







**Colofon**

Dit is een uitgave van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (september 2018)

**Auteurs**

prof. mr. J.C.A. de Poorter

mr. L.A. van Heusden

mr. C.J. de Lange

**Vormgeving en opmaak**

Xerox/OBT, Den Haag

**Druk**

Xerox/OBT, Den Haag

**Contact**

Raad van State

Postbus 20019

2500 EA Den Haag

[www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)

[voorlichting@raadvanstate.nl](mailto:voorlichting@raadvanstate.nl)

ISBN 978-90-827490-4-5

# Inhoudsopgave

## Voorwoord

### 1 Inleiding: aanleiding, opzet en methode

1.1	Aanleiding voor en doelstelling van dit onderzoek	13
1.2	Een korte schets van de drie zaken	14
1.3	Beoogde doelen en voorziene voor- en nadelen van de amicus curiae	16
1.3.1	Evaluatiekader	16
1.3.2	Doelstelling en voorziene voor- en nadelen	16
1.4	Onderzoeksvraag en deelthema's	17
1.5	Opzet en methode van het onderzoek	17
1.6	Terminologie	19

### 2 Literatuurstudie

2.1	Inleiding	23
2.2	De materiële werking van de amicus curiae	24
2.2.1	Hulpmiddel bij rechtsvorming door inzicht in macrogevolgen	24
2.2.2	Legitimiteit van rechtsvorming	25
2.2.3	Wat moet worden verstaan onder een amicus curiae?	26
2.2.4	Materiële bijwerkingen: het gevaar van lobbyïsme en verhoging van werklast en doorlooptijden	28
2.3	De processuele inbedding van de amicus curiae	29
2.3.1	Uitnodigingsbeleid	29
2.3.2	Rol van de procespartijen in relatie tot de amicus curiae	31
2.3.3	Een filter tegen stortvloed aan reacties	33
2.3.4	Openbaarheid van de reacties	35
2.3.5	Verhouding met de grote kamer en de staatsraad/raadsheer A-G	37
2.3.6	Juridische grondslag van de amicus curiae in de Awb?	39
2.4	Afronding	41

### 3 Dossierstudie

3.1	Onderzoeksmethode	47
3.1.1	Beantwoordt de inzet van de amicus curiae aan het daarmee beoogde doel?	47
3.1.2	Vijf vragen over de processuele inbedding van de amicus curiae	49

3.2	De materiële werking van de amicus curiae	50
3.2.1	Inzicht in de macro-effecten	50
3.2.2	Legitimiteit van rechtsvorming	52
3.3	Materiële bijwerkingen: het gevaar van lobbyisme en verhoging van werklast en doorlooptijden	55
3.3.1	Lobbyisme	55
3.3.2	Werklast en doorlooptijden	56
3.4	Processuele inbedding van de amicus curiae	58
3.4.1	Uitnodigingsbeleid	58
3.4.2	Openbaarheid van de reacties	59
3.4.3	De rol van de amicus en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus	61
3.5	Afronding	63
<b>4</b>	<b>Interviews</b>	
4.1	Onderzoeksmethode	67
4.2	Doel van de inzet van de amicus curiae	68
4.3	Het gevaar van lobbyisme	71
4.4	Uitnodigingsbeleid	73
4.5	Openbaarheid amicusbrieven	75
4.6	Rol van de amicus en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus	76
4.7	Juridische grondslag	78
4.8	Afronding	79
<b>5</b>	<b>Questionnaires</b>	
5.1	Onderzoeksmethode	83
5.1.1	Beantwoordt de inzet van de amicus curiae aan het daarmee beoogde doel?	84
5.1.2	Vijf vragen over de processuele inbedding van de amicus curiae	85
5.2	De materiële werking van de amicus curiae	87
5.2.1	Inzicht in de macro-effecten	87
5.2.2	Legitimiteit van rechtsvorming	90
5.3	Materiële bijwerkingen: het gevaar van lobbyisme en verhoging van werklast en doorlooptijden	96
5.3.1	Lobbyisme	96
5.3.2	Doorlooptijden	100
5.4	Processuele inbedding van de amicus curiae	103
5.4.1	Uitnodigingsbeleid	103
5.4.2	Openbaarheid van de reacties	107
5.4.3	De rol van de amicus en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus	110
5.5	Juridische grondslag van de amicus curiae	113
5.6	Conclusie	114

## **6 Conclusie**

6.1	Inleiding	119
6.2	Het antwoord op de eerste onderzoeksvraag	119
6.3	Tweede onderzoeksvraag: specifieke aandachtspunten	124
6.3.1	Het uitnodigingsbeleid	125
6.3.2	De vraagstelling in de uitnodiging	126
6.3.3	Eisen aan de persoon van de amicus curiae en aan de vorm, inhoud en omvang van de inbreng	127
6.3.4	De openbaarheid van de ingekomen opmerkingen	128
6.3.5	De rol van de amicus mede in relatie tot die van procespartijen en de andere amici	129
6.3.6	Doorwerking van de amicusbrieven in de motivering van de uitspraak	130
6.4	Afronding	131

## **Bijlagen**

1	Literatuurlijst	137
2	Lijst van geïnterviewde staatsraden	141
3	Vragen interviews	142
4	Questionnaire procespartijen	145
5	Questionnaire amici	150





# Voorwoord



Voor u ligt het rapport over het evaluatie-onderzoek naar de toepassing van de figuur van de amicus curiae bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In drie procedures heeft de Afdeling bestuursrechtspraak inmiddels ervaring opgedaan met de inbreng van deze ‘meedenkers’ als informanten van de rechter. Doel is te onderzoeken of deze figuur een nuttige bijdrage kan leveren aan de rechtsontwikkeling.

Het onderzoek is op verzoek van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak uitgevoerd door drie onderzoekers, te weten Jurgen de Poorter, Louise van Heusden en Christian de Lange. De Poorter is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Tilburg University en ten tijde van de start van het onderzoek in 2017 ook raadadviseur bij de Raad van State. Van Heusden is promovenda/onderzoekster bij de Tilburg University en verbonden aan de kennisunit van de Afdeling bestuursrechtspraak. Christian de Lange is onderzoeker aan dezelfde universiteit. Zij hebben het wetenschappelijk onderzoek in onafhankelijkheid uitgevoerd. Het onderzoek bevat de bevindingen van de onderzoekers. Het rapport sluit af met conclusies en aanbevelingen. Die aanbevelingen zijn afkomstig van de onderzoekers. Het onderzoek is afgerond in juli 2018.

Het is nu aan de Afdeling bestuursrechtspraak om, op basis van het rapport en de aanbevelingen, de koers te bepalen en te beslissen om al dan niet door te gaan met de figuur van de amicus curiae en – indien zij vaker inbreng vraagt aan anderen dan partijen – duidelijkheid te verschaffen over de positie van de amici en hun inbreng in de procedure. Dat zal gebeuren in samenspraak met de andere hoogste bestuursrechters.

Het rapport bevat een schat aan waardevolle informatie. Ik spreek de hoop uit dat het bijdraagt aan de rechtsontwikkeling van het bestuursprocesrecht.

mr. B.J. van Ettekoven  
Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak



# Inleiding: aanleiding, opzet en methode

1



## 1.1 Aanleiding voor en doelstelling van dit onderzoek

In het najaar van 2017 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in een drietal zaken besloten anderen dan partijen ingevolge artikel 8:45, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) om schriftelijke inlichtingen te vragen. Het vragen om inlichtingen aan anderen dan partijen geschiedde in zaken waarin de Afdeling zich gesteld zag voor een rechtsvraag die haar noopte tot een rechtsvormende beslissing. De Afdeling had in die zaken behoefte om anderen dan partijen te laten ‘meedenken’, primair om beter zicht te krijgen op de gevolgen die zij met haar uitspraak in de rechtspraktijk zou aanrichten. De inschakeling van deze zogenaamde ‘amici curiae’ voert terug op interne besluitvorming in een Juridisch Voorzittersoverleg uit 2017. Daarbij is beslist om in eerste instantie in een of enkele zaken te experimenteren met de figuur van de amicus curiae alvorens te beslissen over een eventuele bredere inzet ervan. Dit onderzoek geeft uitvoering aan die afspraak.

De figuur van de amicus curiae is met name bekend uit de Angelsaksische rechtssystemen, maar is ook in het Nederlandse recht geen onbekende. De Awb kent in artikel 8:45a een regeling ten aanzien van twee specifieke amici curiae: de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt. Het gaat dan om de mogelijkheid voor genoemde Commissie en Autoriteit om, hoofdzakelijk in het kader van procedures op het terrein van het financiële bestuursrecht, schriftelijk en in bijzondere gevallen ook mondeling opmerkingen te maken. En in het kader van de versterking van de cassatierechtspraak is door de commissie normstellende rol Hoge Raad bepleit om voor de gevallen waarin cassatie in het belang der wet wordt ingesteld, de mogelijkheid te openen om bij (groepen van) belanghebbenden bestaande kennis aan te boren.<sup>1</sup> Interessanter, omdat het vaker plaatsvindt dan cassatie in het belang der wet, is de in artikel 393, tweede lid Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), respectievelijk artikel 27gc, tweede lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) aan de civiele kamer respectievelijk de belastingkamer van de Hoge Raad geboden mogelijkheid om in zaken waarin aan genoemde kamers een prejudiciële vraag wordt gesteld, anderen dan partijen de gelegenheid te bieden schriftelijke inlichtingen te verstrekken. De Commissie rechtseenheid bestuursrecht onder leiding van regeringscommissaris Scheltema deed recent nog een voorstel om een regeling voor de amicus curiae op te nemen in de Awb, maar dat voorstel is als onderdeel van het wetsvoorstel tot herstructurering van de hoogste bestuursrechtspraak voorlopig in de ijskast gezet.<sup>2</sup> Inmiddels is overigens in artikel 18 van het ter internetconsultatie voorgedragen conceptwetsvoorstel voor een Wet Instituut mijnbouwschade Groningen een bevoegdheid voor de Afdeling opgenomen om de amicus curiae in te schakelen in het kader van een prejudiciële procedure.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Hammerstein e.a. 2008, p. 50. De Hoge Raad heeft het overigens in het verleden ook al wel toegestaan dat advocaten bij brief reageerden op de voordracht van de Procureur-generaal. Zie HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3532, NJ 2008, 105, m.nt. J.M.M. Maeijer.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 389, nr. 23.

<sup>3</sup> Per 3 juli 2018 ligt dit wetsvoorstel ter consultatie voor. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/instituutmijnbouwschadegroningen>.

De Afdeling heeft besloten een wettelijke regeling niet af te wachten en heeft in artikel 8:45, eerste lid, Awb de grondslag gevonden om in bepaalde situaties de figuur van de amicus curiae in te zetten. Maar heeft die inzet het beoogde resultaat gehad? En: op welke wijze is het instrument van de amicus curiae ingebed in de procedure; biedt artikel 8:45, eerste lid, Awb voldoende armslag voor de Afdeling om dit instrument in te zetten of is een verankering in procesreglement en/of in de Awb vereist? Op die vragen zal dit onderzoek zijn gericht.

## 1.2 Een korte schets van de drie zaken

Waar ging het nu om in de drie zaken waarin de Afdeling de amicus curiae tot op heden heeft ingezet? De eerste zaak gaat over een beroep en hoger beroep tegen respectievelijk een bestemmingsplan en een omgevingsvergunning voor het veranderen van een bestaand tankstation met LPG-installatie in Purmerend. Appellante, die op een afstand van ongeveer 125 meter woont van het tankstation, richt zich in beroep tegen de in het bestemmingsplan mogelijk gemaakte verkoop van LPG. Zij betoogt dat de LPG-installatie op te korte afstand van kwetsbare objecten, zoals woningen, staat. Volgens haar wordt ter plaatse weliswaar voldaan aan de in de Regeling externe veiligheid inrichtingen (hierna: Revi) neergelegde afstanden, maar deze afstanden zijn onverbindend omdat zij in strijd zijn met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel met een algemeen rechtsbeginsel. De afstanden in de Revi zijn namelijk gebaseerd op het bevoorraden van LPG-tankstations met tankwagens die zijn voorzien van hittewerende bekleding en een verbeterde vulslang, terwijl – zo betoogt appellante – deze veiligheidsvoorzieningen in strijd zijn met het Unierecht en derhalve niet aan het Revi ten grondslag mochten worden gelegd. In het hoger beroep tegen de omgevingsvergunning voert appellante een soortgelijk betoog dat ertoe strekt dat de hiervoor genoemde veiligheidsvoorzieningen niet als voorschrift mochten worden verbonden aan de omgevingsvergunning, nu deze in strijd zijn met Europees recht. Dit betoog van appellante riep voor de Afdeling vragen op over het relativiteitsvereiste en het leerstuk van exceptieve toetsing. Deze vragen gaven de voorzitter van de Afdeling aanleiding om de staatsraad advocaat-generaal (hierna: staatsraad A-G) te verzoeken een conclusie te nemen. De conclusie is genomen op 22 december 2017.<sup>4</sup> De conclusie strekt er kort gezegd toe dat het relativiteitsvereiste eraan in de weg staat dat appellante zich beroept op de Europese Richtlijn 2008/68 en de artikelen 34–36 VWEU. Verder staat de staatsraad A-G een intensievere rechterlijke toetsing voor van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In deze zaak zijn inlichtingen verstrekt door de toenmalige staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu. Ten tijde van dit schrijven is er nog geen uitspraak gedaan; de Afdeling heeft bij brief van 11 juli 2018 aan partijen het voornemen kenbaar gemaakt prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Voor ons onderzoek betekent dit dat de uitspraak niet kan worden meegenomen. Deze zaak halen wij hierna aan als de exceptieve toetsingszaak.

---

<sup>4</sup> Conclusie staatsraad A-G van 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.



De tweede zaak waarin de figuur van de *amicus curiae* is toegepast, is een zaak over een waarschuwing van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van artikel 28a van de Arbeidsomstandighedenwet (hierna: de Arbowet).<sup>5</sup> De minister heeft op basis van een inspectie van de Inspectie SZW vastgesteld dat de Arbeidsomstandighedenwet werd overtreden; meerdere artikelen van de Arbowet en het Arbeidsomstandighedenbesluit werden niet nageleefd tijdens een sanering van asbesthoudende buizen op een locatie te Hengelo (Ov). Vanwege deze overtredingen heeft de minister een waarschuwing gegeven aan het aannemersbedrijf dat de asbestsanering uitvoerde. Dit aannemersbedrijf heeft enige tijd later verzocht om intrekking van de waarschuwing. Dit verzoek is door de minister afgewezen en het bezwaar hiertegen is ongegrond verklaard. Het aannemersbedrijf heeft hiertegen beroep en hoger beroep ingesteld, waarbij de vraag rees of de waarschuwing als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb moet worden aangemerkt. Het rechtskarakter van deze waarschuwing gaf de voorzitter van de Afdeling aanleiding de staatsraad A-G te verzoeken een conclusie te nemen. Dit verzoek aan de staatsraad A-G is op de website van de Raad van State geplaatst, in de periode van 22 september 2017 tot en met 20 oktober 2017, waarbij iedereen in de gelegenheid is gesteld te reageren op de aan de staatsraad A-G voorgelegde vragen. Er zijn in die periode in totaal 25 reacties door de Afdeling ontvangen. De staatsraad A-G heeft, met inachtneming van deze reacties, een conclusie genomen op 24 januari 2018, die er – kort gezegd – toe strekt dat waarschuwing met een grondslag in de wet, waaronder de waarschuwing in artikel 28a van de Arbowet, als besluit moet worden aangemerkt in de zin van artikel 1:3 Awb. De Afdeling heeft uitspraak gedaan op 2 mei 2018.<sup>6</sup> Deze zaak halen wij hierna aan als de waarschuwingszaak.

De derde zaak ziet op een beroep tegen de herziening van een exploitatieplan. In deze zaak is door de Afdeling op 16 maart 2017 uitspraak gedaan.<sup>7</sup> In deze zaak is aan een zestal instanties inlichtingen verzocht over de vraag hoe de gemeente Barneveld in een exploitatieplan<sup>8</sup> de kosten voor grondvererving van een zogenoemde ‘bovenwijkse voorziening’ mocht opnemen. Deze zes instanties zijn: de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de minister), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: de VNG), het Interprovinciaal Overleg (hierna: het IPO), de Vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen (hierna: de NEPROM), het Instituut voor Bouwrecht (hierna: het IBR) en de NVB Vereniging voor ontwikkelaars & bouwondernemers (hierna: de NVB). Alle instanties hebben inlichtingen verstrekt, die vervolgens door de Afdeling in de uitspraak zijn verwerkt. Mede op basis van de door deze instanties verstrekte inlichtingen, heeft de Afdeling in haar uitspraak geoordeeld dat kosten voor een bovenwijkse voorziening, die buiten het plangebied ligt en waarvan de gronden zijn verworven vóór de eerste vaststelling van het exploitatieplan, dienen te worden gebaseerd op een taxatierapport. Deze zaak halen wij hierna aan als de Barneveldzaak.

---

<sup>5</sup> Conclusie staatsraad A-G van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.

<sup>6</sup> ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449, AB 2018/224, m.nt. R. Ortlep.

<sup>7</sup> ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903, TBR 2018/80, m.nt. J.F. de Groot.

<sup>8</sup> Een exploitatieplan is een besluit op grond van artikel 6.12 van de Wet ruimtelijke ordening, op basis waarvan de gemeente – doorgaans – kosten kan verhalen op grondeigenaren of projectontwikkelaars voor de ontwikkeling van een gebied binnen de gemeente. In het hiergenoemde geval ging het om grondverwervingskosten voor een regionale weg die een te ontwikkelen bedrijventerrein mede zou ontsluiten.

## 1.3 Beoogde doelen en voorziene voor- en nadelen van de amicus curiae

### 1.3.1 Evaluatiekader

Om de inzet van de figuur van de amicus curiae te kunnen evalueren, gaan wij na wat bij de invoering ervan door de Afdeling het doel was en welke resultaten ermee beoogd werden. Ook is relevant welke mogelijke voor- en nadelen in de literatuur onderkend zijn. Dat alles biedt immers het kader voor de gevraagde evaluatie van het succes of falen van de figuur.

### 1.3.2 Doelstelling en voorziene voor- en nadelen

De belangrijkste doelstelling die met de figuur van de amicus curiae lijkt te worden beoogd is om als rechter voorgelicht te worden over de gevolgen die de rechtsvormende beslissing van de rechter heeft op macroniveau. Dat zou met name aan de orde zijn in zaken waarin de Afdeling over de mogelijke gevolgen van uitspraken voor anderen dan procespartijen geïnformeerd wil worden in zaken waarin de rechtsvraag in geding voor de rechtsvorming van belang is en de belangen van partijen overstijgt.

Als mogelijke nadeel wordt wel gezien de mogelijke stortvloed aan reacties die met name een open consultatie teweeg zou kunnen brengen. Een daarmee samenhangende zorg bestond eruit dat de verkregen informatie moet worden geselecteerd en dat de staatsraad A-G of de Afdeling daar vervolgens ook nog iets mee moet. Meer in het algemeen zou kunnen worden gezegd – de Afdeling advisering van de Raad van State heeft dat destijds ook opgemerkt naar aanleiding van het wetsvoorstel ‘Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad’<sup>9</sup> – dat de werklast voor de staatsraad A-G en Afdeling wordt verhoogd en dat het de procedure mogelijk zal vertragen. Een ander mogelijk nadeel dat wel is genoemd, betreft de betrouwbaarheid van de verkregen informatie in relatie tot de onafhankelijkheid van de Afdeling: wordt zij niet kwetsbaar voor lobbyisme?

In het evaluatie-onderzoek zijn wij op zoek naar een antwoord op de vraag – uiteraard met de terughoudendheid die past bij het geringe aantal keren dat de amicus curiae is toegepast – of de figuur van de amicus beantwoordt aan de beoogde doelstelling en of zich de gereesde nadelen daadwerkelijk hebben geopenbaard.

---

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 4, p. 9.

## 1.4 Onderzoeksvraag en deelthema's

De probleemstelling in dit onderzoek leidt ons tot een tweetal te onderscheiden onderzoeksthema's. Allereerst zijn wij geïnteresseerd in de materiële werking van de figuur: heeft de inzet van amici curiae (zichtbaar) bijgedragen aan de kwaliteit van het proces van rechtsvorming in de zin dat de bijdrage die de amici hebben geleverd ook daadwerkelijk heeft voorzien in de rechterlijke behoefte aan meer (macro) informatie? In de tweede plaats gaat het ons ook om wat wij noemen een procesevaluatie: op welke wijze is de figuur in de procedure voor de Afdeling ingebed; wat zijn de ervaringen van rechters, staatsraad A-G, partijen en amici daarmee en is er behoefte aan een regeling van het instrument in het procesreglement of zelfs in de Awb?

De centrale onderzoeksvragen die in dit onderzoek ter beantwoording voorliggen kunnen dan ook als volgt worden geformuleerd:

- “Heeft de inzet van de figuur van de amicus curiae beantwoord aan de doelstelling die de Afdeling ermee voor ogen had en in hoeverre hebben zich de vooraf gevreesde negatieve bijwerkingen geopenbaard?”
- “Hoe is de figuur in de procedure voor de Afdeling ingebed en biedt artikel 8:45 Awb een voldoende grondslag of is een regeling in de procesregeling en/of in de Awb aangewezen?”

## 1.5 Opzet en methode van het onderzoek

Gegeven de onderzoeksvragen is er in het onderhavige rapport zowel een literatuurstudie als een dossieronderzoek verricht en zijn er interviews gehouden met rechters en met de staatsraad A-G en is er een questionnaire uitgerold onder de procespartijen en de amici curiae. Op 23 mei 2018 heeft voorts een expertbijeenkomst over de figuur van de amicus curiae plaatsgevonden bij de Raad van State met onder meer vertegenwoordigers van de Raad van State, de Hoge Raad, rechtbanken, de advocatuur en de wetenschap, waarin wij de eerste resultaten van ons onderzoek hebben gepresenteerd en besproken. De inzichten die wij tijdens die bijeenkomst hebben opgedaan, hebben wij in dit onderzoek verwerkt.

De literatuurstudie behelst een analyse van de opvattingen in de literatuur over de inzet van de figuur van de amicus curiae. Wij richten ons daarbij in eerste instantie op de literatuur over de amicus curiae in het Nederlandse bestuursrecht, maar onze literatuurstudie is niet tot het bestuursrecht beperkt. Wij kijken ook naar de ervaringen die zijn opgedaan met de figuur van de amicus curiae in procedures voor de civiele en de belastingkamer van de Hoge Raad in de veronderstelling dat wij daarvan in het bestuursrecht kunnen leren. Deze literatuurstudie hebben wij gebruikt om ons evaluatiekader te bepalen. Door te bestuderen welke aandachtspunten in de literatuur over de amicus curiae in het Nederlandse recht naar voren zijn gebracht, hopen wij in staat te zijn om ons evaluatiekader zo scherp mogelijk te krijgen. We hopen bovendien dat de literatuurstudie ons helpt om in de derde fase van het onderzoek – de interviews met

rechters en met de staatsraad A-G en het uitrollen van een questionnaire onder de procespartijen en amicus curiae zelf – de juiste vragen te stellen.

De tweede fase van het onderzoek bestaat uit een dossieronderzoek. Hierbij hebben wij de vragen bestudeerd die aan de amici zijn voorgelegd mede in relatie tot de ingebrachte amicusbrieven en tot de conclusie van de staatsraad A-G en de uitspraak van de Afdeling in de betreffende zaken. Zoals gezegd, is ten tijde van dit schrijven nog geen uitspraak gedaan door de Afdeling in de exceptieve toetsingszaak. Dit heeft als consequentie dat ons dossieronderzoek in die zaak beperkt is gebleven tot de processtukken, de conclusie van de staatsraad A-G en de amicusbrief van de toenmalige staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu. Waar wij vooral naar op zoek waren in deze fase van het onderzoek is het antwoord op de vraag in hoeverre de ingebrachte amicusbrieven aan de informatiebehoefte van de Afdeling lijken te beantwoorden; vanuit welke belangposities worden er amicusbrieven ingestuurd en bestaat daartussen een zekere evenwichtigheid en wat hebben de staatsraad A-G en Afdeling er uiteindelijk mee gedaan in de conclusie respectievelijk de uitspraak?

