voor het EHRM vaak professionele partijen zijn, die bewust zaken selecteren voor hun inbreng.<sup>61</sup>

Het nadeel van inzet van amici is dat er een gevaar voor lobbyisme bestaat, waardoor een schijn van partijdigheid van de rechter kan ontstaan en mogelijk de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak aangetast wordt. Bij het EHRM wordt lobbyisme niet als een groot gevaar gezien. Dit is waarschijnlijk omdat de amici bij het EHRM meestal non-gouvernementele organisaties zijn, die opkomen voor mensenrechten. Deze organisaties worden minder snel gezien als lobbyisten, omdat zij niet in hoofdzaak opkomen voor eigen (financiële) belangen.<sup>62</sup> In de Amerikaanse literatuur komt lobbyisme wel aan de orde, maar het wordt meestal gezien als een onvermijdelijk bijeffect van *amicus*-inbreng. Omdat de amici bij het Hooggerechtshof ook mogen optreden ter versterking van de rechtsbescherming, is het geaccepteerd dat zij expliciet een bepaald belang vertegenwoordigen.<sup>63</sup>

Het risico van lobbyisme en partijdigheid kan verminderd worden door transparantie, zoals besproken in par. 3.3.1. Ook bij het Hooggerechtshof wordt de oplossing gezocht in transparantie. Amici moeten namelijk in hun brief vermelden voor welke partij zij optreden of welk belang zij hebben, waaronder ook hun financiële belangen.<sup>64</sup> De brieven van amici worden ook openbaar gemaakt.<sup>65</sup> Als een rechter volledig op de hoogte is van de achtergrond en belangen van amici, kan hij naar mijn mening goed beoordelen hoe hij de informatie van amici moet gebruiken. Door de openbaarheid van brieven wordt de schijn van lobbyisme en partijdigheid verminderd. In par. 3.3.1 is betoogd dat rechters in hun motivering ook aandacht zouden moeten besteden aan de inbreng van amici. Uit de praktijk bij het Hooggerechtshof blijkt dat de rechters dit relatief weinig doen<sup>66</sup> en dat dit dus niet perse vereist is voor een goede werking van het instrument. Idealiter benoemt de rechter amici wel in de motivering, voor zo veel mogelijk transparantie.

Een tweede mogelijk nadeel van *amicus curiae* is een te grote werkdruk voor de rechters. Dit probleem speelt met name bij het Amerikaanse Hooggerechtshof, aangezien hier veel *amicus*-brieven ingediend worden. Toch is deze hoge werkdruk nog geen reden geweest om de toegang voor amici te beperken.<sup>67</sup> Inbreng van amici bij het Hooggerechtshof geschiedt meestal op initiatief van de amici. Er geldt daarom wel een toestemmingsvereiste: amici moeten toestemming krijgen van partijen of, indien

partijen weigeren, van het Hof.<sup>68</sup> Het Hof verleent vrijwel altijd toestemming.<sup>69</sup> Voor het Nederlandse bestuursrecht kan een toestemmingsvereiste worden overwogen en dit kan een goede manier zijn om werkdruk te beperken. Er zijn echter ook nadelen. Het al dan niet verlenen van toestemming kan leiden tot een schijn van partijdigheid. Het niet verlenen van toestemming kan ook juist voor extra werk zorgen, omdat dit idealiter gemotiveerd zal moeten gebeuren.

Uit het hiervoor genoemde onderzoek onder voor- malige griffiers van het Hoogerechtshof volgt overigens dat het risico op een te hoge werkdruk genuanceerd moet worden. Kwalitatief goede brieven kunnen juist werk sche- len.<sup>70</sup> Daarnaast is er geen verplichting om de brieven te lezen of te gebruiken, dus een rechter kan ook brieven negeren als hij deze niet nuttig acht.<sup>71</sup> Deze nuanceringen gelden ook voor de inzet van amici bij de Nederlandse bestuursrechter.