Het evaluatieonderzoek is gericht op de vraag of de inzet van de figuur van de amicus curiae de daarmee beoogde doelstelling – een bijdrage aan de rechtsvorming – heeft gediend en of zich de vooraf gevreesde bijwerkingen hebben voorgedaan, maar ook op een evaluatie van hoe de figuur in de procedure is ingebed en welke knelpunten zich daarbij hebben voorgedaan. Dit valt echter moeilijk te meten aan de hand van een bestudering van slechts drie dossiers. Bovendien zijn sommige vragen naar hun aard niet te beantwoorden aan de hand van uitsluitend dossieronderzoek. Om over de onderzoeksvragen toch iets meer te kunnen zeggen, hebben wij ervoor gekozen om betrokkenen te bevragen naar hun perceptie ten aanzien van de mate waarin de doelstelling is bereikt en over de ervaringen met de procedurele inbedding van de amicus curiae. Het gaat er ons om inzicht te krijgen in de wijze waarop de amicus curiae heeft gefunctioneerd in de drie zaken waarin het tot nu toe door de Afdeling is ingezet. Daarvoor hebben wij interviews gedaan met rechters en met de staatsraad A-G in de drie zaken waarin de amicus curiae is ingezet en hebben we een questionnaire uitgerold onder de procespartijen en de 31 amici die van de gelegenheid gebruik hebben gemaakt om schriftelijke inlichtingen te verschaffen in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak.<sup>10</sup> Voor de gesprekken met rechters en met de staatsraad A-G gebruikten we een kwalitatieve interviewmethode. Mede vanwege het beperkte aantal zaken dat voorwerp van deze studie vormt, is ons onderzoek niet primair gericht op het genereren van kwantitatieve data. We hebben daarom besloten de interviews niet te transcriberen en te coderen, maar de interviews te gebruiken als een onderzoeksmethode om meer inzicht te verkrijgen in wat voor soort ervaringen met de figuur van de amicus curiae zijn opgedaan en om te horen welk soort elementen de aandacht verdient bij mogelijk

---

<sup>10</sup> NB. Wij hebben geen questionnaires uitgerold onder de procespartijen en amicus in de exceptieve toetsingszaak, omdat ten tijde van dit schrijven nog geen uitspraak was gedaan door de Afdeling. De gevolgen hiervan voor ons onderzoek zijn echter relatief beperkt, omdat de vertegenwoordiger van verweerder en de amicus in de exceptieve toetsingszaak respectievelijk als amicus in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak betrokken zijn geweest en dus een questionnaire toegezonden hebben gekregen.

veelvuldiger inschakeling van amici in de toekomst. Omdat wij niet op zoek zijn naar data die per se representatief zijn voor alle bij de drie zaken betrokken rechters, hebben wij een keuze gemaakt voor bepaalde rechters. Bij de keuze van de rechters hebben wij ons beperkt tot de voorzitter en de rapporteur in elk van de drie zaken en de staatsraad A-G, omdat zij over een langere periode het meest intensief bij de zaak betrokken waren. Onder de procespartijen en de 31 amici hebben wij een questionnaire uitgerold met als doel te achterhalen hoe zij hun rol in de procedure hebben gepercipieerd en of zij tevreden zijn met de wijze waarop de Afdeling en de staatsraad A-G met de door hun verstrekte schriftelijke inlichtingen zijn omgegaan. Wij hebben van interviews met procespartijen en de 31 amici afgezien om praktische redenen, maar ook omdat zij – anders dan de rechters en de staatsraad A-G – over minder informatie beschikken die ons niet reeds op basis van de bestudering van het dossier bekend is, zodat persoonlijke interviews met hen naar onze inschatting minder toegevoegde waarde zou hebben ten opzichte van een schriftelijke questionnaire, waarin bovendien de mogelijkheid tot toelichting is opgenomen.

In de laatste fase van het onderzoek vindt een synthese plaats waarbij drie perspectieven (literatuur; dossieronderzoek en perceptie van betrokkenen) op elkaar worden betrokken. De aldus verkregen inzichten en argumenten worden tegen elkaar afgewogen en bevindingen worden geformuleerd.

## 1.6 Terminologie

Tot slot maken wij enkele terminologische opmerkingen. Wanneer wij hierna spreken van de *amicus curiae* dan doelen wij daarmee niet op een individuele entiteit die als zodanig optreedt, maar op de *amicus curiae* als rechtsfiguur. Daarmee bedoelen wij het instrument dat de rechter kan aanwenden om anderen dan procespartijen opmerkingen te laten maken in een procedure.<sup>11</sup> Spreken wij over een individuele entiteit die als *amicus curiae* optreedt, dan noemen wij dat hierna een *amicus* (of bij meervoud de *amici*). Het schriftelijke stuk waarmee een *amicus* opmerkingen maakt, noemen wij hierna de *amicusbrief*.

---

<sup>11</sup> Over of dit een afdoende definitie is van de *amicus curiae* komen wij nog te spreken. Zie § 2.2.3.



Literatuurstudie

2





## 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan wij in op wat in de (Nederlandse) literatuur over de *amicus curiae* naar voren is gebracht. Dat doen wij aan de hand van een thematisering die aansluit op de in hoofdstuk 1 besproken onderzoeksthema's, te weten de materiële werking en de processuele inbedding van de *amicus curiae*. Daarbij beperken we ons niet tot de bestuursrechtelijke literatuur. Om inspiratie op te doen en te leren van ervaringen elders betrekken we in deze literatuurstudie waar nodig ook de literatuur die beschikbaar is over de inzet van de *amicus curiae* in de prejudiciële procedures voor de civiele kamer en de belastingkamer van de Hoge Raad (hierna: de civiele en fiscale *amicus curiae*) en de publicaties die daarover zijn verschenen.

Waar we naar op zoek zijn in deze literatuurstudie is welke redenen er zijn beschreven om de *amicus curiae* te introduceren en wat er in de literatuur al geschreven is over de werking van deze figuur inclusief de mogelijke bijwerkingen ervan. Ook willen we in kaart brengen welke aspecten in de literatuur onder de aandacht zijn gebracht ten aanzien van de processuele inbedding van de *amicus curiae*. Uiteindelijk dienen de resultaten van deze literatuurstudie als een toetssteen om daarmee de resultaten van het empirische deel van het onderzoek – de interviews, de questionnaires en het dossieronderzoek – te kunnen vergelijken en aldus te waarderen. De literatuurstudie heeft ook een functie waar zij ons helpt de juiste vragen te stellen in de interviews en de questionnaires en naar de juiste dingen op zoek te gaan in het dossieronderzoek.

Dit hoofdstuk is als volgt ingedeeld. Wij beginnen met het uiteenzetten van de literatuur op het punt van de beoogde materiële werking van de *amicus curiae*. Daarbij gaan wij in op de vragen aan welke doelen de *amicus curiae* kan bijdragen, welke informatie daarmee idealiter naar boven komt en welke bijwerkingen aan het instrument kleven (§ 2.2). Vervolgens gaan wij in op de opvattingen in de literatuur over de processuele inbedding. Aan de orde komen de vragen hoe het uitnodigingsbeleid kan worden vormgegeven, de rol en reactiemogelijkheden van de procespartijen, een filter om een overdaad aan *amicus*briefjes te voorkomen, het al dan niet openbaar maken van de *amicus*briefjes, de relatie met de staatsraad A-G en de grote kamer en de gewenste juridische grondslag van de *amicus curiae* in het (niet fiscale) bestuursrecht. (§ 2.3). Tot slot maken wij de balans op en trekken wij enkele conclusies (§ 2.4).

## 2.2 De materiële werking van de amicus curiae

### 2.2.1 Hulpmiddel bij rechtsvorming door inzicht in macrogevolgen

Waarom zouden rechters gebruikmaken van de amicus curiae? Wat is het doel van de inzet van amici curiae? In de literatuur is betoogd dat de amicus curiae een instrument vormt dat behulpzaam is bij de uitoefening van de rechtsvormende taak door de (hoogste) rechter(s).<sup>12</sup> Daartoe wordt er wel op gewezen dat de uitoefening van de rechtsvormende taak door de hoogste rechters in zeker opzicht op gespannen voet staat met de aard en het wezen van de rechterlijke procedure. Een belangrijke belemmering voor de rechterlijke rechtsvorming is immers de casusgerichtheid; de rechterlijke rechtsvinding is primair gericht op het vinden van een oplossing die in het individuele geval het meest rechtvaardig is. De zaaksgerichte werkwijze en de mede daarmee verband houdende casusgerichtheid van de argumentatiewijze heeft tot gevolg dat een bepaald soort argumenten niet of nauwelijks aan bod komt. Dat zijn juist de argumenten die het individuele geval overstijgen of die het geschil in een breder verband plaatsen. Dat betekent dat de rechter in het proces van rechtsvorming veelal weinig zicht heeft op de *macro- of zaaksoverstijgende gevolgen* die zijn uitspraak (mogelijk) teweegbrengt.<sup>13</sup>

In dit verband kan worden gewezen op verschillende soorten van macrogevolgen van uitspraken. De Poorter heeft in zijn inaugurele rede gewezen op verschillende soorten macrogevolgen van uitspraken en daarbij een onderscheid gemaakt tussen zogenaamde ‘*judicial consequences*’ en ‘*behavioural consequences*’.<sup>14</sup> De eerste categorie ziet op gevallen waarin de rechter zijn beslissing mede baseert op de overweging wat het voor andere, min of meer vergelijkbare gevallen betekent als dit concrete geval wel of niet onder de reikwijdte van een bepaalde regel wordt gebracht. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Hoge Raad van 30 juni 2014.<sup>15</sup> In deze zaak gaat het om de juridische kwalificatie van telefoonabonnementen waarbij een “gratis” telefoon aan de consument ter beschikking wordt gesteld. Deze juridische kwalificatie zou ook voor andere, soortgelijke zaken relevant zijn,<sup>16</sup> zodat zich een aantal telecom- en internetproviders als amici meldden. De tweede categorie, die van *behavioural consequences*, heeft veeleer betrekking op het gedrag dat de rechterlijke beslissing zal aan- of ontmoedigen en ligt dus niet zozeer – zoals dat het geval is bij de *judicial consequences* – in het rechtssysteem zelf besloten. Dit is het type gevolgen dat naar zijn aard juist buiten het rechtssysteem zelf is gelegen. Ze staan daarmee als het ware ook verder af van de specifieke deskundigheid van de rechter. Een voorbeeld betreft data uit de sociale wetenschappen in zaken waarin de rechter met de interpretatie van een rechtsnorm een bepaalde gedragsbeïnvloeding

<sup>12</sup> Zie uitgebreid De Poorter 2015, p. 40-43. Zie voorts Scheltema 2015, p. 811; Drion 2014; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 272.

<sup>13</sup> Feteris 2017, p. 1529; Scheltema e.a. 2016, p. 30-31; Scheltema 2015, p. 810; Van Eijnsden 2015; Barkhuysen 2014; Drion 2014; Hammerstein e.a. 2008, p. 39. Zie ook De Jong en Van der Linden 2016, p. 7-9.

<sup>14</sup> De Poorter 2013, p. 9 e.v.

<sup>15</sup> HR 30 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, m.nt. Jac. Hijma.

<sup>16</sup> Zie de conclusie van advocaat-generaal ECLI:NL:PHR:2014:76, overweging 4.2. De A-G geeft daarbij overigens aan deze informatie niet te gebruiken, omdat hij er niet van overtuigd is dat het oordeel in deze zaak beslissend is voor het oordeel in de door de amici genoemde gevallen.

beoogt of juist wil voorkomen. In het privaatrecht moet men dan vooral denken aan het aansprakelijkheidsrecht.<sup>17</sup> Ook in het bestuursrecht is een dergelijk geval niet ondenkbaar. Denk aan de invulling van de voorwaarden voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel, waarbij de rechter mogelijk rekening wil houden met het effect op de bereidheid van ambtenaren om aan burgers informatie te verstrekken. Hoe sneller schending van het vertrouwensbeginsel immers wordt aangenomen, hoe minder bereid ambtenaren mogelijk zijn informatie te verstrekken.

Een doelstelling van het inzetten van de figuur van de *amicus curiae* kan dus gelegen zijn in de behoefte van de rechter om zicht te krijgen op de hiervoor genoemde macrogevolgen van zijn beslissing.

### 2.2.2 Legitimiteit van rechtsvorming

In de literatuur wordt echter wel betoogd dat de inzet van de *amicus curiae* niet uitsluitend is gericht op de versterking van de feitelijke grondslag van het proces van rechterlijke rechtsvorming; het instrument is tevens gericht op het vergroten van de legitimiteit (of maatschappelijke acceptatie) van een rechtsvormende uitspraak.<sup>18</sup> Betoogd zou immers kunnen worden dat de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak onder druk komt te staan naarmate het rechtsvormende karakter van de uitspraak toeneemt.<sup>19</sup> Bij rechtsvorming doet de rechter namelijk meer dan de wet uitleggen in het concrete geval; hij creëert zelf recht.<sup>20</sup> De legitimiteit van de rechterlijke beslissing kan dan niet langer worden gevonden in de democratische grondslag van de wet zelf.<sup>21</sup> Aangezien de gevolgen van zijn uitspraak verder reiken dan de betrokken partijen en hij met zijn uitspraak richting geeft aan de samenleving, is het van belang om de samenleving ook bij dit proces van rechtsvorming te betrekken. Bij de totstandbrenging van wetgeving is het inmiddels heel gebruikelijk dat er consultaties plaatsvinden waarbij burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties hetzij via een gerichte uitnodiging, hetzij via een openbare internetconsultatie, kennis kunnen nemen van conceptwetsvoorstellen en hun ideeën hierover kenbaar kunnen maken. Rechters daarentegen lijken het als ze aan rechtsvorming doen vooral van hun intuïtie te moeten hebben. De *amicus curiae* vormt een instrument voor de rechter dat vergelijkbaar is met de internetconsultaties bij wetgeving. Het doel is de kwaliteit van het proces van rechtsvorming te vergroten door informatievergaring omtrent de macrogevolgen van de beslissing, maar ook om bij te dragen aan de legitimiteit van de beslissing door participatie, representatie en transparantie.

---

<sup>17</sup> Zie o.a. Giesen 2008, p. 181-208.

<sup>18</sup> De Poorter 2015, p. 42. Zie ook Huisman en Van der Veen 2018, p. 81; Schuurmans en Stolk 2017, p. 13; Kennis en Schuurmans 2016, p. 2458; Schoordijk 2007. Zie ook Van Ettekovin in <https://www.mr-online.nl/meedenken-raad-state/>.

<sup>19</sup> Scheltema 2015, p. 811.

<sup>20</sup> De Poorter 2015, p. 42; Vranken 1995, nr. 69.

<sup>21</sup> Door sommigen wordt daar echter tegenin gebracht dat de legitimiteit van de rechterlijke rechtsvorming niet afhangt van het betrekken van de samenleving bij het proces van rechtsvorming, maar dat rechtspraak haar (democratische) legitimatie vindt in de wijze waarop ze institutioneel is ingebed. Zie bijv. De Moor-van Vugt 2017, p. 32.

De amicus curiae dient volgens sommigen dus twee doelen, zij stelt de rechter in staat zijn uitspraak beter toe te snijden op de macrogevolgen die de uitspraak (mogelijk) teweegbrengt en het vergroot de legitimiteit van die macrogevolgen door amici in staat te stellen ‘mee te praten’. Die amici kunnen een rechtstreeks belang hebben bij de uitspraak, bijvoorbeeld omdat zij zijn verwickeld in een procedure waarin dezelfde rechtsvraag speelt of daar binnenkort in verwachten verwickeld te zijn. De acceptatie van deze ‘rechtstreeks belanghebbenden’ heeft mede ten grondslag gelegen aan de civiele en fiscale amicus.<sup>22</sup> Bij afwezigheid van de amicus curiae zijn dergelijke partijen op hun eigen procedure aangewezen, om vervolgens te worden geconfronteerd met mogelijk voor hen onwelgevallige jurisprudentie die is ontwikkeld zonder dat de rechter hun argumenten heeft gehoord. In de literatuur wordt de kring van potentiële amici evenwel breder getrokken dan diegenen die een rechtstreeks belang hebben bij een uitspraak. Sommigen zien in juridische procedures een grotere rol weggelegd voor empirische data.<sup>23</sup> Deze informatie kan uiteraard afkomstig zijn van de hierboven besproken ‘rechtstreeks belanghebbenden’. Het is echter ook denkbaar dat kennisinstituten of andere experts dergelijke informatie aanleveren door als amicus op te treden. Ook rechtswetenschappers zouden als amicus kunnen optreden.<sup>24</sup> Met die mogelijkheid heeft de regering mede de keuze onderbouwd om bij de fiscale amicus geen verplichte procesvertegenwoordiging in te voeren.<sup>25</sup>

### 2.2.3 Wat moet worden verstaan onder een amicus curiae?

De voorgaande beschouwingen over de doelstelling van de inzet van de amicus curiae leiden ons tot de vraag wat nu precies moet worden verstaan onder een amicus curiae. Het lijkt goed die vraag reeds hier onder ogen te zien omdat de term amicus curiae niet altijd in dezelfde betekenis lijkt te worden gebruikt en dat veroorzaakt gemakkelijk verwarring. Inzet van de amicus curiae is alleen dan opportuun wanneer de rechterlijke beslissing gevolgen kan hebben voor anderen dan de betrokken partijen. Dan kan het zinvol zijn om anderen dan partijen de gelegenheid te geven inlichtingen te verstrekken om de rechter te informeren over die gevolgen, maar ook om legitimiteit te verschaffen aan de uitspraak buiten de beperkte kring van direct betrokken procespartijen.

Wat zegt dit nu over de persoon van de amicus curiae? In elk geval dat hij geen procespartij is. Ook in de procedure voor de civiele en de belastingkamer van de Hoge Raad neemt de amicus niet de positie in van procespartij. Artikel 393, tweede lid, Rv en artikel 27gc, tweede lid, AWR spreken evenals artikel 8:45 Awb van “anderen dan partijen”. Het komt echter voor, in het bijzonder in de context van de exceptieve toetsing van regelgeving, dat naast appellant en verweerder ook het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de voorliggende regelgeving wordt uitgenodigd. Dit was bijvoorbeeld het geval in de exceptieve toetsingszaak van de Afdeling. Het gebeurt vaker dat een ander bestuursorgaan dan het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor de van toepassing zijnde regelgeving wordt opgeroepen. Denk aan

---

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 3, p. 17 (civiel); Kamerstukken II 2015/16, 34305, nr. 3, p. 55 (fiscaal).

<sup>23</sup> Vranken 2014, nr. 163.

<sup>24</sup> Schlössels 2017, p. 25.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34305, nr. 3, p. 55.

bestemmingsplangeschillen waar de verbindendheid van een provinciale ruimtelijke verordening ter discussie wordt gesteld en Provinciale Staten worden uitgenodigd.<sup>26</sup> Een expliciete wettelijke grondslag voor bestuursorganen om in dit soort situaties als een pseudo-verweerder in de procedure te worden betrokken ontbreekt echter in de Awb. Want hoewel de staatssecretaris een belang had bij de uitkomst van de procedure in de exceptieve toetsingszaak, had zij geen rechtstreeks bij het besluit betrokken belang en kon derhalve niet op voet van artikel 8:26 Awb als partij tot de procedure worden toegelaten. Dat is waarschijnlijk de reden dat de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu in genoemde zaak als ‘amicus curiae’ in de procedure werd betrokken, maar welbeschouwd was hij dat niet helemaal. Wij zouden namelijk – in tegenstelling tot de Afdeling zelf – in dit geval liever niet willen spreken van een amicus curiae. De amicus curiae is iemand die in de procedure wordt gevraagd inlichtingen te verschaffen die inzicht geven in de macrogevolgen van de uitspraak en dat kan heel wel iemand zijn die op een of andere wijze belang heeft bij een bepaalde uitspraak. Maar naarmate deze ‘meedenker’ meer het karakter krijgt van een pseudo-verweerder – in dit geval omdat zijn regeling ter toetsing voorligt – is het minder opportuun om nog van een amicus curiae te spreken. En misschien moeten we juist voor dit soort situaties een afzonderlijke voorziening opnemen in de Awb.

De amicus curiae is dus geen (pseudo-)partij; hij is evenmin een deskundige als bedoeld in artikel 8:47 Awb. De amicus wordt niet ingeschakeld om vanuit een onpartijdige positie voor te lichten over de macrogevolgen van de uitspraak, maar juist met het doel om ‘stakeholders’ vroegtijdig te consulteren over een voor de rechtspraktijk belangrijke beslissing. De constatering dat de inzet van de amicus curiae mede tot doel heeft de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak te versterken is in dit verband niet onbelangrijk: het maakt dat de inlichtingen niet noodzakelijkerwijs vanuit een onafhankelijke en onpartijdige positie dienen te worden verstrekt. Vaak zal het gaan om individuen of organisaties die op enigerlei wijze belang hebben bij de gevolgen die de beslissing in de voorliggende zaak heeft voor volgende, toekomstige zaken. De Nederlandse rechtsorde heeft ervaring met het omgaan met dergelijke inspraak bij rechtsvorming. Gedacht kan worden aan de eerder genoemde formele (en informele) consultaties bij conceptwetgeving.<sup>27</sup> Dit betekent niet dat niet ook denkbaar is dat de amicus informatie vanuit een bepaalde expertise aanlevert – dergelijke expertise kan samenhangen met een belang bij de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag – maar dat hoeft echter niet. Is een dergelijk belang afwezig, dan heeft de amicus meer weg van een deskundige in de zin van eerdergenoemd artikel 8:47 Awb. Maar de voor een deskundige kenmerkende onpartijdigheid is dus géén vereiste voor het zijn van amicus (zie artikel 8:34, eerste lid, Awb).

---

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2136.

<sup>27</sup> Zijlstra e.a. 2012, p. 280 e.v.

#### 2.2.4 Materiële bijwerkingen: het gevaar van lobbyisme en verhoging van werklust en doorlooptijden

De inzet van de *amicus curiae* is weliswaar gericht op informatieverzorging aan de rechter en versterking van de legitimiteit van de rechterlijke beslissing, maar heeft ook potentiële negatieve bijwerkingen die sterk samenhangen met de aard en het wezen van de *amicus*. De belangrijkste materiële bijwerking van de *amicus curiae* is het risico van lobbyisme.<sup>28</sup> Onder lobbyisme moet worden verstaan de gedragingen van personen of organisaties (of diegenen die hen vertegenwoordigen) waarbij wordt beoogd de besluitvorming in een voor hen gunstige richting te beïnvloeden. Dat risico is inherent aan de inzet van de *amicus curiae*. De *amicus* is immers, zo hebben wij hiervoor in § 2.3.3 naar voren gebracht, geen onpartijdige deskundige en zal veelal een belang hebben bij een bepaalde beslissing door de rechter. Dat belang kan nu eenmaal van invloed zijn op de waarde van de informatie die door de *amicus curiae* naar voren wordt gebracht. De Afdeling advisering van de Raad van State achtte het in het kader van haar advies over het voorstel tot een Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad niet zonder meer wenselijk dat amici in de prejudiciële procedure hun eigen belangen gaan bepleiten.<sup>29</sup> De beslissing om hen daar al dan niet toe in de gelegenheid te stellen, zo voegde zij eraan toe, kan omstreden zijn.

De hoedanigheid van de *amicus* kan inderdaad van negatieve invloed zijn op de waarde van de informatie die door hem naar voren wordt gebracht. Dat hoeft echter niet; ook dergelijke amici kunnen waardevolle informatie naar voren brengen. En daar komt bij dat het alternatief dat de rechter van waardevolle informatie verstoken blijft, misschien nog minder bevredigend is. Bovendien is wel betoogd dat de figuur van de *amicus curiae* de invloed van belangenorganisaties die zij nu vaak al informeel aanwenden slechts zichtbaar maakt.<sup>30</sup> Of het gevaar van lobbyisme zich voordoet lijkt voorts voor een groot gedeelte afhankelijk van de vraag in hoeverre de rechter in staat is de informatie van de amici *curiae* op een verantwoorde wijze te selecteren en te wegen. We kunnen dus eigenlijk zeggen dat een vorm van lobbyisme welbeschouwd eigen lijkt te zijn aan de inzet van de *amicus curiae*, maar dat de vraag is hoe hieraan op een verantwoorde wijze het hoofd kan worden geboden. De vraag waar wij in dit onderzoek dan ook in geïnteresseerd zijn, is hoe rechters en procespartijen de vrees voor lobbyisme hebben ervaren en op welke wijze aan die vrees het hoofd kan worden geboden bijvoorbeeld door daar in de processuele inbedding van het instrument van de *amicus curiae* reeds rekening mee te houden. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door een evenwichtig uitnodigingsbeleid te hanteren, door de *amicus* brieven openbaar te maken als preventieve drempel tegen al te opzichtige belangenbehartiging of door rechters de mogelijkheid te geven op een zitting verschillende amici standpunten met elkaar te confronteren.

In haar advies over het wetsvoorstel 'Wet Prejudiciële vragen Hoge Raad' wijst de Afdeling advisering van de Raad van State erop dat indien de inzet van de *amicus curiae* leidt tot het horen van een groot aantal partijen, dit leidt tot een, "(...) *op zich gegeven de geboden zorgvuldigheid aanvaardbare, vertraging bij de*

<sup>28</sup> De Moor-van Vugt 2017, p. 31-32; Schlössels 2017, p. 24-25; De Poorter 2015, p. 45-46; Köhne 2006, p. 257.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, nr. 4, p. 9.

<sup>30</sup> Schuurmans en Stolk 2017, p. 11.

*beantwoording van de vragen en tevens tot een werklastverzwaring voor het Parket en de Hoge Raad*”.<sup>31</sup> Het valt inderdaad niet uit te sluiten dat de inzet van de amicus curiae gevolgen heeft voor de doorlooptijd van een zaak. Al is het maar omdat er een moment in de procedure moet worden ingebouwd om de amicus om een reactie te vragen en het erg voor de hand ligt dat partijen de gelegenheid moet worden geboden op de door de amicus verstrekte inlichtingen te reageren. Ook is denkbaar dat de werklast toeneemt. Toch is dat niet zonder meer het geval. Allereerst kunnen wij ons voorstellen dat een en ander mogelijk afhangt van het aantal ingebrachte amicusbrieven en de ingewikkeldheid ervan. Die brieven moeten ergens in de organisatie van het rechterlijke apparaat worden bestudeerd, gewaardeerd en verwerkt. Dat zou kunnen neerkomen op een verhoging van de werklast van de ondersteunende griffier en/of – ingeval een staatsraad/raadsheer A-G om een conclusie is gevraagd – een verhoging van de werklast van de AG en diens ondersteuning. Maar ook voor de rechters op de zaak zal het naar verwachting gevolgen hebben in termen van tijd en werklast; ook zij zullen de brieven moeten doornemen en wellicht is een extra raadkamer nodig om te bepalen wat er met de ingekomen informatie moet worden gedaan.

Hoezeer de inzet van amici curiae gevolgen heeft voor de werklast binnen het rechterlijke apparaat is mogelijk ook afhankelijk van de vraag of er in het systeem een rem kan worden gezet op het inbrengen van onbruikbare reacties. In dit verband is van belang dat in de bestuursrechtelijke procedure vooralsnog een zeef ontbreekt die ingevolge artikel 393, lid 3 Rv wel bestaat voor de civiele amicus curiae. Daar zal de verplichte rechtsbijstand van een (cassatie)advocaat vermoedelijk een zeef functie hebben, zowel inhoudelijk als vanwege de kosten ervan. In de prejudiciële procedure voor de belastingkamer van de Hoge Raad geldt geen verplichte rechtsbijstand voor de amicus curiae, maar in artikel 8.2 van de Procesregeling is wel bepaald dat de Hoge Raad ‘eisen kan stellen aan de personen en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en aan de vorm, inhoud en omvang van die opmerkingen’.

## **2.3 De processuele inbedding van de amicus curiae**

### **2.3.1 Uitnodigingsbeleid**

Een belangrijke processueel aspect van de amicus curiae betreft het uitnodigingsbeleid. Er wordt wel onderscheid gemaakt tussen gericht en algemeen (of open) uitnodigen.<sup>32</sup> Bij een gerichte uitnodiging schrijft de rechter enkele amici aan waarvan de rechter denkt dat deze over nuttige informatie beschikken. Bij de gerichte uitnodiging behoudt de rechter de controle over het aantal en het type amici. Het gericht uitnodigen van amici zal echter niet altijd mogelijk zijn. Dit lijkt alleen dan mogelijk wanneer de rechter enigermate zicht heeft op welke macrogevolgen een rol spelen bij zijn beslissing en welke amici hem daarover het beste kunnen voorlichten. Als dit echter niet op voorhand duidelijk is, lijkt een open uitnodiging voor de hand te liggen.

---

<sup>31</sup> *Kamerstukken II 2010/11, 32612, nr. 4, p. 9.*

<sup>32</sup> *De Poorter 2015, p. 46-47.*

Bij een algemene uitnodiging wordt aan eenieder de gelegenheid geboden als amicus op te treden. Een algemene uitnodiging kan worden gepubliceerd op de website van het desbetreffende rechterlijke college ('internetconsultatie'), een juridisch vakblad of in andere publicaties. De algemene uitnodiging heeft als voordeel dat zoveel mogelijk informatie de rechter kan bereiken. Dat is met name van belang bij uitspraken waarbij de rechter nog geen volledig beeld heeft van welke macrogevolgen de uitspraak mogelijk teweegbrengt. Het mogelijk nadeel van de algemene uitnodiging is gelegen in de bijwerkingen die kunnen optreden als gevolg van de grote hoeveelheid informatie die een dergelijk uitnodigingsbeleid kan genereren in termen van werklast.

Uit de literatuur doemt een beeld op dat er in het bestuursrecht een voorkeur bestaat voor een keuzevrijheid voor de rechter om afhankelijk van het soort zaak te kiezen voor een algemene of een gerichte uitnodiging of zelfs een combinatie van beide.<sup>33</sup> Een gedachte lijkt bovendien te zijn dat het beste kan worden aangesloten bij de wijze waarop het uitnodigingsbeleid in het Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer, respectievelijk in de Procesregeling prejudiciële vragen van de belastingkamer van de Hoge Raad is neergelegd.<sup>34</sup> Ook de Commissie rechtseenheid bestuursrecht stelt voor om in het kader van de procedure bij de rechtseenheidskamer hierbij aan te sluiten.<sup>35</sup> De Hoge Raad hanteert, kort gezegd, het gericht uitnodigen als uitgangspunt en het algemeen uitnodigen als uitzondering.<sup>36</sup> Opvallend is echter dat uit de evaluatie van de civiele prejudiciële procedure een ander beeld naar voren komt. Daaruit blijkt dat de civiele kamer van de Hoge Raad prejudiciële vragen op de website pleegt te plaatsen en verzoeken om als amicus curiae op te treden steeds toewijst.<sup>37</sup> De Hoge Raad nodigt zelden gericht potentiële amici uit.<sup>38</sup> De evaluatie duidt dus op een omkering van de in het Reglement opgenomen volgorde. Uit de evaluatie komt bovendien naar voren dat bepaalde categorieën potentiële amici, zoals consumentenorganisaties, ondervertegenwoordigd zijn.<sup>39</sup> Mogelijk is dit een van de consequenties van de neiging van de Hoge Raad om amici zelden gericht uit te nodigen. Volledigheidshalve wijzen wij erop dat de Hoge Raad in zaken van na de evaluatieperiode een enkele keer gebruik heeft gemaakt van een gerichte uitnodiging.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> De Poorter 2015, p. 46-47. Zie ook Van Eijnsden 2015.

<sup>34</sup> De Moor-van Vugt 2017, p. 32.

<sup>35</sup> M. Scheltema e.a. 2016, p. 31.

<sup>36</sup> Zie de artikelen 8.1 en 8.2 Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden (*Stcrt.* 2012, 10675) en de artikelen 8.1 en 8.2 Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden (*Stcrt.* 2016, 28286).

<sup>37</sup> Giesen e.a. 2016, p. 81 en p. 137.

<sup>38</sup> Idem. Zie voor een voorbeeld de conclusie van de A-G van 6 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:787, par. 2.4 (Staat der Nederlanden en de Ontvanger uitgenodigd).

<sup>39</sup> Giesen e.a. 2016, p. 137.

<sup>40</sup> Zie bijvoorbeeld de conclusie van de A-G van 9 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:158, par. 2.11 (Staat der Nederlanden uitgenodigd).



Bijzondere aandacht moet nog worden besteed aan de informatie in de uitnodiging. In de literatuur is bepleit meer informatie te vermelden dan louter de rechtsvraag. In de uitnodiging zou tenminste enige context moeten worden geschetst.<sup>41</sup> In de evaluatie van de prejudiciële procedure voor de civiele kamer van de Hoge Raad is opgemerkt dat de werkwijze van de Hoge Raad om slechts de prejudiciële vragen te publiceren ontoereikend is.<sup>42</sup> Met meer informatie over de zaak kunnen potentiële amici immers beter afwegen of zij met hun inbreng iets kunnen toevoegen. In procedures voor de Afdeling waarin een conclusie is gevraagd, is dit probleem mogelijk reeds ondervangen doordat het aangeklede verzoek van de voorzitter van de Afdeling aan de staatsraad A-G kan worden gebruikt om amici uit te nodigen. Dat verzoek bevat vaak een grondige omschrijving van de (juridische) context van de rechtsvraag die aanleiding geeft een conclusie te vragen. Tegelijkertijd moeten we constateren dat deze vraagstelling gericht is aan een staatsraad A-G en dat de focus heel sterk ligt op een juridische vraag. Het is niet zonder meer gezegd dat dit verzoek ook altijd voldoende duidelijk tot uitdrukking brengt wat de Afdeling precies van de amici wenst te horen. Het is daarom best voorstelbaar dat er voor de amici een ander-soortig verzoek moet worden opgesteld dan voor de staatsraad A-G.

In de literatuur is ook wel voorgesteld om, wat betreft de bestuursrechtelijke *amicus curiae*, de uitnodiging in de vorm van een tussenuitspraak te doen.<sup>43</sup> De reden hiervoor is dat de hiervoor genoemde aspecten van publicatie en het beschrijven van de context waarbinnen de rechtsvragen zich afspelen daarmee deels worden ondervangen. Wij merken overigens op dat de verwijzende rechter de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, waarna de Hoge Raad de *amicus curiae* kan inzetten, ook bij tussenuitspraak stelt.<sup>44</sup> Herformulering van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad vindt eveneens bij tussenuitspraak plaats.<sup>45</sup>

### 2.3.2 Rol van de procespartijen in relatie tot de *amicus curiae*

In de literatuur is ook aandacht besteed aan de rol die procespartijen moet toekomen in relatie tot de inzet van de *amicus curiae*. De vraag in hoeverre procespartijen moeten worden betrokken bij de ‘*amicus-procedure*’ doet zich voor op een viertal momenten, namelijk (1) het voornemen van de bestuursrechter om de *amicus curiae* te gebruiken, (2) de beslissing over hoe en welke amici zullen worden gevraagd schriftelijke inlichtingen te verstrekken, (3) de aan de amici voor te leggen vraagstelling en, nadat de amici inlichtingen hebben verstrekt, (4) het bieden van gelegenheid om op de inbreng van de amici te reageren.

---

<sup>41</sup> De Poorter 2015, p. 47.

<sup>42</sup> Giesen e.a. 2016, p. 80.

<sup>43</sup> De Poorter 2015, p. 48.

<sup>44</sup> Zie de artikelen 393, derde lid, Rv en 27ga, derde lid, Awr. Zie voorts *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 6, p. 14 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 6, p. 11-12.

<sup>45</sup> Zie artikel 14.1 van het Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden en artikel 14.1 van de Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden.

De Poorter acht de beslissing om een amicus te laten participeren een aangelegenheid van de bestuursrechter.<sup>46</sup> Van een toestemmingsvereiste (van procespartijen) kan in zijn optiek geen sprake zijn. Dat neemt niet weg dat het van belang kan zijn om procespartijen te horen over het voornemen om de amicus-procedure op te stellen. Het is immers min of meer toevallig of een partij betrokken raakt bij een zaak met een zaaksoverstijgend belang, die vervolgens met de tijd en mogelijke kosten van de amicus curiae wordt geconfronteerd. Een gedachte zou kunnen zijn dat procespartijen kunnen reageren op het voornemen van de bestuursrechter de amicus curiae in te zetten en op de keuze voor een open of gerichte uitnodiging (en in dat laatste geval: aan wie dan?). Op die manier kan de bestuursrechter eventuele argumenten tegen de inzet van de amicus curiae meewegen en krijgen procespartijen de kans suggesties te doen om bepaalde amici bij de procedure te betrekken dan wel buiten de deur houden.<sup>47</sup> Bij de civiele en fiscale amicus lijkt op deze punten overigens geen betrokkenheid te zijn weggelegd voor procespartijen.

Over de betrokkenheid van partijen bij de vraagstelling is ons weinig literatuur bekend.<sup>48</sup> Wel kunnen wij ons voorstellen dat procespartijen behoefte hebben om zich over de vraagstelling uit te laten, nu de amici hieraan gebonden zullen zijn. Denkbaar is ook dat procespartijen niet willen dat bepaalde informatie over hun zaak wordt gedeeld met 'derden'. Procespartijen hebben derhalve belang bij de vraagstelling en het al dan niet verstrekken van informatie daarover. Dat zou ervoor kunnen pleiten partijen de gelegenheid te bieden zich over de voorgenomen vraagstelling uit te laten. De bestuursrechter kan daar dan rekening mee houden. Een vergelijking met de procedure die wordt gevolgd bij het inschakelen van deskundigen ex art 8:47 Awb, ligt hier wellicht voor de hand. Bij de civiele en fiscale amicus worden procespartijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over zowel het voornemen prejudiciële vragen te stellen als de te stellen vragen (artikel 392, tweede lid, Rv en artikel 27ga, tweede lid, AWR). De prejudiciële vraag is de vraag die ook wordt voorgelegd aan de amici, mocht de Hoge Raad besluiten van dat instrument gebruik te maken.<sup>49</sup>

Tot slot wijzen wij op de mogelijkheid om procespartijen de gelegenheid te bieden binnen een redelijke termijn schriftelijk te reageren op de inbreng van de amici. Diverse auteurs hebben gewezen op de wenselijkheid van een dergelijke reactiemogelijkheid.<sup>50</sup> Het zou in hun optiek recht doen aan het beginsel van hoor en wederhoor. Het zou bovendien overeenkomen met de civiele en fiscale amicus curiae, waar procespartijen conform de procesreglementen in de gelegenheid worden gesteld om binnen een door de Hoge Raad te bepalen termijn schriftelijk op de inlichtingen van de amici te reageren.<sup>51</sup> Bij de amicus curiae zoals bedoeld in artikel 8:45a Awb krijgen procespartijen vier weken om schriftelijk te reageren op

---

<sup>46</sup> De Poorter 2015, p. 46.

<sup>47</sup> De Poorter 2015, p. 47.

<sup>48</sup> De Poorter 2015, p. 47-48.

<sup>49</sup> Wel kan de Hoge Raad de prejudiciële vraag herformuleren. Zie artikel 14.1 van het Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden en artikel 14.1 van de Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden.

<sup>50</sup> Zie De Rond 2017.

<sup>51</sup> Artikel 9.3 Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden en artikel 9.2 Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad der Nederlanden.

de inbreng van de Europese Commissie en/of de ACM (artikel 8:45a, vierde lid, Awb). De bestuursrechter kan die termijn verlengen. In het voorstel van de Commissie rechtseenheid is niet in een wettelijke mogelijkheid voorzien voor procespartijen om op de inlichtingen van amici te reageren. Denkbaar is echter dat de Commissie dit, net als voor de procedures bij de Hoge Raad het geval is, heeft willen overlaten aan de rechtscolleges zelf om dat in de procesreglementen te regelen.

### 2.3.3 Een filter tegen stortvloed aan reacties

In gevallen waarin wordt gekozen voor een algemene uitnodiging dringt zich de vraag op of er niet behoefte bestaat aan een zeker filter tegen een stortvloed aan onbruikbare reacties. Vermeldenswaard op dit punt is dat in de prejudiciële procedures voor de civiele kamer van de Hoge Raad een amicus zich dient te laten bijstaan door een cassatieadvocaat om überhaupt een amicusbrief te kunnen indienen.<sup>52</sup> De regering heeft dit vereiste gemotiveerd door expliciet te wijzen op de hiervoor genoemde zeeffunctie. Volgens de regering bewerkstelligt een verplichte cassatieadvocaat in de eerste plaats immers dat de ingediende stukken van een zeker niveau zijn. Dit is volgens de regering in het belang van het verloop van de procedure. De regering lijkt hiermee te impliceren dat kennis van cassatietechniek van belang is voor een hoogwaardige inbreng. Ten tweede zorgt verplichte procesvertegenwoordiging ervoor, aldus de regering, dat alleen “relevante en ter zake doende informatie” door amici wordt verstrekt.<sup>53</sup> In het evaluatierapport over de prejudiciële procedure wordt kritisch op deze argumentatie gereflecteerd. Men vraagt zich af of kennis van cassatietechniek daadwerkelijk nodig is om als amicus een goede inbreng te kunnen leveren (en om als procespartij informatie in te brengen; ook daarvoor is immers een cassatieadvocaat nodig).<sup>54</sup> De verplichting van een cassatieadvocaat voor de amicus wordt om die reden overbodig geacht, al menen de onderzoekers tegelijkertijd dat er andere redenen zijn om haar te handhaven. Ten eerste vanwege de uniformiteit van het regiem – de onderzoekers vinden dat de verplichte cassatieadvocaat voor procespartijen behouden moet blijven – en ten tweede om een “sluiproute” te voorkomen. Het zou dan voor een procespartij immers mogelijk worden de verplichte cassatieadvocaat te omzeilen door zijn inbreng via een amicus in te brengen.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Zie artikel 393, derde lid, Rv.

<sup>53</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, nr. 3, p. 18.

<sup>54</sup> Giesen e.a. 2016, p. 167.

<sup>55</sup> Giesen e.a. 2016, p. 167.

In de literatuur is door sommigen wel bepleit dat verplichte procesvertegenwoordiging van de *amici curiae* ook in het bestuursrecht een waardevolle zeeffunctie kan vervullen, zowel op het gebied van het aantal reacties als in termen van kwaliteit van de inlichtingen.<sup>56</sup> Dit voorstel staat echter op gespannen voet met een van de uitgangspunten van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming, dat inhoudt dat geen procesvertegenwoordiger nodig is.<sup>57</sup> De Commissie rechtseenheid bestuursrecht pleit er om die reden dan ook voor van deze regel ten aanzien van de *amicus curiae* niet af te wijken.<sup>58</sup>

Ook voor de *amicus curiae* in prejudiciële procedures voor de belastingkamer van de Hoge Raad geldt geen verplichte procesvertegenwoordiging om redenen die vergelijkbaar zijn met wat de Commissie rechtseenheid bestuursrecht heeft opgemerkt voor de overige delen van het bestuursrecht: als voor partijen geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt, waarom dan wel voor een *amicus curiae*? Het is opvallend dat de regering het niet verplicht voorschrijven van procesvertegenwoordiging voor de fiscale *amicus curiae* een redenering volgt die omgekeerd lijkt aan die waarmee diezelfde verplichte procesvertegenwoordiging voor *amici* in de prejudiciële procedure voor de civiele kamer van de Hoge Raad wordt verdedigd. De regering merkt op dat een dergelijke financiële drempel juist kan voorkomen dat een zaak zo breed mogelijk wordt belicht, waar zij voor de civiele procedure nog bevreesd was dat van het ontbreken van zo'n drempel een aanzuigende werking zou uitgaan. Blijkbaar moet de verklaring hiervoor worden gezocht in de praktijk van het belastingrecht. De regering merkt namelijk op dat naar verwachting met name fiscale deskundigen als *amicus* zullen optreden en dat die geen procesvertegenwoordiger nodig hebben.<sup>59</sup> De onderzoekers die de procedure voor de civiele kamer van de Hoge Raad hebben geëvalueerd merken in dit verband echter op dat niet onmiddellijk valt in te zien waarom de situatie in civiele procedures principieel anders is.<sup>60</sup> Ook civielrechtelijke experts kunnen immers als *amicus* optreden. Overigens kent de fiscale *amicus curiae* wel de door ons eerder genoemde mogelijkheid om een drempel voor potentiële *amici* op te werpen. In de Procesregeling is namelijk opgenomen dat de Hoge Raad "eisen kan stellen aan de personen en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en aan de vorm, inhoud en omvang van die opmerkingen". De Hoge Raad heeft daar in generieke zin uitvoering aan gegeven door op de website, waar zowel voor fiscale als civiele prejudiciële vragen *amicus* brieven kunnen worden ingediend, enkele eisen te stellen (door middel van verplicht in te vullen tekstblokken) voordat de *amicus* brief daadwerkelijk kan worden ingestuurd. Die eisen gelden dus ook voor de *amici* in civiele prejudiciële procedures.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> De Moor-van Vugt 2017, p. 32. Zie ook Kristen en Sikkema 2017, par. 4.2.

<sup>57</sup> De Poorter 2015, p. 47.

<sup>58</sup> Scheltema e.a. 2016, p. 31.

<sup>59</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34305, nr. 3, p. 55.

<sup>60</sup> Giesen e.a. 2016, p. 84-85.

<sup>61</sup> Zien wij het goed, dan betekent dit overigens dat deze eisen voor zover zij zien op de civiele prejudiciële procedure niet te herleiden zijn tot het Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad.

Een van de manieren om eisen te stellen aan de amici zelf of aan de door hen verstrekte inlichtingen betreft het in de literatuur gedane voorstel om potentiële amici, voordat zij daadwerkelijk als amicus worden toegelaten, een onderbouwd verzoek in te laten sturen.<sup>62</sup> Aan de hand van dat verzoek kan het rechterlijk college dan een afweging maken of het betrokkene als amicus tot de procedure toelaat. De Commissie rechtseenheid bestuursrecht wijst dit voorstel af.<sup>63</sup> Bij de civiele en fiscale amicus curiae moet de potentiële amicus echter wel eerst om toestemming aan de Hoge Raad vragen om als zodanig te worden toegelaten.<sup>64</sup> Wat betreft de civiele amicus curiae merkten wij hiervoor al op dat uit de evaluatie van de prejudiciële procedure is gebleken dat deze verzoeken steeds zijn toegewezen. Of hetzelfde geldt voor de praktijk in de belastingkamer van de Hoge Raad weten wij niet.