Ten slotte kort aandacht voor het feit dat zowel bij het Hoogerechtshof als het EHRM de inbreng van amici geschiedt op initiatief van de amici zelf. Dit wijkt af van het nieuwe artikel 8:12b Awb, waar juist enkel inbreng van amici op uitnodiging van de rechter ingeregeld is. In para- graaf 3.3.1. is betoogd dat dit altijd een open uitnodiging zou moeten zijn, om schijn van partijdigheid te voorko- men. Als er sprake is van een open uitnodiging, lijkt het mij (nog) niet nodig om ook in Nederland amicusbrieven op initiatief van amici mogelijk te maken. De rechter kan kiezen in welke zaken hij inbreng wil, wat ook helpt om te grote werkdruk te voorkomen.

## Als een rechter volledig op de hoogte is van de achtergrond en belangen van amici, kan hij naar mijn mening goed beoordelen hoe hij de informatie van amici moet gebruiken

### 4. Conclusie

Kruisbenoemingen hebben een positief effect op de bevordering van rechtseenheid en rechtsontwikkeling in het bestuursrecht. De inzet van de grote kamer en de dub- belbenoemde rechters kan niet alleen bijdragen aan de harmonisering van bestaande rechtspraak, maar kan ook zorgen voor een gezamenlijke koers in de rechtsvorming. Amici curiae kunnen hierbij de nodige informatie inbreng- en. Aan de figuur van amicus curiae zijn risico's verbon- den, maar deze kunnen grotendeels geneutraliseerd worden door een goed doordachte toepassing van het instrument. De rechter heeft vanwege de summiere rege- ling de vrijheid om te experimenteren. Ik twijfel er niet aan dat de Nederlandse bestuursrechters met zorg gebruik zullen maken van de nieuwe instrumenten. Ook de wetenschap kan participeren als amicus. In het beste geval ontstaat zo een debat tussen rechter en wetenschap, wat de rechtsvorming enkel ten goede kan komen! •

55. M. Visser, 'Wie of wat is een deskundi- ge?', *Expertise en Recht* 2019/4, p. 141; A.C. Hendriks, 'Recht op een eerlijk proces en deskundigenbewijs', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JBSelect*, Den Haag: Sdu 2019, p. 262.

56. L.M. Koenraad, 'De bestuursrechter en zijn deskundige', *Expertise en Recht* 2016/4, p. 157. Vgl. ook Visser, *Expertise en Recht* 2019/4, p. 143-144, 146.

57. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1967, r.o. 6.2; CRvB 6 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:789, AB 2019/374, m.nt. Hendriks, r.o. 4.5. Zie ook *Kamerstukken II 1991/92, 22495*, nr.

3, p. 131.

58. Voor deze paragraaf maak ik dankbaar gebruik van het onderzoek van Stolk, Schuurmans & Esser (AA 2019, p. 12 e.v.) naar de praktijk van amici curiae bij het EHRM en het Hoogerechtshof. Mijn bescheiden bijdrage is het doortrekken van lessen uit deze beschrijving naar de huidige Nederlandse regeling.

59. Zie A.J. Franze & R.R. Anderson, 'In Quiet Term, a Drop in Amicus Curiae at the Supreme Court', *The National Law Journal* 2017.

60. K.J. Lynch, 'Best Friends? Supreme Court Low Clerks on Effective Amicus

Curiae Briefs', *Journal of Law & Politics* 2004, p. 41-42.

61. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 13.

62. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 14.

63. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 14.

64. Zie Rule 37 van de Supreme Court Rules, par. 6. Bij het EHRM geldt enkel de eis dat amici moeten aangeven welk belang zij behartigen.

65. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 13.

66. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019,

p. 13. Naar brieven van de Solicitor Gene- ral, een amicus die de federale overheid vertegenwoordigt en die zeer vaak brieven inbrengt, wordt wel geregeld verwezen.

67. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 13.

68. Rule 37 van de Supreme Court Rules, par. 3.

69. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 12.

70. Stolk, Schuurmans & Esser, AA 2019, p. 14.

71. Lynch, *Journal of Law & Politics* 2004, p. 43 e.v.