#### 2.3.4 Openbaarheid van de reacties

Een element dat in de literatuur de nodige aandacht heeft gekregen is de openbaarheid van de ingekomen reacties van de amici. In de waarschuwingszaak van de Afdeling was aan de amici niet medegedeeld dat zij er rekening mee dienden te houden dat de door hen gegeven schriftelijke inlichtingen op een of ander wijze openbaar gemaakt zouden kunnen worden. Om die reden was het voor de staatsraad A-G en de Afdeling niet mogelijk om uit de ingekomen amicusbrieven in de conclusie respectievelijk de uitspraak te citeren. In de conclusie wordt weliswaar gerefereerd aan de inlichtingen van sommige amici, maar telkens geanonimiseerd.<sup>65</sup> Volgens sommigen is dat niet ideaal.<sup>66</sup> Overigens geeft de A-G dat zelf ook toe.<sup>67</sup> Hierdoor blijft immers de achtergrond en daarmee het mogelijk motief van de amicus in het midden. Voor de overtuigingskracht van het proces van rechtsvorming lijkt het van belang dat de rechter inzicht geeft in welke informatie bij zijn beslissing een rol heeft gespeeld en door wie die informatie is ingebracht.<sup>68</sup> Om die reden, zo zou kunnen worden gezegd, is het van belang dat in de uitspraak niet alleen geanonimiseerd kan worden verwezen naar de ingekomen amicusbrieven, maar ook dat waar nodig expliciet kan worden aangegeven wie, welke informatie naar voren heeft gebracht. Daarvoor is echter wel voorafgaande toestemming van de amici vereist, nu in dat geval sprake is van verwerking van persoonsgegevens (zie hierna).

Sprekend over openbaarheid van de amicusbrieven is het van belang duidelijk te maken wat we daar- onder precies verstaan. In de eerste plaats valt daarbij te denken aan openbaarheid in de vorm dat er in de uitspraak (en/of in de conclusie) wordt aangegeven wie er van de gelegenheid om schriftelijke inlichtingen te verschaffen gebruik heeft gemaakt en welke rol deze inlichtingen hebben gespeeld in het proces van rechterlijke rechtsvinding. Dat laatste kan geschieden door alleen te verwijzen naar en waar nodig te citeren uit die reacties die steun bieden aan de uiteindelijke beslissing, maar denkbaar is ook dat de

---

<sup>62</sup> De Poorter 2015, p. 47.

<sup>63</sup> Scheltema e.a. 2016, p. 31.

<sup>64</sup> Zie ook Giesen e.a. 2016, p. 81.

<sup>65</sup> Conclusie staatsraad A-G 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.

<sup>66</sup> Saris en Jak 2018.

<sup>67</sup> Conclusie staatsraad A-G 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, par. 2.5.

<sup>68</sup> Saris en Jak 2018.

rechter en zeker de staatsraad A-G inzicht geeft in de wijze waarop het soortelijk gewicht van met elkaar tegenstrijdige amicusbrieven is bepaald en hoe uiteindelijk tot een beslissing is gekomen. In de tweede plaats is ook voorstelbaar dat openbaarheid van de inbreng van de amici geschiedt door de ingekomen brieven integraal te publiceren op de website van het rechterlijk college. Dat gaat misschien ver, maar heeft wellicht ook als voordeel van de transparantie en de controleerbaarheid alsook dat het wellicht nog enig preventief effect heeft op het al te lichtvaardig indienen van een reactie door potentiële amici.

Wat kunnen we in het algemeen bestuursrecht op dat punt leren van de praktijk bij de civiele en de belastingkamer van de Hoge Raad? De wettelijke regelingen bevatten niets over de openbaarheid van de amicusbrieven. De Hoge Raad plaatst alle (civiele en fiscale) prejudiciële vragen op een website.<sup>69</sup> De prejudiciële vraag is tevens de vraag waarop amici kunnen reageren. De inbreng van de amici wordt niet integraal gepubliceerd. In de conclusie van de A-G wordt wel de identiteit van de amici bekendgemaakt en gerefereerd aan hun inbreng.<sup>70</sup> Of dat ook telkens geldt voor alle amici die in een bepaalde zaak inbreng hebben geleverd, is ons niet bekend. Wordt aan de inbreng van amici gerefereerd, dan gebeurt dat op een zodanige wijze dat inzichtelijk is van welke amicus de inbreng afkomstig is. De regering heeft erop gewezen dat de Hoge Raad niet verplicht is te verwijzen naar de inlichtingen van de amici in de uitspraak.<sup>71</sup> De Hoge Raad doet dat ook niet. In dat opzicht valt een vergelijking te maken met de conclusie van de A-G, waarnaar de Hoge Raad evenmin verwijst.<sup>72</sup> In de evaluatie van de prejudiciële procedure wordt geconstateerd dat vanwege het hiervoor geschetste openbaarmakingsregiem “(...) *de precieze invloed van derden enigszins in nevelen (blijft) gehuld*.”<sup>73</sup> Volgens de evaluatiecommissie vertegenwoordigen de amici vaak een institutioneel belang en staat buiten kijf dat zij in meer of mindere mate invloed hebben op de beantwoording van de prejudiciële vragen. Daarom stelt zij voor alle inlichtingen van amici – in navolging van de internetconsultatie bij conceptwetgeving – integraal online te publiceren.

Verdiend het integraal online publiceren van de amicusbrieven om dezelfde redenen ook voor procedures voor de Afdeling de voorkeur? Wat vinden rechters daarvan; draagt het bij aan de legitimiteit van de rechterlijke oordeelsvorming of kleven er juist grote bezwaren aan? En wat vinden de amici zelf: zitten die er wel op te wachten dat hun inlichtingen integraal worden gepubliceerd? Door middel van de interviews en de questionnaires hopen we meer zicht te krijgen op het antwoord op die vragen. Ook willen we in de interviews een beeld krijgen van welke argumenten nu een rol spelen bij het al dan niet discursief motiveren: waarom zou naar het oordeel van de rechters wel of niet moeten worden gekozen voor een meer discursieve wijze van motiveren?<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> <https://www.hogeraad.nl/prejudiciële-vragen>.

<sup>70</sup> Zie ook Giesen e.a. 2016, p. 81-82.

<sup>71</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32612, nr. 3, p. 17.

<sup>72</sup> Giesen e.a. 2016, p. 83.

<sup>73</sup> Giesen e.a. 2016, p. 83.

<sup>74</sup> Zie De Poorter en Van Roosmalen 2009, p. 29.

Een aspect dat in dit verband wel nog aandacht verdient, betreft het feit dat de wijze waarop het rechterlijk college naar verwachting met de reacties omgaat (verzamelen, opslaan, raadplegen en verspreiding, dit laatste via openbaarmaking) al snel verwerking van persoonsgegevens oplevert (artikel 4, onder 2, AVG).<sup>75</sup> Voorstelbaar is bovendien dat, afhankelijk van het type zaak, bij bepaalde reacties van amici sprake is van bijzondere persoonsgegevens in de vorm van politieke opvattingen (artikel 9, eerste lid, AVG). De AVG stelt een aantal eisen aan het verwerken van (bijzondere) persoonsgegevens, die wij hier niet allemaal behandelen. Wij volstaan voor nu met de opmerking dat verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens slechts rechtmatig is indien voldaan is aan een van de in de AVG geformuleerde verwerkingsgronden (artikel 6, eerste lid, AVG).<sup>76</sup> Bij de amicus curiae kan dan met name worden gedacht aan toestemming van de amicus (artikel 6, eerste lid, onder a gelezen in samenhang met artikel 7 van de AVG) om de reactie openbaar te maken.

### 2.3.5 Verhouding met de grote kamer en de staatsraad/raadsheer A-G

De Awb biedt al een aantal instrumenten dat, net als de amicus curiae, (mede) bedoeld is ter bevordering van rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Twee instrumenten die daarbij in het oog springen, betreffen de grote kamer (artikel 8:10a, vierde lid Awb) en de conclusie van de staatsraad/raadsheer A-G (artikel 8:12 Awb). Een vraag die rijst, is hoe de inzet van de amicus curiae zich verhoudt tot deze instrumenten. Moet de inzet van de amicus curiae beperkt blijven tot zaken waarin een conclusie is gevraagd en/of de zaak wordt verwezen naar een grote kamer? Om in kaart te brengen hoe vorengenoemde instrumenten op elkaar (kunnen) ingrijpen, is het nodig eerst wat dieper in te gaan op doelen die deze instrumenten beogen.

De regering heeft aan de introductie van de grote kamer in de kern twee argumenten ten grondslag gelegd.<sup>77</sup> Het eerste argument is dat het kan bijdragen aan de rechtseenheid tussen de verschillende kamers van de hoogste bestuursrechtelijke colleges en tussen de bestuursrechtelijke colleges onderling. Het tweede argument is dat een uitspraak van een grote kamer naar het oordeel van de regering duidelijk maakt aan de buitenwereld “(...) dat het college zelf de zaak als belangrijk en ook voor andere zaken als richtinggevend beschouwt”. De regering impliceert verder dat met een grote kamer ook duidelijk kan worden gemaakt dat een uitspraak bewust afwijkt van eerdere uitspraken. Anders gezegd, de inzet van de grote kamer onderstreept het belang van de uitspraak voor de rechtsontwikkeling en maakt, aldus de regering, dat “(...) de hogerberoepsrechter zijn rechtsvormende taak op een meer transparante wijze (kan) uitoefenen”.

<sup>75</sup> Verordening (EU) 2016/679.

<sup>76</sup> Zie voor bijzondere persoonsgegevens voorts artikel 9, tweede lid, AVG.

<sup>77</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32450, nr. 3, p. 16-17. Zie verder Konijnenbelt 2011, par. 2.

Ook de conclusie wordt gezien als een instrument dat de rechtsvormende taak van de rechter dient. Dat geldt voor de conclusies van het parket bij de Hoge Raad,<sup>78</sup> de conclusies van de advocaten-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie,<sup>79</sup> alsook voor de conclusie in het algemeen bestuursrecht.<sup>80</sup> De regering heeft bij het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht aangegeven dat zij de mogelijkheid biedt om, meer dan de uitspraak zelf, het geschil in een bredere context te plaatsen.<sup>81</sup> Bijvoorbeeld door nieuwe gevallen in te passen in de bestaande systematiek of bij gebrek daaraan een systematiek te ontwikkelen of voorstellen te doen tot afwijking van bepaalde jurisprudentielijnen.<sup>82</sup> De A-G kan bij het schrijven van zijn conclusie ook de macrogevolgen van de beslissing in het voorliggende geval betrekken.<sup>83</sup> De A-G kan daarbij gebruikmaken van empirische data, al dan niet afkomstig van een *amicus curiae*.<sup>84</sup> Een conclusie kan uiteraard ook bijdragen aan de rechtsvorming doordat de betreffende A-G over een specifieke expertise beschikt.

De figuur van de *amicus curiae* dient evenzeer de rechtsvormende taak van de rechter en het ligt in procedures voor de hoogste bestuursrechters voor de hand de inzet van dit instrument te overwegen in gevallen waarin een conclusie wordt gevraagd en/of een zaak naar een grote kamer wordt verwezen. Er zijn auteurs die de inzet van de *amicus curiae* lijken te beperken tot zaken waarin om een conclusie aan de A-G is gevraagd.<sup>85</sup> Anderen menen echter dat de inzet van de *amicus curiae* niet beperkt hoeft te blijven tot die categorie van gevallen. De Poorter ziet geen afhankelijkheidsrelatie, maar merkt op dat zaken waarin wordt gebruikgemaakt van een grote kamer en/of conclusie een natuurlijk aangrijpingspunt vormen om de *amicus curiae* in te zetten.<sup>86</sup> Bij dergelijke zaken gaat het immers vaak al om rechtsvragen die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Naast De Poorter zien ook anderen onafhankelijk van een grote kamer of conclusie een rol voor de *amicus curiae* weggelegd.<sup>87</sup> De zaak over de inbrengwaarde van gronden in het kader van een exploitatieplan heeft ook uitgewezen dat de *amicus curiae* van betekenis kan zijn ook buiten de zaken waarin een conclusie is gevraagd of de zaak naar een grote kamer is verwezen, zoals de uitleg van bijzondere wetgeving. De reden waarom de inzet van de *amicus curiae* ook in andere zaken kan worden overwogen, is erin gelegen dat tot dusver de verwijzing naar de grote kamer en in mindere mate het vragen van een conclusie vooral geschiedt in zaken waarin de voorliggende rechtsvraag een collegeoverstijgende betekenis heeft. Het gaat dan om vragen die de uitleg van bepalingen uit de Awb betreffen. De koppeling van de inzet van de figuur van de *amicus curiae* aan een verwijzing van een zaak naar de grote kamer of aan een verzoek tot het nemen van een conclusie heeft het voordeel van de praktische hanteerbaarheid.

---

<sup>78</sup> Zie bijv. Sieburgh 2005, p. 906-916.

<sup>79</sup> Zie bijv. Van Gerven 2008, p. 20.

<sup>80</sup> Zie bijv. Schlössels 2017a, p. 21-38.

<sup>81</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32450, nr. 3, p. 17.

<sup>82</sup> Zie over enkele andere functies van de conclusie Schlössels 2017a, p. 27-28.

<sup>83</sup> Schlössels 2017a, p. 28.

<sup>84</sup> Hammerstein 2017, p. 12.

<sup>85</sup> Barkhuysen 2014.

<sup>86</sup> De Poorter 2015, p. 46.

<sup>87</sup> Saris en Jak 2018.



### 2.3.6 Juridische grondslag van de amicus curiae in de Awb?

De inzet van de amicus curiae door de Hoge Raad in prejudiciële procedures voor de civiele en de belastingkamer is voorzien van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag. Artikel 393, tweede lid, Rv bevat de grondslag voor de civiele amicus curiae in de prejudiciële procedure, terwijl artikel 27gc, tweede lid, AWR de grondslag vormt voor de inzet van amicus curiae in prejudiciële procedures voor de belastingkamer. De regelingen in de Rv en in de AWR bevatten niet alleen de bevoegdheidsgrondslag voor de Hoge Raad om te bepalen dat anderen dan partijen in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken, zij bevatten ook bepalingen over de wijze waarop de amici hun opmerkingen moeten indienen en een bevoegdheid om ook de amici uit te nodigen voor een zitting.

Ook de Awb kent een wettelijke regeling voor de inzet van een amicus curiae, zij het dat die regeling beperkt is tot twee specifiek aangeduide amici; op basis van artikel 8:45a en 8:60a Awb kan de bestuursrechter de Europese Commissie en de Autoriteit Consument en Markt om schriftelijke inlichtingen vragen in procedures waarin de toepassing van het communautaire mededingingsrecht aan de orde is. Verwant aan die figuur is de in artikel 29, eerste lid, van de Procedureverordening<sup>88</sup> opgenomen mogelijkheid voor nationale rechterlijke instanties om aan de Europese Commissie informatie inzake staatssteunregels te verzoeken. Artikel 29, tweede lid, van de Procedureverordening geeft de Europese Commissie onder omstandigheden de bevoegdheid uit eigen beweging informatie te verstrekken.

Voor andere procedures voor de (hoogste) bestuursrechters ontbreekt echter een expliciete grondslag voor de inzet van de figuur van de amicus curiae. In de drie zaken waarin door de Afdeling met de amicus curiae is geëxperimenteerd, is daartoe gebruikgemaakt van artikel 8:45 Awb. Dit artikel bepaalt in de eerste plaats dat de bestuursrechter partijen en anderen kan verzoeken binnen een door hem te bepalen termijn schriftelijke inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken in te zenden. Voor bestuursorganen en werkgevers, zo bepalen het tweede en het derde lid, geldt een verplichting om hieraan mee te werken, ook als zij geen procespartij zijn. De artikelen 8:45, eerste tot en met derde lid, Awb zijn dan ook met name bedoeld om aan partijen, andere bestuursorganen en werkgevers om schriftelijke inlichtingen (of stukken) te vragen. De wetgever heeft hiermee echter niet bedoeld een algemene bevoegdheid in het bestuursrecht te introduceren voor de inzet van de amicus curiae.<sup>89</sup> Bovendien lijkt de regeling nog wel een grondslag te bieden voor de rechter om *bepaalde* personen gericht om inlichtingen te vragen, maar veel minder om door middel van een algemene uitnodiging *eenieder* uit te nodigen inlichtingen te verschaffen. De regeling lijkt ook slechts de mogelijkheid te bieden schriftelijk om inlichtingen te vragen en niet om de amici eventueel ook op een zitting te horen.<sup>90</sup> In meerderlei opzicht rijst daarom de vraag of artikel 8:45 Awb een afdoende grondslag is voor de inzet van de figuur van de amicus curiae.

<sup>88</sup> Verordening (EU) 2015/1589.

<sup>89</sup> Zie voor de meer informatie over de achtergrond van de regeling PG Awb II, p. 442-443.

<sup>90</sup> Zie ook De Poorter 2015, p. 47.

De vraag of de *amicus curiae* in de Awb moet worden verankerd, heeft in de literatuur de nodige aandacht gekregen. Diverse auteurs menen dat een wettelijke grondslag in de Awb wenselijk is.<sup>91</sup> Ook de Commissie rechtseenheid heeft in haar rapport een wettelijke grondslag voor de *amicus curiae* voorgesteld in het kader van de rechtseenheidskamer.<sup>92</sup> De Moor-van Vugt daarentegen vraagt zich af of het huidige artikel 8:45 Awb geen voldoende wettelijke grondslag is, nu deze bepaling de rechter al de bevoegdheid geeft anderen dan partijen om schriftelijke inlichtingen te vragen.<sup>93</sup>

De literatuur is minder uitgesproken over *wát* er in een eventuele wettelijk regeling moet komen. Moet dat alleen een grondslag zijn of ook bepaalde procedurele voorschriften? Een uitvoeriger wettelijke regeling kan betekenen dat het rechterlijke college dat de *amicus curiae* wil inzetten minder vrijheid heeft de figuur zo goed mogelijk toe te snijden op het aan de orde zijnde geval. Tegelijkertijd levert een dergelijke regeling mogelijk meer rechtszekerheid op voor procespartijen en potentiële amici. In dit verband is overigens interessant het voorstel zoals dat door de Commissie rechtseenheid is gedaan (artikel 8:118m, derde lid, onder c). Dit voorstel bevat een aantal elementen. De Commissie rechtseenheid heeft zich laten inspireren door de regeling van de civiele en fiscale *amicus curiae*, maar maakt ook enkele afwijkende keuzes.<sup>94</sup> De bepaling die de Commissie voorstelt is weliswaar geënt op een procedure voor een voorgestelde rechtseenheidskamer bij de Afdeling, maar zij biedt inspiratie voor een algemene regeling van de *amicus curiae* in de Awb. De regeling is tamelijk summier en laat veel aan de Afdeling zelf over: zo wordt er bijvoorbeeld van uitgegaan dat de Afdeling zelf de termijn bepaalt waarbinnen anderen dan partijen schriftelijke opmerkingen kunnen maken. Ook de aankondiging hiervan geschiedt op een door de Afdeling te bepalen wijze. Het is dus aan de Afdeling om te bepalen of er een gerichte of algemene uitnodiging wordt gehanteerd. De Commissie rechtseenheid wijst erop dat de regeling “(...) *bewust summier is gehouden, zodat zij zich flexibel laat inpassen in het bestuursprocesrecht dat geldt voor de Afdeling*”.<sup>95</sup> Er is dan ook niets geregeld over bijvoorbeeld het uitnodigen van de amici op een zitting. Het summiere karakter moet worden gezien in het licht van het feit dat de zaak waarin de figuur wordt ingezet, anders dan bij de prejudiciële procedure, in handen van de Afdeling blijft.<sup>96</sup> Het voorstel van de Commissie rechtseenheid laat derhalve veel ruimte ten aanzien van de wijze waarop het instrument wordt ingezet.

Tot slot wijzen wij op het ter internetconsultatie voorgelegde conceptwetsvoorstel Wet Instituut mijnbouwschade Groningen.<sup>97</sup> Dit conceptwetsvoorstel beoogt, aldus de conceptmemorie van toelichting, te voorzien “(...) *in een wettelijke regeling van een adequate en onafhankelijke afhandeling van alle vormen van schade*

<sup>91</sup> Saris en Jak 2018; Van Eijnsden 2015; De Poorter 2015, p. 48-49; Barkhuysen 2014.

<sup>92</sup> Scheltema e.a. 2016, p. 41 (het voorgestelde artikel 8:118m, derde lid, onder c) en p. 47.

<sup>93</sup> De Moor-van Vugt 2017, p. 31.

<sup>94</sup> Scheltema e.a. 2016, p. 31.

<sup>95</sup> Scheltema e.a. 2016, p. 47.

<sup>96</sup> Scheltema e.a. 2016, p. 31.

<sup>97</sup> <https://www.internetconsultatie.nl/instituutmijnbouwschadegroningen>.

*als gevolg van bodembeweging door de aanleg of exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van gaswinning uit het Groningenveld of de gasopslag bij Norg (...)*.<sup>98</sup> Het conceptwetsvoorstel omvat onder andere een prejudiciële procedure bij de Afdeling, in het kader waarvan de Afdeling de amicus curiae kan inzetten (artikel 18, tweede, vierde en vijfde lid). Het vertoont daarmee nauwe verwantschap met de prejudiciële procedure bij de civiele kamer en belastingkamer van de Hoge Raad.<sup>99</sup>

## 2.4 Afronding

In dit hoofdstuk hebben wij een overzicht gegeven van de literatuur die is verschenen over de inzet van de amicus curiae in het Nederlands recht. Het doel van deze literatuurstudie was om ons een beeld te vormen van wat de opvattingen in het wetenschappelijk discours zijn met betrekking tot de materiële werking van het instrument van de amicus curiae en welke punten aandacht verdienen waar het gaat om de processuele inbedding van dit instrument. We hebben de uitkomsten van deze literatuurstudie nodig om ze vervolgens te kunnen vergelijken met de uitkomsten uit het dossieronderzoek en de interviews en questionnaires met betrokken rechters, procespartijen en amici curiae.

Wat bij bestudering van de literatuur opvalt, is dat een grote meerderheid van de auteurs van mening lijkt dat de figuur van de amicus curiae voorziet in een behoefte. Veel auteurs wijzen erop dat het proces van rechterlijke rechtsvorming in die zin gemankeerd is dat het de rechter nogal eens ontbreekt aan kennis over de macrogevolgen van zijn uitspraak en dat juist de figuur van de amicus curiae erin voorziet de rechter op dat punt voor te lichten.<sup>100</sup>

Waar het gaat om de tweede functie die door sommigen aan de amicus curiae wordt toegekend, die van het versterken van de legitimiteit van de rechterlijke beslissing, zijn er echter ook kritischer geluiden te horen. Zo vinden sommigen dat die legitimiteit niet afhankelijk is van de vraag wie er bij de rechtszaak worden betrokken, maar dat die legitimiteit is gegeven met hoe de rechter institutioneel is ingebed. Voor zover auteurs kritisch zijn over de materiële werking van het instrument van de amicus curiae lijkt die kritiek zich echter niet zozeer te richten op het doel dat met de inzet van de amicus curiae wordt nagestreefd, maar vooral op de mogelijke negatieve bijwerkingen van de figuur, waarbij in het bijzonder wordt gewezen op het gevaar van lobbyisme in de rechtspraak.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Conceptmemorie van toelichting, p. 3.

<sup>99</sup> Conceptmemorie van toelichting, p. 14.

<sup>100</sup> Feteris 2017, p. 1529; Scheltema e.a. 2016, p. 30-31; Scheltema 2015, p. 810; Van Eijdsden 2015; Barkhuysen 2014; Drion 2014; Hammerstein e.a. 2008, p. 39. Zie ook De Jong en Van der Linden 2016, p. 7-9. De Poorter 2013, p. 9 e.v.

<sup>101</sup> De Moor-van Vugt 2017, p. 31-32; Schlössels 2017, p. 25.

In het vervolgonderzoek willen wij op basis van met name een bestudering van de dossiers en de interviews met betrokken rechters nagaan in hoeverre de inzet van de amicus curiae beantwoordt aan de doelstelling van het verwerven van meer inzicht in de macrogevolgen van de rechterlijke beslissing. Over de mogelijke negatieve bijwerkingen van de amicus curiae waarop in de literatuur is gewezen, in het bijzonder het gevaar voor lobbyisme, valt op basis van het dossieronderzoek vermoedelijk niet zoveel te zeggen. Uit de interviews met rechters en de questionnaires die wij hebben uitgerold onder procespartijen en de amici zelf hopen wij echter op dat punt meer informatie te verkrijgen over hoe de inzet van de amicus curiae is gepercipieerd en of het in de literatuur gesignaleerd gevaar van lobbyisme zich heeft voorgedaan.

Het beeld dat uit de literatuurstudie opdoemt, is dat de meeste aandacht uitgaat naar de processuele inbedding van het instrument. Juist op dat punt lijken in de literatuur de meeste kanttekeningen te worden geplaatst. In het bijzonder spelen hier vier vragen een rol. Allereerst is dat het aspect van het uitnodigingsbeleid. Uit de literatuur blijkt dat een belangrijke vraag is wanneer nu voor een open consultatie moet worden gekozen en wanneer voor het gericht uitnodigen of voor een combinatie van beide? En op basis waarvan kies je voor de ene of de andere methode? Een andere vraag in dit verband is waarop de amici gevraagd worden te reageren; welk type vraag en welk soort informatie leg je aan de amicus curiae voor? In het vervolg van het onderzoek proberen wij aan de hand van dossieronderzoek, interviews en questionnaires een beeld te krijgen van welke argumenten bij het beantwoorden van deze vragen een rol spelen.

In de tweede plaats wordt in de literatuur aandacht gevraagd voor het aspect van de openbaarheid. Zijn de ingekomen amicusbrieven openbare stukken waaruit de Afdeling in haar uitspraak vrijelijk kan citeren of die zij zelfs als zodanig op bijvoorbeeld haar website kan publiceren? In het voorgaande zijn op basis van de bestudeerde literatuur verschillende redenen gesignaleerd die pleiten voor het ‘openbaar maken’ van de amicusbrieven in een of andere vorm. De belangrijkste reden voor openheid over de ingekomen amicusbrieven lijkt te zijn dat transparantie bijdraagt aan de legitimiteit van het proces van rechterlijke rechtsvorming. Een belangrijke reden om de ingekomen brieven integraal te publiceren op de website van het rechterlijke college zou er mogelijk in kunnen zijn gelegen dat daarmee wordt voorkomen dat al te lichtvaardig en te gekleurde reacties worden ingediend. Hoe overtuigend die argumenten worden gevonden zal moeten blijken uit het vervolg van het onderzoek, zoals ook zal moeten worden nagegaan onder welke voorwaarden tot openbaarheid van de ingekomen amicusbrieven mag worden overgegaan. Is daarvoor uitdrukkelijke toestemming nodig of volstaat bijvoorbeeld een *informed consent*?

In de derde plaats lijken er vragen te rijzen ten aanzien van de rol van de amicus in de procedure mede in relatie tot de rol van procespartijen. Moeten procespartijen bijvoorbeeld gelegenheid krijgen te reageren op het voornemen om amici in te schakelen; welke termijnen hebben daarbij, bij het voorbereiden van de reactie door de amici en bij de voorbereiding van een reactie door procespartijen op de inbreng van de amici te gelden; moeten de amici op elkaars inbreng kunnen reageren en moeten de amici op zitting kunnen worden gehoord? Het antwoord op deze vragen lijkt op basis van de literatuurstudie nog niet

uitgekristalliseerd, terwijl tegelijkertijd wel wordt gesignaleerd dat behoefte bestaat aan duidelijkheid op deze punten. In de interviews en uit de questionnaires hopen wij meer duidelijkheid te verkrijgen over de verwachtingen van procespartijen en amici op deze punten en de opvattingen van de betrokken rechters daaromtrent.

Ten slotte is een belangrijke vraag die uit de literatuurstudie blijkt die naar de behoefte aan een expliciete wettelijke grondslag voor de figuur van de amicus curiae. De Afdeling baseert de inzet van de amicus curiae thans op artikel 8:45 Awb, maar zoals in de literatuur is gesignaleerd, is die bepaling daarvoor oorspronkelijk niet bedoeld. Sommigen menen daarom dat er behoefte bestaat aan een wettelijke bepaling, waarbij de meningen dan uiteen lijken te lopen als het gaat om wat daarin precies moet worden geregeld. Moet dat een summiere wettelijke regeling zijn, waarbij de nadere invulling wordt overgelaten aan de gerechten zelf bijvoorbeeld door opneming van nadere regels in de procesregeling of moet de wettelijke bepaling zelf juist op de hiervoor gesignaleerde vragen reeds een antwoord geven? Een andere vraag in dit verband is nog of als er al behoefte bestaat aan een wettelijke regeling, deze thans reeds tot stand moet worden gebracht, of dat het daarvoor eerst nodig is nog meer ervaring op te doen met het instrument en de (dan) bestaande praktijk te codificeren.

In het vervolg van het onderzoek zijn wat betreft de processuele inbedding de hierboven gesignaleerde vier vragen leidend. De verwachting is dat het dossieronderzoek ons slechts voor een deel van deze vragen van informatie voorziet. Daarom gebruiken wij de interviews en de questionnaires om de in deze literatuurstudie gevonden opvattingen te confronteren met de opvattingen van de betrokken rechters en van procespartijen en amici.



Dossierstudie

3





## 3.1 Onderzoeksmethode

In dit hoofdstuk onderwerpen we de inzet van de *amicus curiae* in de drie zaken aan een nader onderzoek aan de hand van een dossieronderzoek. Het doel is om te bezien of we op basis van een bestudering van processtukken als bedoeld in artikel 8:39, eerste lid, Awb, waaronder de amicusbrieven en de uitspraken van de Afdeling<sup>102</sup> iets meer kunnen zeggen over de vragen die we aan het eind van hoofdstuk 2 op basis van de literatuurstudie hebben geïdentificeerd. Daarbij realiseren we ons heel goed dat we die vragen slechts gedeeltelijk kunnen beantwoorden met een dossieronderzoek. Dat is ook de reden waarom we ook interviews hebben afgenomen en questionnaires hebben verspreid. De interviews en questionnaires bespreken wij respectievelijk in hoofdstukken 4 en 5.

### 3.1.1 Beantwoordt de inzet van de *amicus curiae* aan het daarmee beoogde doel?

In dit hoofdstuk doen wij verslag van het dossieronderzoek aan de hand van een aantal hierna te noemen aspecten.<sup>103</sup> Een eerste aspect waarin wij geïnteresseerd zijn, is of we op basis van het dossieronderzoek iets kunnen zeggen over de werking inclusief de mogelijke neveneffecten van de figuur van de *amicus curiae*. Wat precies het effect van de amicusbrieven geweest op de uiteindelijke conclusie en/of uitspraak en of dus in zoverre het middel beantwoordt aan het beoogde doel, is enkel op basis van dossieronderzoek niet te bepalen. Wat we wél op basis van dossieronderzoek hopen te kunnen vaststellen is met welk doel de Afdeling de *amicus curiae* heeft ingeschakeld. Wat we in elk geval kunnen vaststellen is of de staatsraad A-G of de Afdeling zich in de oordeelsvorming expliciet op de door de amici verstrekte schriftelijke inlichtingen heeft gebaseerd. Als dat het geval is lijkt ons dat een aanwijzing die het vermoeden rechtvaardigt dat de inbreng van de amici van invloed is geweest op de uiteindelijke beslissing en daarmee in zoverre beantwoordt aan het ermee beoogde doel. Als een expliciete verwijzing in de conclusie en/of uitspraak ontbreekt, betekent dit andersom evenwel niet perse dat de inzet van de *amicus curiae* geen effect heeft gehad. Als bijvoorbeeld uit het proces-verbaal van de zitting blijkt dat amicusbrieven in het onderzoek ter zitting een rol hebben gespeeld, achten wij ook in zoverre het vermoeden gerechtvaardigd dat de *amicus curiae* de Afdeling verder heeft gebracht in haar oordeelsvorming.

De inzet van de *amicus curiae* zou niet alleen bijdragen aan de inhoudelijke kwaliteit van het proces van rechtsvorming, zij zou volgens sommigen ook de legitimiteit van dat proces versterken. Kunnen we over dat laatste element iets zeggen op basis van het dossieronderzoek? Om die vraag te beantwoorden, is het allereerst van belang iets preciezer te duiden wat we in dit verband onder legitimiteit verstaan. De legitimiteit van de rechterlijke beslissing is van vele factoren afhankelijk.<sup>104</sup> Indien wij spreken over de legitimiteit van het proces van rechtsvorming kan in het algemeen een onderscheid worden gemaakt tussen zogenaamde procedurele en inhoudelijke legitimiteit. De inhoudelijke legitimiteit wordt gerelateerd

<sup>102</sup> Wij herhalen hier kort dat wij ten tijde van dit schrijven niet beschikken over een uitspraak in de exceptieve toetsingszaak; zie § 1.5.

<sup>103</sup> De Afdeling heeft ons toestemming verleend de dossiers in te zien en de dossierstukken te analyseren.

<sup>104</sup> Bokhorst 2014, p. 87 e.v.

aan de inhoudelijke kwaliteit van de rechterlijke beslissing. Betoogd wordt wel dat de amici curiae die inhoudelijke kwaliteit kunnen versterken door informatieverschaffing vanuit hun specifieke deskundigheid of belangpositie.<sup>105</sup> Dat is wat we hiervoor beschreven als de mogelijke bijdrage die amici leveren aan het inzicht in de macrogevolgen van de rechterlijke beslissing. Als wij in dit onderzoek spreken van het versterken van de legitimiteit van het proces van rechterlijke rechtsvorming doelen wij echter op de procedurele legitimiteit. Het gaat dan om wat ook wel wordt genoemd de input legitimiteit: de gedachte dat door consultatie van 'stakeholders' het draagvlak voor de uiteindelijke beslissing onder degenen die door die beslissing zullen worden geraakt, wordt vergroot. De amicus curiae is als het ware de verbindende factor tussen de rechter en de samenleving die de gevolgen van de rechterlijke beslissing zal ondervinden.<sup>106</sup> Van belang is daarom dat de maatschappelijke belangen die bij de beslissing betrokken zijn ook goed en evenwichtig worden vertegenwoordigd. Drie elementen zijn van wezenlijk belang voor het verschaffen van procedurele legitimiteit: participatie, representativiteit en transparantie. In dit dossieronderzoek gaan wij daarom op zoek naar het antwoord op de vraag of en zo ja, hoe de Afdeling verzekert dat de betrokken belangposities in de procedures voldoende evenwichtig worden gerepresenteerd. Was de Afdeling bekend met de stakeholders en zo ja, op basis waarvan maakte de Afdeling een selectie? En als de Afdeling niet bekend is met de stakeholders, hoe zorgt zij er dan voor dat alle potentiële stakeholders worden bereikt?

Waar het gaat om de mogelijke neveneffecten hebben we er op basis van de literatuurstudie in het voorgaande hoofdstuk een tweetal onderscheiden: het gevaar van lobbyisme en de vergroting van de werklust c.q. verhoging van de doorlooptijden. De vraag of beide neveneffecten zich hebben voorgedaan, laat zich aan de hand van dossieronderzoek niet volledig beantwoorden. Waar we wel iets over menen te kunnen zeggen, is of de vertegenwoordiging van de betrokken belangposities bij de inbreng door de amici curiae een zekere evenwichtigheid vertoont of dat bepaalde belangen over- of juist ondervertegenwoordigd zijn. Die evenwichtigheid heeft volgens ons een formele en een materiële component; het is van belang *wie* inlichtingen hebben verstrekt (de formele component) en *wat* deze inlichtingen behelzen (de materiële component). Voor de formele component kijken wij naar de samenstelling van de amici; hun belangposities c.q. hoedanigheden. Voor de materiële component kijken wij naar het palet aan argumenten dat in de amicusbrieven naar voren is gebracht. In het verlengde daarvan bezien wij of de inlichtingen die zijn verstrekt door de amici inhoudelijk overeenkomen met wat je vanuit de belangpositie die zij innemen zou verwachten.

Op de vraag naar het neveneffect van verhoging van de werklust en vergroting van de doorlooptijden valt evenmin een sluitend antwoord te geven op basis van het dossieronderzoek. Dit heeft te maken met een aantal voor ons onduidelijke feiten, zoals hoe lang de griffier en staatsraden bezig zijn geweest met de voorbereiding van de vragen aan de amici, de eventuele selectie van amici en de verwerking van de inlichtingen in de uitspraak. Bovendien ontbreken ons de gegevens om een reële vergelijking te maken.

---

<sup>105</sup> Zie bijvoorbeeld Wiik 2018, p. 529.

<sup>106</sup> Wiik 2018, p. 528.

Het is immers lastig in te schatten hoe hoog de werklast zou zijn geweest zonder de inzet van de amicus curiae en wat in dat geval de doorlooptijd zou zijn geweest; ook zonder die inzet had de zaaksoverstijgende rechtsvraag immers moeten worden beantwoord. Wij beschikken in dit verband slechts over standaard voorbereidings- en uitwerkingstijden die gelden voor zaken die door een enkel- of meervoudige kamer worden behandeld. Deze standaardtijden gelden echter niet voor zaken waarin een conclusie is gevraagd aan de staatsraad A-G en/of die door een grote kamer worden behandeld en hebben bovendien het karakter van een 'richtlijn' met het oog op de planning van zaken. Waar we echter wel wat over kunnen zeggen, is het aantal schriftelijke reacties dat is ontvangen als gevolg van een algemene uitnodiging en wat daarvan de omvang is. Wat we op basis van het dossieronderzoek ook kunnen vaststellen is hoeveel tijd is gemoeid met de inzet van de amicus curiae: zijn partijen geraadpleegd over het voornemen en welke termijn is hen daarbij geboden; hoeveel tijd is de amici gegund voor het verstrekken van schriftelijke inlichtingen; hoeveel tijd hebben partijen vervolgens gehad op die inlichtingen te reageren, enz.

### 3.1.2 Vijf vragen over de processuele inbedding van de amicus curiae

Een tweede hoofdthema waarnaar we onderzoek doen, betreft de procedurele inbedding van de figuur van de amicus curiae. Daarbij hebben wij in hoofdstuk 2 op basis van de literatuurstudie een vijftal vragen onderscheiden voor het vervolgonderzoek. Allereerst is dat de vraag naar het uitnodigingsbeleid. In de praktijk van de Afdeling zijn tot op heden een tweetal uitnodigingswijzen beproefd: de algemene uitnodiging en de gerichte uitnodiging. Waar wij op basis van een bestudering van het procesdossier hopen meer zicht op te krijgen, is welke redenen een rol hebben gespeeld bij de beslissing van de Afdeling om in een van die drie zaken te kiezen voor een openbare consultatie en in de andere twee zaken voor een gerichte uitnodiging. Waar wij ook naar kijken is de wijze waarop de vraag is geformuleerd die aan de amici is voorgelegd. Daartoe bestuderen wij de uitnodigingsbrief van de Afdeling aan de amici; is hierin voldoende precies aangegeven wat er van de amici wordt verlangd en is de amici voldoende informatie verschaft om de voorgelegde vragen te kunnen beantwoorden?

Het tweede punt betreft de openbaarheid van de amicusbrieven. Op basis van het dossieronderzoek hopen wij in elk geval meer duidelijkheid te krijgen over de vraag of, en zo ja hoe en op welk moment er met de amici is gecommuniceerd over het al dan niet openbaar maken van hun inbreng. In de waarschuwingszaak is dat blijkens de conclusie van de staatsraad A-G niet gedaan, terwijl dat in de Barneveldzaak anders lijkt te zijn, nu er daarin juist wel expliciet naar de inlichtingen van met namen genoemde amici wordt verwezen.

Een derde element betreft de vraag naar de rol van de amicus in de procedure, mede in relatie tot die van procespartijen. Op dit punt hopen wij door bestudering van de dossiers in elk geval wat meer duidelijkheid te krijgen over de vraag of en zo ja, hoe en op welk moment partijen zijn betrokken bij de inzet van de amici en de vraag of en zo ja, in hoeverre zij hebben gereageerd op de uiteindelijke inlichtingen van de amici. Waar wij ook naar op zoek zijn in het dossieronderzoek is of de amici onderling kennis hebben kunnen nemen van elkaars inlichtingen en zo ja, in hoeverre dit nog reacties over en weer heeft opgeleverd. Daarbij betrekken wij of de amici op zitting zijn uitgenodigd. De laatste vraag die wij op basis van hoofdstuk 2 hebben onderscheiden, is de vraag naar de behoefte aan een regeling – in de wet of anderszins zoals in de procesregeling – omtrent de inzet van de amicus curiae. Over de vraag of die bestaat, hopen wij vooral in de

interviews en questionnaires meer informatie te verkrijgen, maar ook op basis van het dossieronderzoek valt daarover wellicht al het een en ander te zeggen. Onze verwachting is dat wat we daarover kunnen zeggen grotendeels te herleiden is tot wat we onder de hiervoor beschreven tweede en derde vraag hebben geconstateerd: als blijkt dat er sprake is van een onduidelijkheid omtrent de openbaarheid van de inlichtingen van de amici, over de rol van de amici in de procedure of over de rol van procespartijen in relatie tot de positie en inlichtingen van de amici, dan zijn dat op zichzelf redenen die al snel wijzen in de richting van enigerlei regeling van de inzet van de amicus curiae. Hier past echter grote terughoudendheid omdat op zichzelf enige vorm van onzekerheid inherent lijkt aan een fase van experimenteren. Die onzekerheid hoeft niet noodzakelijkerwijs aanleiding te geven tot een regelgevingsreflex. Wel is het signaleren van die onzekerheid zinvol in relatie tot de vraag of behoefte bestaat aan enigerlei regeling omtrent de inzet van de amicus curiae, omdat zij ons in staat stelt om in de volgende onderzoeksfase van interviews en questionnaires daarop door te vragen.

Dit hoofdstuk is verder als volgt ingedeeld. Wij gaan eerst in op wat het dossieronderzoek ons zegt over de doelen die aan het inschakelen van de amicus curiae in de drie zaken ten grondslag hebben gelegen (§ 3.2). Vervolgens gaan wij in op wat het dossieronderzoek ons vertelt over de vraag of de gestelde bijwerkingen van de amicus curiae zich hebben voorgedaan, te weten lobbyisme en verhoging van de werklast en verlenging van de doorlooptijden (§ 3.3). Daarna staan wij stil bij enkele elementen van de processuele inbedding van de amicus curiae in de drie zaken (§ 3.4). Tot slot trekken wij enkele conclusies (§ 3.5).

## 3.2 De materiële werking van de amicus curiae

### 3.2.1 Inzicht in de macro-effecten

Voor zowel de exceptieve toetsingszaak als de waarschuwingszaak geldt dat uit de dossierstukken moeilijk is af te leiden welke redenen de Afdeling had voor de inzet van de amicus curiae. De uitnodigingsbrief die is verzonden in de exceptieve toetsingszaak bevat slechts de tekst: *“Hierbij stel ik u in de gelegenheid uw standpunt kenbaar te maken over het beroep voor zover gericht tegen genoemde regeling en een reactie te geven op de aan de staatsraad advocaat-generaal voorgelegde vraagpunten.”* De regeling die wordt bedoeld in deze uitnodigingsbrief is de gewijzigd vastgestelde Revi die de staatssecretaris op 28 juni 2016 heeft vastgesteld. Nu het beroep van appellante de verbindendheid van de Revi aan de orde stelde, werd de staatssecretaris gevraagd te reageren. Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat de staatssecretaris als amicus in de procedure is betrokken als ‘pseudo-verweerder’, te weten om inlichtingen te verschaffen over de Revi. Deze indruk wordt bevestigd in het feit dat de staatssecretaris als ware zij een partij vragen heeft mogen stellen aan de staatsraad A-G, alle stukken heeft ontvangen en is uitgenodigd op zitting. De communicatie met de amicus was zoals gezegd voor zitting, op zitting en na zitting niet anders dan met de procespartijen. Op die zitting heeft de staatssecretaris voorts de gelegenheid gehad het woord te voeren en zijn haar vragen gesteld over de achtergrond van de gewijzigde Revi. In de conclusie van de staatsraad A-G wordt het standpunt van de staatssecretaris ook expliciet aangehaald en worden ook de aan hem gestelde vragen door de staatssecretaris beantwoord. Daarmee lijkt de inschakeling van de staatssecretaris om informatie te verschaffen over de achtergrond van de Revi niet zonder nut te zijn geweest.

In de waarschuwingszaak is de amicus curiae ingezet zonder expliciete vermelding van de reden(en) hiervoor. In het persbericht dat op de website van de Raad van State is geplaatst – en dat is overgenomen door verschillende media – is slechts vermeld dat eenieder wordt gevraagd met de Afdeling ‘mee te denken’.<sup>107</sup> Daarbij wordt verwezen naar de vragen die de voorzitter aan de staatsraad A-G heeft gesteld. Uit die vragen is af te leiden dat de rechtsvraag of tegen een waarschuwing in rechte kan worden opgekomen regelmatig terugkeert in de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters en dat het antwoord op die vraag niet eensluidend is en bovendien afhankelijk is van een aantal factoren. Dit zaaksoverstijgende belang is in elk geval de reden geweest voor het vragen van een conclusie en vermoedelijk ook voor de inzet van de amicus curiae. De Afdeling vraagt de amici zonder meer te reageren op de aan de staatsraad A-G voorgelegde rechtsvraag of de op een wettelijke grondslag gebaseerde waarschuwing kan worden beschouwd als een besluit. Maar wat voor soort informatie hoopt de Afdeling nu van de amici curiae te verkrijgen: dogmatische bespiegelingen over het besluitbegrip, meer zicht op de verschillende soorten waarschuwingen en op waarschuwingen lijkende rechtsfiguren die op andere beleidsterreinen voorkomen of gaat het haar ook om de niet-juridische consequenties van haar beslissing? Uit de vraagstelling aan de amici curiae blijkt het antwoord op die vraag niet.

Wij constateren voorts dat op zitting nauwelijks vragen zijn gesteld over de amicusbrieven; de meeste vragen gingen over de concrete zaak en of de hierin gegeven waarschuwing als besluit moet worden aangemerkt. Aan het einde van de zitting heeft de voorzitter nog wel enkele vragen gesteld over verschillende varianten van de waarschuwing. De staatsraad A-G daarentegen heeft wél vragen gesteld onder expliciete verwijzing naar de inlichtingen van de amici, namelijk over tussentijdse maatregelen, het diffamerend karakter van de waarschuwing en de uitstralende werking van de waarschuwing (vlekwerking genoemd). In de conclusie wordt ook op meerdere plaatsen verwezen naar de inlichtingen van de amici (zij het noodzakelijkerwijs geanonimiseerd). In de uitspraak van de Afdeling wordt niet verwezen naar de door de amici verstrekte inlichtingen. De Afdeling volstaat met de opmerking: “*De staatsraad advocaat-generaal heeft op 24 januari 2018 een conclusie genomen (ECLI:NL:RVS:2018:249). Daarin is de inbreng van meedenkers naar aanleiding van de internetconsultatie verwerkt.*” Op basis van het dossieronderzoek kunnen we in elk geval zeggen dat de amicusbrieven nut hebben gehad voor de conclusie van de staatsraad A-G. Mogelijk hebben zij daarmee ook betekenis gehad voor de uitspraak van de Afdeling, maar dat valt op basis van het dossieronderzoek niet met zekerheid te zeggen.

In de Barneveldzaak is door de Afdeling een ietwat andere benadering gekozen; al in de heropeningsbrief aan partijen is, onder verwijzing naar een conceptbrief aan de amici, expliciet vermeld waarom de Afdeling de amicus curiae wilde inzetten. De Afdeling geeft aan dat voor beide in de zaak naar voren gebrachte benaderingen van de rechtsvraag aanknopingspunten zijn te vinden in de regelgeving en toelichting, zodat zij voor de beantwoording van die rechtsvraag ook aansluiting moet zoeken bij het systeem van de regelgeving, inclusief de werking van dit systeem in de praktijk. Ook wijst de Afdeling erop dat het maatschappelijk belang van de keuze voor een van de twee benaderingen aanzienlijk is.

<sup>107</sup> <https://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1081>.

De Afdeling stelt onder meer: “*Aldus is de te nemen beslissing voor grote aantallen gemeenten, ontwikkelaars, grondeigenaren, et cetera van grote importantie.*” Wat opvalt is dat de amici meerdere vragen zijn gesteld over de effecten van een keuze voor een van de twee benaderingen. Zo is bijvoorbeeld gevraagd of het klopt dat een keuze voor de werkelijke kostenbenadering marktspeculaties in de hand werkt. Het lijkt dan ook dat de inzet van de amicus curiae effect heeft gehad. Dit beeld wordt ook zonder twijfel bevestigd door de uitspraak van de Afdeling waarin vrij uitgebreid wordt verwezen naar de inlichtingen van de amici en deze voor een deel van een antwoord wordt voorzien.<sup>108</sup>

Op basis van het dossieronderzoek durven wij in algemene zin geen uitspraken te doen over de vraag of de inzet van de amicus curiae de rechter meer inzicht heeft opgeleverd in wat hij met zijn uitspraak aanricht in de samenleving. Over elk van de drie zaken valt wel iets meer te zeggen. Wat opvalt is dat de meest succesvolle inzet van de amicus curiae in de Barneveldzaak lijkt te zijn geweest. In het verzoek werd de reden voor de inzet duidelijk geëxpliciteerd, op zitting werden er vragen gesteld naar aanleiding van de inbreng van de amici en in de uitspraak van de Afdeling worden de verstrekte inlichtingen heel uitdrukkelijk besproken en gewogen. Dit is wat anders voor de exceptieve toetsingszaak en voor de waarschuwingszaak. In beide zaken is door de Afdeling niet geëxpliciteerd met welke reden(en) de amicus curiae wordt ingezet. Het lijkt echter aannemelijk dat de staatssecretaris in de exceptieve toetsingszaak werd ingeschakeld om zijn regeling te verdedigen en daarover informatie te verschaffen, terwijl in de waarschuwingszaak de inschakeling van de amicus vooral lijkt te zijn ingegeven door de behoefte meer zicht te krijgen op het palet aan waarschuwingen en daarmee samenhangende rechtsfiguren. In de waarschuwingszaak hebben de ingekomen reacties op de zitting een beperkte rol gespeeld. In de conclusie worden zijn wel aangehaald, maar de Afdeling doet er in haar uitspraak niets mee. Daarmee is het lastig antwoord te geven op de vraag of de amicus curiae effect heeft gehad. De exceptieve toetsingszaak lijkt een wat vreemde eend in de bijt in de zin dat de amicus hier vooral de rol speelt van pseudo-verweerder die gelegenheid krijgt op het verzoek aan de staatsraad A-G te reageren, alle stukken van andere partijen krijgt en daarop mag reageren en die ook op zitting aanwezig is en het woord voert. Tegelijkertijd lijkt de door hem naar voren gebrachte informatie wel een rol te spelen in de oordeelsvorming door de staatsraad A-G. Zoals gezegd heeft de Afdeling ten tijde van dit onderzoek nog geen uitspraak in deze zaak gedaan.

### 3.2.2 Legitimiteit van rechtsvorming

Waar het gaat om de procedurele legitimiteit van het proces van rechterlijke rechtsvorming zijn participatie, representatie en transparantie van belang. Waar wij naar kijken is (a) of en hoe de Afdeling bekend was met degenen die de betrokken maatschappelijke belangen konden representeren; (b) of en hoe de Afdeling die representanten weet te betrekken en (c) of uiteindelijk een zekere evenwichtige vertegenwoordiging van de betrokken belangen is bereikt.

---

<sup>108</sup> Zie bijvoorbeeld rechtsoverwegingen 9, 10 en 11 van de uitspraak. ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903, TBR 2018/80, m.nt. J.F. de Groot.

De eerste vraag betreft de bekendheid van de Afdeling met het deel van de samenleving dat door de uitspraak wordt geraakt, oftewel ‘de stakeholders’. Ook in dit verband neemt de zaak over de exceptieve toetsing een bijzondere positie in: niet het uitnodigen van de stakeholders lijkt het uitgangspunt te zijn geweest, maar het betrekken van de staatssecretaris als pseudo-verweerder. Het betrekken van de samenleving bij de uitspraak vanwege het zaakoverstijgende element lijkt niet primair de insteek geweest.

In de waarschuwingszaak lijkt, zoals gezegd, de reden voor inzet van de *amicus curiae* te zijn gelegen in het verkrijgen van meer inzicht in wat deze uitspraak betekent voor andere typen waarschuwingen en op waarschuwingen gelijkende rechtsfiguren. Dit impliceert reeds dat de Afdeling niet op voorhand bekend is met alle belangen die specifiek spelen en dat zij daarom niet een of enkele amici gericht uitnodigt. Dit betekent overigens niet dat de Afdeling op basis van het dossier er blijk van geeft onbekend te zijn met de belangposities die zich in algemene zin voordoen in een dergelijke zaak, namelijk het handhavingsbelang enerzijds en het belang van rechtsbescherming anderzijds. Zo is in de conclusie van de staatsraad A-G hierover vermeld dat de rechtsvraag kan worden gesitueerd binnen het spanningsveld van de juridische dogmatiek, het belang van effectieve uitvoering en handhaving en het belang van individuele effectieve rechtsbescherming. Het lijkt ons voor de hand te liggen dat de onbekendheid met de specifieke belangen die speelden in de waarschuwingszaak, ten grondslag ligt aan de keuze voor een openbare internetconsultatie. Dit is evenwel niet met zoveel woorden uit het dossier af te leiden. Van de algemene uitnodiging via openbare internetconsultatie is door de Afdeling kennis gegeven door een persbericht op de website van de Raad van State. Dit persbericht is vervolgens overgenomen door verschillende media, waaronder het Nederlands Juristenblad<sup>109</sup> en het advocatenblad<sup>110</sup>, en is door de Afdeling zelf gedeeld via social media (Twitter, LinkedIn en Facebook). Daarmee heeft de Afdeling in elk geval wel getracht alle stakeholders te bereiken. In totaal zijn door 25 amici inlichtingen verstrekt. Wat in dit verband opvalt is dat door de Afdeling aan de amici curiae niet is gevraagd aan te geven wat de eigen belangpositie is. Door de amici is deze informatie ook niet zelf verstrekt. Het is de vraag of hiermee alle stakeholders, of althans een representatieve afspiegeling daarvan, is bereikt. Wat bijvoorbeeld erg opvallend is, is dat slechts drie reacties zijn ontvangen van bestuursorganen en dat de grote toezichthouders/handhavers niet van zich hebben laten horen. Dat neemt overigens niet weg dat de macrobelangen, het handhavingsbelang en het belang van de rechtsbescherming, in de ingebrachte reacties op een naar het zich laat aanzien evenwichtige wijze voor het voetlicht worden gebracht.

In de Barneveldzaak lijkt de Afdeling bekend te zijn geweest met de stakeholders. Hoewel in de heropeningsbrief aan partijen en de uitnodiging aan de amici niet expliciet is vermeld waarom is gekozen om aan deze zes instanties inlichtingen te vragen, is in de uitspraak wél een en ander geëxpliciteerd:

*“De keuze is op deze instanties gevallen vanwege hun specifieke deskundigheid en ervaring op het terrein van de locatie-/gebiedsontwikkeling en het ruimtelijke ordeningsrecht, in het bijzonder het grondexploitatie recht, en hangt voorts samen met de - verschillende - belangen die zij vertegenwoordigen; zowel publieke (de VNG en het IPO) als*

<sup>109</sup> <http://www.njb.nl/nieuws/conclusie-gevraagd-over-bestuurlijke-waarschuwing.27146.lynx>.

<sup>110</sup> <http://www.advocatenblad.nl/2017/09/25/afdeling-bestuursrechtspraak-vraagt-meedenkers/>.

*private (de NEPROM en de NVB) instanties is om inlichtingen gevraagd, zodat zowel degenen die kostenverhaal plegen als degenen die hiermee geconfronteerd worden zijn vertegenwoordigd. Naast deze partijen zijn de minister en het IBR gevraagd inlichtingen te verstrekken, met als doel het beeld te completeren.”* Deze motivering sluit aan bij eerdere uitspraken van de Afdeling over de belanghebbendheid van appellanten bij het financiële deel van het exploitatieplan.<sup>111</sup> Wij vermoeden dat deze bekendheid met de stakeholders aanleiding is geweest voor de Afdeling om te kiezen voor het verzenden van gerichte uitnodigingen. Daarbij verdient nog opmerking dat de Afdeling partijen in de gelegenheid heeft gesteld andere instanties te noemen die als amicus inlichtingen zouden kunnen verstrekken. Een van de partijen heeft dit ook gedaan door een extra amicus te noemen, maar de Afdeling heeft deze suggestie niet overgenomen. Onduidelijk is waarom de Afdeling de suggestie van de partij niet heeft overgenomen. In het kader van legitimiteit is verder van belang te noemen dat uit het dossier blijkt dat alle uitnodigingen de instanties uiteindelijk hebben bereikt<sup>112</sup> en dat zij allen inlichtingen hebben verstrekt. Of daarmee daadwerkelijk alle stakeholders zijn betrokken, is een vraag die op basis van het dossier niet kan worden beantwoord. Die onzekerheid maakt het gericht uitnodigen in zekere zin kwetsbaar.

Samenvattend kunnen we zeggen dat in de waarschuwingszaak de bekendheid lijkt te ontbreken met alle stakeholders, maar dat wél aan eenieder de mogelijkheid is geboden een amicusbrief in te dienen en in zoverre dus is getracht alle stakeholders te betrekken. Of dat ook is gelukt is de vraag. In elk geval is het opvallend dat de grote toezichthouders/handhavinginstanties als amicus ontbreken. Wat ook opvalt is dat door de Afdeling niet is gevraagd naar de belangposities van de amici. In de Barneveldzaak ligt het anders: de Afdeling geeft aan goed bekend te zijn met de representanten van de in geding zijnde maatschappelijke belangen. Ten aanzien van die zaak rijst echter de vraag of daarmee ook daadwerkelijk alle stakeholders zijn betrokken. In het gericht uitnodigen lijkt wat dat betreft toch een zekere kwetsbaarheid te schuilen. Dat blijkt wel nu door appellanten een extra amicus werd voorgesteld, die door de Afdeling werd afgewezen. De Afdeling lijkt ervan overtuigd geweest te zijn dat de zes instanties een representatieve afspiegeling zijn van de bestaande macro-belangposities. Wellicht dat die overtuiging is ingegeven door de ervaring van de staatsraden in eerdere grondexploitatiezaken. In de interviews hopen wij daarover meer informatie te verkrijgen. Ook valt in dit verband op dat geen particulieren als amicus zijn uitgenodigd, maar instanties zoals de VNG en de NVB. De amici die zijn uitgenodigd om inlichtingen te verstrekken zijn in elk geval ook bereikt; van alle amici zijn inlichtingen ontvangen.

---

<sup>111</sup> Zie onder andere ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5115, AB 2012/128, m.nt. S. Hillegers (Waterdunen).

<sup>112</sup> De uitnodiging aan het IPO is twee keer verzonden, omdat de eerste uitnodiging niet is ontvangen.



### 3.3 Materiële bijwerkingen: het gevaar van lobbyisme en verhoging van werklast en doorlooptijden

#### 3.3.1 Lobbyisme

Zoals gezegd zijn in de waarschuwingszaak 25 amicusbrieven ingediend. In de conclusie van de staatsraad A-G is vermeld dat inlichtingen zijn verstrekt vanuit de wetenschap, de advocatuur, het bedrijfsleven, van overheidsinstanties, wetenschappelijke verenigingen en individuele personen. Bestudering van de inlichtingen leert het volgende.

Entiteit	Aantal
Wetenschap/onderwijs	4
Advocatuur	9
Overheidsinstanties	3
Juridische adviseurs	3
Bedrijfsleven	1
Particulieren	5

Het ligt op het eerste gezicht voor de hand dat de wetenschap/onderwijs een neutrale positie inneemt, terwijl de advocatuur, het bedrijfsleven, de juridische adviseurs en particulieren het belang van de rechtszoekende – in de woorden van de staatsraad A-G: het belang van effectieve rechtsbescherming – vertegenwoordigen. De overheidsinstanties zullen waarschijnlijk eerder geneigd zijn het handhavingsbelang te vertegenwoordigen. We moeten echter voorzichtig zijn hieruit te concluderen dat geen sprake is geweest van een evenwichtige vertegenwoordiging van belangen. Zo is goed voorstelbaar dat een deel van de advocaten of juridische adviseurs vooral voor overheden optreedt en in hun reactie veeleer vanuit een handhavingsbelang inlichtingen hebben verstrekt. Ook is goed mogelijk dat sommige particulieren juist het handhavingsbelang behartigen.

Een onderzoek naar de evenwichtigheid in materiële zin leert dat zowel inlichtingen zijn verstrekt met een overwegend informatief karakter, dat wil zeggen neutraal van aard, als inlichtingen met een overwegend betogend karakter waarin een bepaalde uitkomst wordt bepleit. Beide categorieën zijn vervolgens onder te verdelen in inlichtingen waarin de nadruk wordt gelegd op juridische argumenten en inlichtingen met een nadruk op de (maatschappelijke) gevolgen van beantwoording van de rechtsvraag. Als we deze categorieën van inlichtingen aanhouden, levert dit het volgende beeld op.

Categorie	Aantal
Informatief & juridisch	11
Informatief & (maatschappelijke) gevolgen	7
Betogend & juridisch	5
Betogend & (maatschappelijke) gevolgen	4

Wat ons opvalt, is dat het merendeel van de inlichtingen een informatief karakter heeft en dat daarin dus niet een bepaalde uitkomst wordt bepleit. Slechts in de minderheid van de gevallen wordt een standpunt ingenomen, waarbij bovendien geldt dat dit in vijf gevallen wordt onderbouwd met juridische argumenten. Al met al lijkt een vrij evenwichtig palet aan argumenten aan de staatsraad A-G en Afdeling te zijn gepresenteerd. Hierbij valt op dat in de meeste reacties vanuit de advocatuur niet een bepaalde uitkomst wordt bepleit. De argumenten sluiten dus niet aan op de hiervoor geschetste verwachting dat vanuit de advocatuur de belangpositie van de rechtzoekende zou worden bepleit.

In de Barneveldzaak betroffen de amici degenen die het belang vertegenwoordigen van degenen die geconfronteerd zullen worden met kostenverhaal (de NVB en de NEPROM), degenen die kostenverhaal plegen (de VNG en het IPO), een onafhankelijke kenniscentrum op het gebied van publiek- en privaatrechtelijk bouwrecht (IBR) en het vakdepartement van de Rijksoverheid (de minister van Infrastructuur en Milieu). Op het eerste gezicht lijkt dit een evenwichtige vertegenwoordiging. We herhalen hierbij echter dat de vraag of alle stakeholders zijn betrokken, niet zonder meer bevestigend kan worden beantwoord (zie § 3.3.2). Alle amici kiezen voor een bepaalde benadering; dit is ook logisch gelet op de vragen die aan de amici zijn voorgelegd. Vrijwel allemaal kiezen zij voor de taxatiebenadering. Alleen de NEPROM bepleit de werkelijke kostenbenadering. Het palet aan argumenten dat de amici hiervoor gebruiken zijn zowel juridisch als – kort gezegd – maatschappelijk. Ook dit laat zich waarschijnlijk verklaren door de vragen die aan de amici zijn voorgelegd. Vermeldenswaard is in dit verband dat onze verwachting dat de ook NVB de werkelijke kostenbenadering zouden bepleiten, onjuist blijkt.

Hoe evenwichtig is nu het totaal aan inlichtingen in de verschillende zaken? In relatie tot de exceptieve toetsingszaak kunnen we daarover vanwege de bijzondere aard van de aangezochte amicus niet veel zeggen. Ten aanzien van de waarschuwingszaak is deze vraag niet goed te beantwoorden. Dit heeft te maken met de onduidelijkheid over de belangposities van de verschillende amici. Informatie hierover ontbreekt. Wel constateren wij dat de amicusbrieven, gelet op het palet aan argumenten, een vrij genuanceerd en hoofdzakelijk informatief karakter hebben (materiële evenwichtigheid). De verwachting dat advocaten zouden bepleiten dat tegen de waarschuwing rechtsbescherming moet openstaan en de overheidsinstanties het handhavingsbelang benadrukken, wordt bijvoorbeeld niet bevestigd. Hetzelfde geldt voor de amicusbrieven in de Barneveldzaak, waar de NVB een andere benadering bepleit dan op basis van het belang dat zij vertegenwoordigt mag worden verwacht.

### **3.3.2 Werklast en doorlooptijden**

Zoals gezegd is de extra werklast voor de Afdeling als gevolg van de inzet van de amicus curiae lastig aan te geven, onder andere omdat ons onbekend is hoeveel extra uren de griffier en zittingskamer aan de zaken hebben besteed. Ons zijn wel enkele cijfers bekend, zoals het aantal amicusbrieven dat door de Afdeling is ontvangen, de gemiddelde omvang van de amicusbrieven, de termijn die procespartijen is gegund te reageren op het voornemen de amicus curiae en de termijn die is gegund aan de amici om te reageren. Deze cijfers hebben we hierna in twee tabellen vermeld. Kort gezegd ziet de eerste tabel op het aantal en de omvang en de tweede op de termijnen.

Zaak	Aantal amicusbrieven	Gemiddelde omvang van de amicusbrieven
Exceptieve toetsingszaak	1	9
Waarschuwingszaak	25	4,8
Barneveldzaak	6	5

De omvang van de amicusbrieven in de waarschuwingszaak verschilt van 1 tot 17 pagina's.<sup>113</sup> Sommige daarvan bevatten bijlagen. Zo heeft één amicus questionnaires verspreid onder de leden van een vereniging en zijn de vragen hiervan als bijlage toegevoegd. De omvang van de verstrekte inlichtingen in de Barneveldzaak varieert van 2 tot 9 pagina's. Eén van de amici heeft een bijlage toegevoegd ter verduidelijking van de door haar verstrekte inlichtingen en om een vergelijking daarin nader te onderbouwen.

Zaak	Reactietermijn procespartijen inzet amicus curiae	Reactietermijn voor de amici	Reactietermijn voor procespartijen op de verstrekte inlichtingen
Exceptieve toetsingszaak	Nvt	Nvt	Nvt
Waarschuwingszaak	Nvt	4 weken	Nvt - +/- 5 dagen tot de zitting
Barneveldzaak	Twee weken + 1 week	4 weken	5 weken + 3 weken tot de zitting

Het eerste punt dat opvalt, is dat in de exceptieve toetsingszaak geen specifieke termijnen zijn gegund aan de procespartijen of de staatssecretaris als amicus. Dit hangt mogelijk samen met het doel waarmee de amicus curiae is ingezet. Zeker weten doen we dit echter niet. Wat ons verder opvalt is dat de procespartijen in de waarschuwingszaak geen reactietermijn is gegund op het voornemen van de Afdeling om de amicus curiae in te zetten. Wellicht dat de Afdeling dit niet nodig heeft gevonden omdat de procespartijen in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op het verzoek aan de staatsraad-advocaat generaal een conclusie te nemen, in welk verzoek is vermeld dat de amicus curiae wordt ingezet. Andere redenen hiervoor zijn mogelijk dat de Afdeling geen specifieke vragen aan de amici heeft voorgelegd, doch meer in het algemeen heeft gevraagd 'mee te denken', of dat de Afdeling dit te veel tijd vond kosten. De onduidelijkheid hieromtrent geeft ons aanleiding hierop in een volgend deel van het onderzoek terug te komen. In de Barneveldzaak is in elk geval een andere keuze gemaakt; procespartijen hebben in die zaak een termijn van twee weken, die op verzoek is verlengd tot drie weken, gekregen te reageren op het voornemen van de Afdeling de amicus curiae in te zetten. In beide zaken is vervolgens aan de amici een termijn gegund van vier weken om inlichtingen te verstrekken. Deze termijn is in de Barneveldzaak verlengd voor het IPO omdat het verzoek om inlichtingen niet tijdig was ontvangen. In zowel de waarschuwingszaak als de Barneveldzaak zijn de door de amici verstrekte inlichtingen vóór zitting aan de procespartijen doorgestuurd. Daarbij is in de Barneveldzaak de procespartijen een termijn gegund van vier weken, terwijl in de waarschuwingszaak een dergelijke termijn niet is gegund. Wij vermoeden

<sup>113</sup> NB. Halve pagina's hebben we als 1 pagina geteld en bijlagen hebben we meegeteld voor de totale omvang van de reactie. We hebben geen rekening gehouden met de grootte van het lettertype of het gebruik van logo's of schema's.

dat in de waarschuwingszaak deze termijn niet is gegund vanwege de al geplande zittingsdatum voor de grote kamer. Vanuit een oogpunt van planning zal niet voor de hand hebben gelegen de procespartijen een termijn van vier weken te gunnen; dit zou immers hebben betekend dat de zittingsdatum moest worden verplaatst. Op zitting is overigens, zo blijkt uit de pleitnotities van appellant en verweerder gereageerd op de verstrekte inlichtingen. In de Barneveldzaak is een reactietermijn gegund van 5 weken. Drie weken later vond de zitting plaats. Waarom de Afdeling in deze zaak ruimere termijnen heeft gehanteerd dan in de waarschuwingszaak kan niet uit het dossier worden afgeleid. Wellicht dat dit te maken had met een minder strakke planning doordat de *amicus curiae* niet samenviel met een verzoek aan de staatsraad A-G een conclusie te nemen en doorverwijzing van de zaak naar een grote kamer. Het verschil tussen de waarschuwingszaak en de Barneveldzaak is in elk geval fors en verdient reeds daarom nadere bestudering.

### 3.4 Processuele inbedding van de *amicus curiae*

#### 3.4.1 Uitnodigingsbeleid

Hiervoor (§ 3.3.1) zijn wij al kort ingegaan op de redenen voor de inzet van de *amicus curiae*. Korthedshalve verwijzen wij hiernaar. Wij vermoeden dat deze redenen in elk geval *mede* hebben bepaald welke vorm van uitnodiging van de *amicus curiae* is ingezet. Dit vermoeden zien wij in de zaak Barneveld bevestigd in de uitspraak. Voor de andere twee zaken blijft dit evenwel bij een vermoeden; in de uitnodiging aan de amici noch in de conclusies en/of uitspraak is geëxpliciteerd waarom voor respectievelijk gerichte uitnodigen en de algemene uitnodiging via openbare internetconsultatie is gekozen.

Ervan uitgaande dat de redenen voor inzet de vorm van de *amicus curiae* hebben bepaald, betekent dit dat in de exceptieve toetsingszaak, waarin het doel ‘pseudo-verweer’ is, is gekozen voor een gerichte uitnodiging van de staatssecretaris als *amicus curiae*. De reden en vorm sluiten hier op elkaar aan. In de waarschuwingszaak waarin het doel lijkt te zijn geweest overzicht te krijgen van de verschillende situaties waarin de rechtsvraag speelde over het besluitkarakter van een waarschuwing, is een algemene uitnodiging beproefd. Zoals gezegd in § 3.3.2 lijkt dit ook in de rede te liggen. Als immers het doel is een overzicht te krijgen omdat bij de Afdeling zelf dit overzicht ontbreekt, zijn gerichte uitnodigingen niet mogelijk. Anders gezegd, in het doel van de inzet van de *amicus curiae* lijkt besloten te liggen dat niet wordt gekozen voor gerichte uitnodigingen maar voor een open consultatie. Ook hier lijkt dus de reden voor inzet van de *amicus curiae* aan te sluiten bij de vorm waarin dit is gebeurd. Daarbij rijst evenwel de vraag of gelet op het *betrekken en bereiken* van alle stakeholders niet eveneens in de rede had gelegen tevens gerichte uitnodigingen te sturen; zie opnieuw § 3.3.2. Het verband tussen de reden voor inzet van de *amicus curiae* en de vorm waarin dit gebeurt is volgens ons een onderwerp voor nadere studie in het vervolg van dit onderzoek.

In de Barneveldzaak geeft de Afdeling in de uitspraak aan waarom zij heeft gekozen voor het gericht uitnodigen van amici; zij overweegt: *“Aangezien het doel hiervan - kort gezegd - is om inzicht te krijgen in de maatschappelijke gevolgen van een keuze voor de werkelijke kostenbenadering of de taxatiebenadering, en de beantwoording van de gestelde vragen een specifieke deskundigheid en ervaring vereist, is gekozen voor het gericht uitnodigen van*

zes instanties in plaats van een open internetconsultatie (zoals vooraf is gegaan aan de conclusie van staatsraad-advocaat generaal Widdershoven van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249).” In deze motivering valt te lezen dat de Afdeling inzicht wil in de maatschappelijke gevolgen van een keuze voor de werkelijke kostenbenadering of de taxatiebenadering en daardoor tot gerichte uitnodigingen komt. Tevens is in de motivering te lezen dat de Afdeling het daarbij van belang heeft gevonden dat de amici over een ‘specifieke deskundigheid en ervaring beschikken’ en dat daarom is gekozen voor het gericht uitnodigen van deze zes instanties in plaats van een algemene uitnodiging. Het is opvallend dat de Afdeling deze twee aspecten (specifieke deskundigheid en ervaring) als aparte criteria noemt voor de inzet van de amicus curiae. Als het doel van de inzet van de amicus curiae wordt gezocht in participatie, in het betrekken van de samenleving, dan lijkt deskundigheid geen absolute voorwaarde.

### 3.4.2 Openbaarheid van de reacties

Het dossieronderzoek leert dat in de exceptieve toetsingszaak en de waarschuwingszaak niet is gecommuniceerd over de openbaarheid van de reacties. In de exceptieve toetsingszaak is over die openbaarheid ook niets specifiek vermeld in de conclusie.<sup>114</sup> Opvallend is wél dat de door de staatssecretaris ingediende amicusbrief zonder meer wordt vermeld, alsof deze was ingebracht door een van de procespartijen. Voor de waarschuwingszaak geldt dat de staatsraad A-G expliciet heeft aangegeven in zijn conclusie dat niet is gecommuniceerd over de openbaarheid van de inlichtingen: *“Wat betreft verantwoording hiervan, is van belang dat niet is gecommuniceerd dat de ingezonden reacties met naam en toenaam in een openbare conclusie zullen worden vermeld. Omdat ik niet kan uitsluiten dat sommige (of veel) meedenkers het niet op prijs zouden stellen als hun naam en standpunt openbaar zouden worden gemaakt, zij op die openbaarmaking hoe dan ook niet bedacht hoefden te zijn en om redenen van privacy van betrokkenen, kan ik hierna daarom niet met naam en toenaam verantwoorden in hoeverre bepaalde standpunten zijn ontleend of geïnspireerd door een bepaalde reactie. Wel zal ik in het volgende punt, waarin ik op de opbouw van de conclusie inga, een generieke en dus globale verantwoording geven van de betekenis van diverse reacties voor het betreffende onderdeel. Bovendien zal ik in het vervolg regelmatig geanonimiseerd verwijzen naar een of sommige amicus-reacties. Volledig transparant is dat niet omdat de professionele achtergrond van de betreffende meedenkers - en dus hun mogelijke belang bij mijn standpunten in deze conclusie - niet duidelijk is, (zie noot 1) maar bij deze conclusie is het helaas niet anders.”* De staatsraad A-G doet wat hij in deze overweging zegt te doen: hij vermeldt de inlichtingen verschillende keren in de conclusie en vat deze geanonimiseerd samen waarbij hij de inlichtingen van een antwoord voorziet. De Afdeling voegt hier in haar uitspraak niets aan toe.

<sup>114</sup> Zoals gezegd is ten tijde van dit schrijven nog geen uitspraak gedaan in de exceptieve toetsingszaak.

In de Barneveldzaak is na de ontvangst van de inlichtingen van de amici het verzoek van een van hen binnengekomen om kennis te nemen van de andere reacties. Mede naar aanleiding daarvan zijn in de ontvangstbevestiging die aan hen is verzonden twee vragen gesteld. De eerste vraag is of de amici ermee instemmen dat de Afdeling de inlichtingen verwerkt in de uitspraak. De Afdeling schrijft aan de amici: *“Naast het feit dat de Afdeling uw reactie in haar oordeelsvorming zal betrekken, zou zij tevens de mogelijkheid willen hebben uw reactie te verwerken in de uitspraak. Dit kan bijvoorbeeld door delen van uw reactie te citeren of een zakelijke weergave ervan in de uitspraak op te nemen. Ook zou de Afdeling uw reactie met de naam van uw organisatie willen noemen in de uitspraak. De Afdeling zal hiertoe echter alleen overgaan indien u hiervoor toestemming verleent. Zou u daarom uiterlijk op 22 december 2017 willen laten weten of u toestemming verleent voor het gebruik en de vermelding van uw reactie in de uitspraak?”* De tweede vraag die de Afdeling de amici stelde, was of zij toestemming verleenden voor het verspreiden van de amicusbrieven onder de amici. De tekst in de ontvangstbevestiging luidt: *“De Afdeling verzoekt u tevens voor 22 december 2017 aan te geven of u er bezwaar tegen heeft dat uw reactie wordt doorgezonden aan de andere organisaties die als amicus curiae in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op de voorliggende (rechts)vragen. Een van deze organisaties heeft de Afdeling namelijk verzocht om verspreiding van alle reacties onder de indieners van een reactie (de amici curiae). De Afdeling zou dit verzoek graag inwilligen, maar niet voordat u in de gelegenheid bent gesteld uw eventuele bezwaren daartegen kenbaar te maken.”* Beide vragen zijn door alle amici bevestigend beantwoord. De Afdeling heeft dan ook de inlichtingen in de uitspraak verwerkt en de inlichtingen onder de amici verspreid.

De Afdeling heeft amicusbrieven in de Barneveldzaak verwerkt door daar in haar oordeelsvorming naar te verwijzen, de standpunten samen te vatten en in het eindoordeel daarop in te gaan. Een voorbeeld hiervan biedt de volgende overweging: *“Daarbij trekt de amicusbrief van de NVB in het bijzonder de aandacht, waarin zij stelt dat de aankoopprijs van gronden niet noodzakelijkerwijs gelijk is aan de waarde van gronden aangezien de aankoopprijs afhankelijk kan zijn van niet op geld gewaardeerde tegenprestaties, zoals een bouwrecht op een andere locatie of een gunstige leveringsdatum. Volgens de amicusbrieven van de minister, de VNG, het IBR en de NVB moeten deze belangen leiden tot een keuze voor de taxatiebenadering. Deze amicusbrieven ondersteunen aldus het betoog van de raad. Daarvoor wordt in de amicusbrieven als belangrijkste argument gegeven dat alle partijen erbij gebaat zijn als de inbrengwaarden – onafhankelijk van de eigendomssituatie, ligging of (toekomstige) bestemming – op objectieve wijze worden geraamd en niet afhankelijk worden gesteld van één enkele grondtransactie. Die afhankelijkheid van grondtransacties kan namelijk, zo wordt in de amicusbrieven naar voren gebracht en door de raad onderschreven, leiden tot ongewenste afwentelmechanismen en verstoring van de grondmarkt. De NEPROM stelt daartegenover dat de taxatiebenadering ertoe kan leiden dat meer kostenverhaal plaatsvindt dan dat kosten door de gemeente worden gemaakt; deze vorm van baatafoming is volgens de NEPROM, mede vanuit oogpunt van rechtszekerheid, ongewenst. De NEPROM onderschrijft daarmee het betoog van GA1 en BPN. Het belangrijkste argument dat de NEPROM daarvoor naar voren brengt is dat maatschappelijk gewenste ontwikkelingen niet tot stand komen als de kosten niet in het oog worden gehouden; plannen zijn financieel anders niet haalbaar.”*

Noem het voortschrijdend inzicht of een op maat gemaakte aanpak, feit is dat de Afdeling in de drie zaken waarin de amicus curiae is ingezet, drie verschillende werkwijzen hanteert. Naar de reden hiervoor kan slechts worden gegist. Voor de hand lijkt te liggen dat de Afdeling in de waarschuwingszaak simpelweg is vergeten toestemming te vragen aan de amici voor het openbaar maken van hun inlichtingen. Maar wellicht is er wél over nagedacht de amici te vragen toestemming te verlenen voor het openbaar maken van hun inlichtingen en heeft de Afdeling hiervan afgezien, omdat zij vreesde dat hierdoor minder inlichtingen zouden worden verstrekt of dat zij van een ander karakter zouden zijn (palet aan argumenten). Als dat zo is, bestaat mogelijk een verband tussen de variant van de amicus curiae en de openbaarheid van de inlichtingen. Hoewel niet met zekerheid te zeggen, lijkt in de exceptieve toetsingszaak wel zo een verband te lezen; de inlichtingen van de staatssecretaris worden in de conclusie en uitspraak op eenzelfde manier vermeld als de standpunten van partijen, wat voor de hand ligt als wordt bedacht dat in deze zaak de staatssecretaris vooral als een ‘pseudo-verweer’ optrad. Kortom, meer informatie over waarom in de drie zaken is gekozen voor een andere werkwijze ten aanzien van de openbaarheid van de inlichtingen, is nog nodig alvorens hierover conclusies kunnen worden getrokken.

### 3.4.3 De rol van de amicus en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus

Voor dit onderwerp hebben wij naar een aantal aspecten gekeken: de reactiemogelijkheid van partijen op de inzet van de amicus curiae en het moment waarop dit plaatsvindt, de reactiemogelijkheid van partijen op de schriftelijke inlichtingen van de amici, de verspreiding van de inlichtingen van amici onderling en de uitnodiging van amici op de zitting. Deze aspecten hebben we in onderstaand schema puntsgewijs en per zaak beantwoord.

Zaak	Reactie-mogelijkheid partijen op inzet amicus curiae?	Op welk moment zijn procespartijen betrokken bij de inzet van de amicus curiae?	Hebben de procespartijen gereageerd op de schriftelijke inlichtingen van de amici?	Hebben de amici onderling kennis genomen van de inlichtingen?	Zijn de amici op zitting uitgenodigd?
Exceptieve toetsingszaak	Nee	Nvt	Nvt	Nvt	Ja
Waarschuwingszaak	Nee	Nvt	Ja, op zitting	Nee	Nee
Barneveldzaak	Ja	Heropening van het vooronderzoek	Ja, voor de zitting en op de zitting	Ja	Nee

Uit dit overzicht blijkt dat, net zoals ten aanzien van de openbaarheid van de inlichtingen van de amici (§ 3.5.2), in de drie zaken een andere werkwijze is gehanteerd. In de exceptieve toetsingszaak zijn partijen niet betrokken bij de inzet van de amicus curiae; de Afdeling heeft hiertoe zelfstandig en zonder overleg met partijen besloten. Ook zijn partijen niet expliciet in de gelegenheid gesteld te reageren op de inlichtingen. Vermoedelijk heeft de Afdeling dit niet nodig gevonden omdat tot 10 dagen voor de zitting het partijen vrij stond te reageren op de inlichtingen, aangezien deze op de gebruikelijke wijze aan hen zijn doorgestuurd. Anders dan in de andere twee zaken, is de amicus (de staatssecretaris) op zitting uitgenodigd en op eenzelfde wijze als partijen gehoord.

In de waarschuwingszaak daarentegen zijn de amici niet op zitting uitgenodigd. Evenmin hebben de amici de inlichtingen van elkaar ontvangen. Wij gaan ervan uit dat dit laatste te maken heeft met het achterwege blijven van een verzoek van de Afdeling aan de amici daartoe (zie openbaarheid; § 3.5.2). In de waarschuwingszaak zijn partijen ook niet in de gelegenheid gesteld te reageren op de inzet van de amicus curiae. De Afdeling heeft daartoe besloten zonder overleg met partijen. Evenmin zijn partijen expliciet in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op de inlichtingen van amici. Op zitting is daartoe echter wél uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden en daarvan is ook door partijen gebruikgemaakt blijkens het proces-verbaal.

In de Barneveldzaak is een andere werkwijze gevolgd en zijn partijen wél in de gelegenheid gesteld te reageren op het voornemen van de Afdeling de amicus curiae in te zetten. Die gelegenheid is geboden tegelijkertijd met bekendmaking van de beslissing van de Afdeling het onderzoek te heropenen. Daarbij zijn partijen in de gelegenheid gesteld te reageren op de vragen die aan de amici zouden worden gesteld en aan de keuze voor de organisaties die als amici zouden worden aangewezen. Van die gelegenheid hebben partijen ook gebruikgemaakt. Ook hebben partijen gereageerd op de inlichtingen van de amici, daarvoor is hen ook ruim de tijd geboden (zie § 3.4.2). De amici hebben ook onderling kennis kunnen nemen van de aan de Afdeling verstrekte inlichtingen, doch zijn door de Afdeling niet in de gelegenheid gesteld op elkaars inlichtingen te reageren door middel van een nadere schriftelijke reactie-termijn of een uitnodiging op zitting. Omdat die uitnodiging op zitting achterwege bleef, hebben de amici ook geen gelegenheid gehad hun inlichtingen nader mondeling toe te lichten.

Waarom in de drie zaken een andere werkwijze is gehanteerd, is onduidelijk. Wellicht dat dit met voortschrijdend inzicht heeft te maken of met de gekozen variant van de amicus curiae. Nader onderzoek zal hierover (meer) duidelijkheid moeten verschaffen. Welke werkwijze voortaan de voorkeur verdient, zal eveneens onderwerp vormen voor nadere studie. Daarbij zijn wij in elk geval geïnteresseerd in een antwoord op de vraag wat de voor- en nadelen zijn van het bieden van de mogelijkheid aan amici om op elkaars inlichtingen te reageren. Heeft dit bijvoorbeeld een positief effect op het in kaart brengen van de macro-effecten? En gaat dit lobbyisme tegen? Ook zijn wij geïnteresseerd in de voor- en nadelen van het uitnodigen van amici op zitting. Vergroot dit bijvoorbeeld het draagvlak voor de amicus curiae (verder)? Biedt dit partijen de gewenste mogelijkheid met de amici in discussie te raken onder regie van de Afdeling? Het dossieronderzoek kan op deze vragen geen antwoord geven, maar geeft wel alle aanleiding hier verder onderzoek naar te doen.



### 3.5 Afronding

Op basis van het dossieronderzoek kunnen wij in algemene zin niet zoveel zeggen over de vraag of de inzet van de amicus curiae beantwoordt aan de vooraf gestelde doelen en of zich bepaalde negatieve bijwerkingen al dan niet voordoen. Over elk van de drie zaken afzonderlijk hebben wij wel opmerkingen gemaakt in relatie tot nut en noodzaak van het instrument. Eigenlijk springt daarbij de Barneveldzaak vooral in het oog als een zaak waarin de amicus curiae van waarde is geweest voor de rechterlijke rechtsvorming. In de waarschuwingszaak is over het effect van de inzet van de amicus niet veel te zeggen. Wat op basis van die zaak wel kan worden gezegd is dat een openbare consultatie niet zonder meer leidt tot de door sommigen gevreesde stortvloed aan reacties. De exceptieve toetsingszaak beschouwen wij als een sui generis toepassing van de amicus curiae die zich moeilijk laat vergelijken met de andere twee zaken.

Over de processuele inbedding van de amicus curiae valt ons op basis van het dossieronderzoek wel een aantal dingen op. Wat met name opvalt is dat er nog onduidelijkheid is over het uitnodigingsbeleid met inbegrip van het type vraagstelling dat aan de amicus wordt voorgelegd; de openbaarheid van de inbreng van de amici en de rol van de amici in de procedure inclusief de rol van procespartijen in relatie tot de positie en inbreng van de amici. In het literatuuronderzoek stuiten we daar ook reeds op en hebben we geconstateerd dat dit voor sommigen reden is een regeling (in de Awb en/of procesreglementen) omtrent de inschakeling van de amicus curiae in procedures voor de (hoogste) bestuursrechters te bepleiten. Tegelijkertijd blijkt uit het dossieronderzoek dat in de Barneveldzaak die onduidelijkheid op genoemde punten al enigszins leek opgehelderd. In die zaak is gecommuniceerd waarom de amicus curiae werd ingezet, is dit voorgelegd aan partijen, is gecommuniceerd over de openbaarheid en zijn de inlichtingen verwerkt in de uitspraak. Hier lijkt reeds sprake van voortschrijdend inzicht. Dit lijkt ook logisch in een experimentfase. Het is de vraag wat op deze punten de ervaringen zijn van de betrokken staatsraden, procespartijen en amici. Op die vragen gaan we in de volgende hoofdstukken nader in.



**Interviews**

**4**



## 4.1 Onderzoeksmethode

Voor het onderzoek hebben wij zes staatsraden geïnterviewd, te weten de voorzitters en rapporteurs van de zittingskamers die de drie zaken hebben behandeld waarin de figuur van de *amicus curiae* is ingezet en met de staatsraad A-G, die in twee van de drie zaken een conclusie heeft genomen.<sup>115</sup> Het doel van deze interviews is geweest om een vollediger beeld te krijgen van de in hoofdstuk 2 uiteengezette materiële doorwerking en processuele inbedding van de figuur van de *amicus curiae*. In dit hoofdstuk willen we de uitkomsten van deze interviews weergeven en analyseren. Dat doen wij aan de hand van de aspecten die naar aanleiding van hoofdstuk 2 een nadere analyse behoeft.

Zoals in § 1.4 beschreven, hebben wij bij de interviews gebruikgemaakt van een kwalitatieve interviewmethode. De interviews waren niet gericht op het verkrijgen van in kwantitatieve zin representatieve data. Dat laatste is met het geringe aantal zaken waarin de figuur van de *amicus curiae* tot op heden is toegepast en het geringe aantal daarbij betrokken rechters, überhaupt niet mogelijk. Veeleer hebben wij de interviews gebruikt als een methode om meer inzicht te verkrijgen in wat voor soort ervaringen met de figuur van de *amicus curiae* zijn opgedaan en om te horen welke elementen de aandacht verdienen bij mogelijk veelvuldiger inschakeling van amici in de toekomst. Op die manier waren wij in staat om de eerder op basis van het literatuur- en dossieronderzoek opgedane impressies te toetsen en onze gedachten verder te scherpen. Voor de interviews hebben wij een vragenlijst opgesteld.<sup>116</sup> De vragen hebben wij onderverdeeld in een drietal categorieën die grosso modo het chronologisch verloop van de inzet van de *amicus curiae* volgen. Een eerste categorie van vragen ziet op de fase van het uitnodigen van de *amicus curiae*, daarbij gaat het om vragen als hoe dient de *amicus* te worden uitgenodigd maar ook op de fundamentele vraag met welke doel de *amicus* in de procedure wordt betrokken. De tweede categorie heeft betrekking op de inbreng van informatie door de *amicus curiae*; hoe moet met die informatie worden omgegaan, moet deze opbaar worden gemaakt en zo ja, hoe? En: wat is bijvoorbeeld de rol van partijen in relatie tot de inbreng van de amici? De derde categorie van vragen ziet vervolgens op de vraag hoe de Afdeling met de ingebrachte informatie omgaat: hebben de *amicus* brieven doorgewerkt in de genomen beslissing; hoe gingen de staatsraden om met de selectie en waardering van de ingebrachte informatie? En ten slotte: is er behoefte aan een regeling van *amicus curiae* in de wet en/of in de procesregeling?

Wij merken nog op dat wij ons niet hebben beperkt tot de opvattingen van de staatsraden over bovengenoemde aspecten in relatie tot de drie zaken, maar hen ook hebben gevraagd naar hun opvattingen in relatie tot eventueel toekomstig gebruik van de figuur *amicus curiae*. Kortom, welke lessen zijn er volgens de staatsraden te trekken indien de Afdeling de *amicus curiae* opnieuw zou inzetten? Wij verwijzen hierna op geanonimiseerde wijze naar de opvattingen van de betrokken staatsraden.

---

<sup>115</sup> Zie voor een overzicht van de geïnterviewde staatsraden: bijlage 2.

<sup>116</sup> Zie bijlage 3.

Dit hoofdstuk is als volgt ingedeeld. Eerst gaan wij in op de doelen die volgens de staatsraden aan het inschakelen van de *amicus curiae* in de drie zaken ten grondslag hebben gelegen (§ 4.2). Daarna staan wij stil bij de vraag of lobbyisme zich naar het oordeel van de staatsraden heeft voorgedaan en hoe een rechter daarmee kan omgaan (§ 4.3). Vervolgens komen de opvattingen van de staatsraden over het uitnodigingsbeleid aan de orde (§ 4.4). Wij vervolgen met de opvattingen van de staatsraden over de openbaarheid van de *amicus*brieven (§ 4.5). Daarna komen de rol van de *amicus* en de rol van procespartijen ten opzichte van de *amicus* aan de orde (§ 4.6). Aansluitend gaan wij in op wat de staatsraden over de juridische grondslag van de *amicus curiae* naar voren brachten (§ 4.7) en trekken wij enkele conclusies (§ 4.8).

## 4.2 Doel van de inzet van de *amicus curiae*

Welke doelen hebben de staatsraden beoogd met het inzetten van de *amicus curiae*? Uit de interviews komt het beeld naar voren dat het werkelijke doel dat wordt beoogd met de inzet van de *amicus curiae* erg afhankelijk lijkt van het type zaak. Anders gezegd: het type informatie waar de staatsraden naar op zoek waren, lijkt niet telkens hetzelfde. Bij de exceptieve toetsingszaak bijvoorbeeld hoorden wij dat het doel was om inzicht te krijgen in de achtergrond en het doel van de *Revi*. Volgens een van de staatsraden fungeerde de regelgever in deze zaak materieel niet als *amicus curiae*, omdat de staatssecretaris een rechtstreeks belang had bij de uitkomst van de zaak heeft de Afdeling de regelgever in staat willen stellen zichzelf te verdedigen. Een andere staatsraad onderschrijft dit, door op te merken dat een *amicus curiae* meer een soort raadgever is, terwijl de regelgever in de exceptieve toetsingszaak zich meer gedroeg als verweerder. Een *amicus curiae* in dit soort zaken zou, aldus een van de staatsraden, eerder een overheidsorgaan zijn dat verantwoordelijk is voor wetgevingskwaliteitsbeleid, zoals de minister van Justitie en Veiligheid. Het beeld dat uit de interviews opdoemt, sluit aan bij onze bevindingen uit hoofdstuk 3, namelijk dat de regelgever in de exceptieve toetsingszaak meer de status had van een soort pseudo-verweerder.

Uit de interviews blijkt dat bij de waarschuwingszaak een heel ander motief ten grondslag lag aan de inzet van de *amicus curiae*. In deze zaak ging het er om een overzicht te krijgen van de diverse bestuurlijke waarschuwingen en om breder geïnformeerd te worden over de gevolgen van de juridische kwalificatie van de bestuurlijke waarschuwing, aldus twee van de betrokken staatsraden. Wij zien in het voorgaande een bevestiging van ons in hoofdstuk 3 uitgesproken vermoeden dat het primaire doel van de *amicus curiae* in de waarschuwingszaak was om inzicht te krijgen in de *judicial consequences* van de juridische status van de bestuurlijke waarschuwing. Een staatsraad gaf aan dat inzet van het instrument ook van belang was om inzicht te krijgen in hoe de bestuurlijke waarschuwing wordt gepercipieerd door overtreders.

In de Barneveldzaak, zo volgt uit de interviews, hadden de betrokken staatsraden een net weer wat andere reden om de *amicus curiae* in te zetten. De staatsraden gaven aan dat het vooral ging om duidelijkheid over de uitleg van de wettelijke regeling en de maatschappelijke gevolgen van het hanteren van een bepaalde interpretatie van de *Wro* op dit punt. Dat laatste punt was gelegen in het beperkte zicht dat de

staatsraden hadden op de praktijk van grondexploitatie in dit soort zaken. In hoofdstuk 3 hebben wij het vermoeden uitgesproken dat de inzet van de *amicus curiae* in de Barneveldzaak met name was gelegen in het verkrijgen van inzicht in de *behavioural consequences*, dat wil zeggen over de gevolgen voor de grondexploitatiepraktijk van een beslissing over de wijze waarop de kosten voor grondexploitatie voor bovenwijkse voorzieningen worden doorberekend. Dit beeld zien wij in de interviews bevestigd, met als interessante aanvulling dat uit de interviews blijkt dat een ander doel was om de juridische opvatting te verkrijgen van de naar het oordeel van de Afdeling belangrijkste *stakeholders* bij de rechtsvraag. Dit lijkt erop te duiden dat het de staatsraden met de inzet van de *amicus curiae* óók te doen was om het vergroten van de legitimiteit van de uitspraak onder degenen die zouden worden geconfronteerd met de macrogevolgen van de in de uitspraak gevolgde berekeningswijze voor een belangrijke kostenpost in een exploitatieplan.

Welke lessen kunnen we nu op het punt van het doel van de inzet *amicus curiae* trekken op basis van de interviews? In elk geval dat aan de inzet van de *amicus curiae* meerdere soorten motieven ten grondslag kunnen liggen. Waar het in de exceptieve toetsingszaak (meer) ging om een creatieve manier om aan de verdedigingsrechten van de regelgever gestalte te geven, lag bij de waarschuwingszaak en de Barneveldzaak eerder de nadruk op het verkrijgen van inzicht in de *judicial consequences* (waarschuwingszaak) en *behavioural consequences* (Barneveldzaak). Het gaat bij de *amicus curiae* niet alleen om het verkrijgen van informatie; daar kan veelal ook een deskundige voor worden benoemd. Het doel van de *amicus curiae* kan er ook, aldus een van de staatsraden, in gelegen zijn om inzicht te krijgen in hoe tegen iets in de samenleving wordt aangekeken en draagvlak te creëren door de samenleving de mogelijkheid te bieden te participeren. Waar een deskundige volgens deze staatsraad vooral wordt benoemd voor het verschaffen van objectieve informatie over de feiten, biedt de *amicus curiae* juist ruimte voor inbreng vanuit een bredere, subjectieve invalshoek. Deze omschrijving van het doel van de inzet van de *amicus curiae* lijkt op wat wij in hoofdstuk 2 hebben beschreven als het versterken van de legitimiteit van een uitspraak. In de interviews zijn ook nog andere varianten van de *amicus curiae* naar voren gebracht. Zo stelde een van de staatsraden voor dat de *amicus curiae* mogelijk kan worden gebruikt om personen en organisaties die een belang hebben bij de uitkomst in een zaak te laten participeren. Een andere staatsraad stelde een andere variant voor, namelijk om in zaken die representatief zijn voor vele andere, soortgelijke zaken, organisaties als *amicus curiae* uit te nodigen met een coördinerende taak op het betreffende beleidsterrein, zoals de VNG. Alhoewel het hier gaat om varianten op de wijze waarop de *amicus curiae* tot op heden door de Afdeling is ingezet, zien wij ook deze varianten als een manier om inzicht te verkrijgen in de macrogevolgen van de uitspraak en de legitimatie van een uitspraak te versterken (personen en organisaties met belang bij de uitkomst) dan wel als een mogelijkheid om, net als bij de exceptieve toetsingszaak, te voorzien in bepaalde leemten van het bestuursprocesrecht (coördinerende organisaties als *amicus curiae*).

Wij hebben in de interviews ook gesproken over mogelijke randvoorwaarden die voor het inschakelen van de *amicus curiae* gelden. Een van de staatsraden merkte wat dat betreft op dat goed moet worden gekeken naar het type zaak waarin de *amicus curiae* wordt ingezet. De *amicus curiae* leent zich, aldus deze staatsraad, niet goed voor zaken die naar hun aard dermate politiek of maatschappelijk gevoelig zijn, dat de redelijkerwijs te verwachten inhoud en toon van de amicusbrieven de bestuursrechter in een ongemakkelijke positie zullen brengen. Een andere staatsraad bracht naar voren dat de *amicus curiae* gepaard moet gaan met een gepaste reactie op de amicusbrieven van de bestuursrechter of staatsraad A-G. Een gebrek aan reactie of een ontoereikende reactie op de amicusbrieven zal volgens deze staatsraad snel leiden tot maatschappelijke teleurstelling, met als mogelijk gevolg dat potentiële amici in de toekomst minder snel zullen participeren. Weer een andere staatsraad wees erop dat de frequentie van de inzet van de *amicus curiae* beperkt moet blijven, om er zoveel mogelijk voor te zorgen dat potentiële amici gemotiveerd zullen blijven een amicusbrief in te dienen.

Hiervoor zijn wij ingegaan op de vraag welke doelen volgens de staatsraden ten grondslag hebben gelegen aan de inzet van de *amicus curiae* in de drie zaken. De volgende vraag is of de *amicus curiae* volgens de staatsraden heeft beantwoord aan die doelen en of inzet van de *amicus curiae* naar het oordeel van de staatsraden zinvol is geweest. In algemene zin blijkt het lastig op die vraag een antwoord te geven, maar over elk van de drie zaken afzonderlijk hebben de betrokken staatsraden wel een oordeel. Bij de exceptieve toetsingszaak ontstaat een gemengd beeld. Een van de betrokken staatsraden gaf aan dat de *amicus curiae* weinig heeft opgeleverd, terwijl een andere staatsraad vond dat de *amicus curiae* vooral een functie kan vervullen in zaken als de exceptieve toetsingszaak, waar het bestuursorgaan dat het besluit neemt een andere entiteit is of niet behoort tot de entiteit die (mede-)verantwoordelijk is voor het algemeen verbindend voorschrift. Deze staatsraad uitte de opvatting dat de *amicus curiae* in andere gevallen juist weinig nut heeft, omdat vaak onduidelijk is uit welke hoek informatie afkomstig is en welke belangen de betreffende amicus vertegenwoordigt. Bij de regelgever als *amicus curiae* is dat wel inzichtelijk.

In de waarschuwingszaak lag dat anders. Twee van de geïnterviewde staatsraden vonden de inzet van de *amicus curiae* in deze zaak toegevoegde waarde hebben. Door de amicusbrieven ontstond volgens deze staatsraden een beeld van het brede palet aan bestuurlijke waarschuwingen en daarmee vergelijkbare rechtsfiguren en kwamen diverse gevolgen aan het licht die de juridische status (het besluitkarakter) van de bestuurlijke waarschuwing tot gevolg kan hebben. Wij interpreteren dit zo dat de *amicus curiae* in de waarschuwingszaak volgens deze staatsraden daadwerkelijk heeft bijgedragen aan het verkrijgen van inzicht in de *judicial consequences* van de uitspraak. Een van de andere staatsraden was van mening dat de inzet van de *amicus curiae* in de waarschuwingszaak juist geen toegevoegde waarde had, ook omdat er al een conclusie was gevraagd. Voor de uitspraak en de conclusie zijn de amicusbrieven volgens alle drie de staatsraden overigens niet van doorslaggevende betekenis geweest.



In de Barneveldzaak heeft de inzet van de *amicus curiae* volgens een van de staatsraden geleid tot een goed beeld van de praktijk van grondexploitatie en de visie van de *amici curiae* op het wettelijk systeem. Een andere staatsraad gaf aan dat de amicusbrieven hebben geholpen bij het overzien van de gevolgen van de uitspraak en bij de uitkomst van de uitspraak, maar dat het juridisch niveau niet altijd even hoog was. Uit de interviews ontstaat het beeld dat de *amicus curiae* in de Barneveldzaak daadwerkelijk heeft bijgedragen aan het verkrijgen van inzicht in de *behavioural consequences* van de uitspraak. Of de *amicus curiae* heeft geleid tot het vergroten van de legitimiteit van de uitspraak – het andere mogelijke doel van de inzet van de *amicus curiae* in deze zaak – kunnen wij niet concluderen op grond van de interviews met de staatsraden. Op die vraag hopen wij in hoofdstuk 5 een antwoord te kunnen geven, waarin wij de resultaten van de questionnaires bespreken.

Kortom, in zowel de waarschuwingszaak als de Barneveldzaak heeft de *amicus curiae* beantwoord aan de doelen waarvoor de Afdeling het heeft ingezet. Wat betreft de Barneveldzaak komt uit de interviews naar voren dat de amicusbrieven invloed hebben gehad op de uitkomst van de uitspraak.

### 4.3 Het gevaar van lobbyisme

Zoals gezegd, hoeft de inbreng van de *amici* niet noodzakelijkerwijs vanuit een onpartijdige en onafhankelijke positie afkomstig te zijn. In hoofdstuk 2 hebben wij opgemerkt dat tegen die achtergrond in de literatuur wel is gewaarschuwd voor het gevaar van lobbyisme. Waar wij in de interviews op zoek naar waren, is of de staatsraden in de amicusbrieven als lobbyisme hebben gepercipieerd en hoe de rechter in het algemeen met dat gevaar van lobbyisme kan omgaan of beter: hoe hij zich daartegen kan wapenen. Wij bespreken dit niet aan de hand van de drie individuele zaken, maar trachten een algemeen beeld op dit punt te schetsen.

Uit de interviews blijkt dat er consensus bestaat onder de staatsraden dat lobbyisme een bijwerking is van de inzet van de *amicus curiae* die zich ook daadwerkelijk heeft voorgedaan in de zaken waarin met de *amicus curiae* is geëxperimenteerd. Tegelijkertijd zien de staatsraden het ook als een bijwerking die hanteerbaar is en daarom opweegt tegen de voordelen die de *amicus curiae* biedt. Een van de staatsraden gaf aan geen principieel bezwaar te hebben tegen *amici* die een particulier belang vertegenwoordigen en wees erop dat lobbyisme ook plaatsvindt in het proces van rechtsvorming door de wetgever, te weten bij de totstandkoming van wetgeving en de uitvoering daarvan. Een andere staatsraad formuleerde het zo dat een rechter zich er nou eenmaal van bewust moet zijn dat veel *amici* niet zonder eigen belang een amicusbrief zullen indienen. Lobbyisme is een gegeven, zo lijkt de gedachte onder deze staatsraden te zijn. Een enkele staatsraad gaf echter aan dat lobbyisme de reden is waarom vrijwel altijd van het inzetten van de *amicus curiae* moet worden afgezien. Hun belang moeten die personen en organisaties, aldus deze staatsraad, maar in hun eigen zaak bepleiten. Kortom, lobbyisme lijken de staatsraden te zien als een niet te voorkomen bijwerking van de *amicus curiae*. Tegelijkertijd ziet de overgrote meerderheid van de geïnterviewde staatsraden lobbyisme als een te hanteren bijwerking. Bij de wijze waarop lobbyisme het

hoofd kan worden geboden, hoorden wij in de interviews op hoofdlijnen twee gedachten, namelijk (1) een kritische rechterlijke houding ten opzichte van het belang dat de amicus mogelijk behartigt en (2) het zorgen voor een verantwoorde processuele inbedding van de amicus curiae die lobbyisme zoveel mogelijk beperkt. Beide elementen worden hieronder nader belicht.

Meerdere staatsraden gaven aan dat een kritische rechterlijke houding ten opzichte van de amici nauw verwant is aan een van de belangrijkste competenties van een rechter, te weten het kritisch analyseren van de informatie die de rechter wordt aangereikt. Een van de staatsraden sprak in dat verband van de “hardcore activiteit” van een rechter. Het analyseren van de informatie van de amici verschilt in deze gedachtegang niet wezenlijk van het analyseren van de informatie van procespartijen. Daarbij kan het volgens deze staatsraad helpen als de rechter een achtergrond heeft in het beleidsterrein waarbinnen de rechtsvraag speelt. Een van de staatsraden wees erop dat ook procespartijen een nuttige functie kunnen vervullen. Een procespartij kan er immers, in het geval dat een amicus een aan de procespartij tegengesteld belang bepleit, een belang bij hebben de rechter te attenderen op mogelijke achterliggende belangen die de amicus behartigt. Uit de interviews tekent zich al met al het beeld af dat het overgrote deel van de staatsraden een zodanig vertrouwen heeft in het vermogen van de rechter om informatie te selecteren en wegen, dat de rechter in staat is om door eventuele belangen van de amici heen te prikken en de amicusbrieven in het licht van die belangen te bezien.

Tegelijkertijd wijzen veel staatsraden erop dat ook de wijze waarop de amicus curiae processueel wordt ingebed een belangrijke bijdrage kan leveren aan het hanteerbaar maken van lobbyisme. Meerdere staatsraden gaven bijvoorbeeld aan dat een evenwichtige representatie van belangposities, dat wil zeggen het ervoor zorgen dat de belangen die bij een rechtsvraag spelen daadwerkelijk vertegenwoordigd zijn, eraan bijdraagt dat bepaalde belangen niet de boventoon voeren. In dat verband is vermeldenswaard dat het een van de staatsraden opviel dat het overheidsbelang in bijvoorbeeld de waarschuwingszaak enigszins werd ondergesneeuwd door de reacties van de andere amici. Om een evenwichtige participatie te garanderen moet volgens sommige staatsraden ook goed worden nagedacht over het uitnodigingsbeleid. Een (uitsluitend) gerichte uitnodiging draagt volgens sommige staatsraden het risico in zich dat bepaalde belangen over het hoofd worden gezien. Twee staatsraden noemden voorts een scherpe vraagstelling in de uitnodiging als een manier om lobbyisme te ondervangen. Die vraagstelling zou zich volgens deze staatsraden niet moeten beperken tot de voorliggende rechtsvraag, maar zou ook moeten zien op het kenbaar maken van een eventueel belang dat de amicus behartigt, het vragen naar de opvattingen over het op de zaak betrekking hebbende vraagstuk binnen de beroepsgroep van waaruit de amicus eventueel afkomstig is en het vragen of en waar de amicus eerder over het vraagstuk heeft gepubliceerd. Het uitnodigen van de amici op zitting en het met elkaar confronteren van de door procespartijen en amici ingenomen standpunten kan volgens sommige staatsraden ook bijdragen aan het tegengaan van lobbyisme. Een andere staatsraad wees er tot slot op dat ook het met naam en toenaam integraal openbaar maken van de amicusbrieven kan bijdragen aan het hanteerbaar maken van lobbyisme. Dit verhoogt de controleerbaarheid van de invloed die amici hebben geprobeerd uit te oefenen op het proces van rechterlijke oordeelsvorming. Dat is belangrijk, aldus deze staatsraad, omdat lobbyisme met name

problematisch is als het “in het geniep” gebeurt. Bovendien leidt een te onevenwichtig bepleit standpunt in een openbaar gemaakte amicusbrief mogelijk tot negatieve publiciteit voor de betreffende amicus en kan openbaarmaking daarmee een remmende werking hebben op lobbyisme.

Welke conclusies kunnen wij uit het bovenstaande trekken? In hoofdstuk 2 poneerden wij aan de hand van de literatuurstudie de stelling dat lobbyisme de belangrijkste bijwerking van de amicus curiae betreft. In hoofdstuk 3 zagen wij die stelling in die zin bevestigd dat in een gedeelte van de amicusbrieven een expliciet standpunt werd bepleit. Nu blijkt ook uit de interviews dat de staatsraden lobbyisme hebben ondervonden. Hieruit kunnen wij opmaken dat lobbyisme een reële bijwerking is van de amicus curiae. Tegelijkertijd doemt uit de interviews een beeld op van een te hanteren bijwerking, die opweegt tegen de voordelen van de amicus curiae. Een combinatie van een kritische rechterlijke houding en een prudente processuele inbedding kan volgens de staatsraden voorkomen dat lobbyisme een onbillijke invloed krijgt op de uitspraak.

#### 4.4 Uitnodigingsbeleid

In de interviews zijn wij op het punt van het uitnodigingsbeleid in twee dingen geïnteresseerd geweest; waarom is in de zaken waarin met de amicus curiae werd geëxperimenteerd gekozen voor het soort uitnodigingsbeleid dat in die zaak is gehanteerd en op welke wijze grijpt het uitnodigingsbeleid in op de werking van de amicus curiae binnen een procedure?

Wat betreft de exceptieve toetsingszaak kunnen wij kort zijn. De staatsraden waren geïnteresseerd in de achtergrond en het doel van de regeling en de regelgever is de aangewezen entiteit daarover voor te lichten. In de waarschuwingszaak is gekozen voor een algemene uitnodiging, onder meer door middel van het online publiceren van de mogelijkheid als amicus curiae op te treden. Uit de interviews blijkt dat de algemene uitnodiging verband hield met de wens om zo breed mogelijk te worden geïnformeerd over de consequenties die de juridische status van de bestuurlijke waarschuwing tot gevolg kon hebben. Het louter gericht uitnodigen zou ertoe hebben kunnen leiden dat bepaalde consequenties niet aan het licht kwamen. Over de Barneveldzaak gaven de staatsraden aan dat vooraf al een goed beeld bestond van de diverse belangen die bij de rechtsvraag betrokken waren. Bovendien wisten de staatsraden welke organisaties dat belang als amicus curiae konden vertegenwoordigen. De combinatie van bekendheid met de belangen en de organisaties die de belangen konden vertegenwoordigen, maakte volgens de betrokken staatsraden dat het gericht uitnodigen van amici voor de hand lag. In hoofdstuk 3 spraken wij het vermoeden uit dat de redenen voor de inzet van de amicus curiae ten grondslag hebben gelegen aan de keuze voor het soort uitnodigingsbeleid dat is gehanteerd. In de interviews zien wij dat dit inderdaad het geval is geweest.

Hoe denken de staatsraden in het algemeen over het uitnodigingsbeleid in relatie tot de amicus curiae? Opvallend is dat hier een onderscheid kan worden gemaakt tussen staatsraden die meer lijken te redeneren vanuit hun informatiebehoefte en de staatsraden die het uitnodigingsbeleid relateren aan de

onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en een van de doelen van de *amicus curiae*, namelijk het laten participeren van (delen van) de samenleving bij een rechtsvraag. De staatsraden die meer kijken naar hun informatiebehoefte staan een uitnodigingsbeleid voor waarbij wordt gekeken of er een overzicht bestaat van de belangposities bij een rechtsvraag en welke organisaties in staat zijn die belangen te vertegenwoordigen. Is dat overzicht aanwezig is, dan ligt gericht uitnodigen voor de hand. Gericht uitnodigen kan volgens een enkele staatsraad ook uitkomst bieden indien de rechter behoefte heeft aan een specifieke deskundigheid. Deze staatsraden staan dan ook een benadering voor waarbij gericht wordt uitgenodigd wanneer het kan en alleen algemeen wordt uitgenodigd als er geen andere mogelijkheid is. Andere staatsraden relateren het uitnodigingsbeleid juist aan de positie van de rechter binnen het staatsbestel en het doel van legitimiteit van de uitspraak. Dit zou tot gevolg moeten hebben dat vrijwel altijd gebruikgemaakt moet worden van een algemene uitnodiging. Volgens laatstgenoemde staatsraden loopt de rechter bij (louter) gericht uitnodigen immers het risico dat zijn objectiviteit aan het wankelen wordt gebracht. Een staatsraad gaf daarbij aan dat gericht uitnodigen er mogelijk toe leidt dat amici teveel binnen de “*inner circle*” worden aangezocht en de gericht uitgenodigde amici mogelijk niet (voldoende) representatief zijn voor de belangposities bij een rechtsvraag. Een van de staatsraden vindt louter gericht uitnodigen dubieus, omdat de rechter dan in feite zelf bepaalt door wie hij gelegitimeerd wil worden. Gericht uitnodigen kan er, aldus een andere staatsraad, ook toe leiden dat de rechter zich moet verantwoorden over waarom bepaalde amici wel en niet zijn uitgenodigd, terwijl een dergelijke verantwoording bijna niet te geven is. Opgemerkt zij dat wij vanuit de Hoge Raad hebben vernomen dat dit ook de reden is waarom amici curiae in de prejudiciële procedure nimmer (louter) gericht worden uitgenodigd. Daar bracht een staatsraad met een voorkeur voor gericht uitnodigen overigens tegenin dat met een algemene uitnodiging onduidelijk is wie allemaal toegang tot de procedure krijgt. En hoe weet de rechter bij een algemene uitnodiging wél of het geheel van amicusbrieven representatief is voor de belangen bij een rechtsvraag? Door staatsraden werd ook de mogelijkheid genoemd algemeen en gericht uitnodigen te combineren. Gericht uitnodigen zou dan kunnen worden gebruikt om belangen te betrekken die via de algemene uitnodiging onvoldoende toegang hebben gevonden. Sommige staatsraden geven voorts aan dat indien gebruikgemaakt wordt van een algemene uitnodiging, de inzet van de staatsraad A-G voor de hand ligt, omdat deze een nuttige functie kan vervullen bij het filteren en wegen van de amicusbrieven. Bovendien heeft de staatsraad A-G in de conclusie meer ruimte om op de amicusbrieven in te gaan dan de rechter dikwijls in de uitspraak heeft.

Bestaan er bij de staatsraden ook opvattingen over de informatie die in de uitnodiging zou moeten staan? Eerder noemden wij in dat verband al de door twee staatsraden genoemde scherpe vraagstelling om achterliggende belangen van de amicus boven water te krijgen. Veel staatsraden brachten de informatie in de uitnodiging ook in verband met de informatie die je van de amici wilt. Sommige staatsraden gaven aan dat in de drie zaken waarin met de *amicus curiae* is geëxperimenteerd de informatie in de uitnodiging voor verbetering vatbaar was. Een van de staatsraden gaf bijvoorbeeld aan dat de uitnodiging de informatie moet bevatten die voor de amici nodig is om de informatie te verschaffen waarnaar de rechter op zoek is. Dat betekent dat in elk geval de feiten, de rechtsvraag en partijstandpunten helder moeten worden geformuleerd. Enkele scherpe stellingen in de uitnodiging kunnen er voorts toe leiden, aldus een andere staatsraad, dat amici gedwongen worden kleur te bekennen en het debat op zitting wordt bevorderd.

Zou in het geval dat de *amicus curiae* wordt ingezet in een zaak waarin ook een conclusie wordt gevraagd, de uitnodiging hetzelfde moeten luiden als het verzoek aan de staatsraad A-G? Een van de staatsraden merkte op dat dit het geval kan zijn, maar dat de antwoordmogelijkheden in de uitnodiging aan de amici moeten worden beperkt. Van amici wil je immers heel specifieke informatie, aldus deze staatsraad. Een andere staatsraad stelde een soortgelijke 'trechter' voor, door aan te geven dat de uitnodiging meer gerichte vragen moet bevatten dan de vragen die aan de staatsraad A-G worden gesteld. Deze staatsraad noemde het voorbeeld van de bewijslast bij gebrek aan financiële draagkracht bij invordering van dwangsommen. De vraag aan de staatsraad A-G zou moeten zijn bij wie de bewijslast moet liggen, de vraag aan de amici zou moeten zijn wat het in de praktijk betekent als de bewijslast bij het bestuursorgaan of de overtreder komt te liggen.

## 4.5 Openbaarheid amicusbrieven

In hoofdstuk 2 constateerden wij dat onder openbaarheid van de amicusbrieven kan worden verstaan het motiveren van de rechterlijke beslissing (of de conclusie van de staatsraad A-G) onder expliciete verwijzing naar de amicusbrieven, maar dat ook een verdergaande vorm van openbaarheid voorstelbaar is, namelijk een integrale openbaarmaking van de amicusbrieven op de website van het rechterlijk college. Wat betreft de mate van openbaarheid in de drie zaken waarin met de *amicus curiae* is geëxperimenteerd zij verwezen naar hoofdstuk 3. Waar wij in de interviews met name in geïnteresseerd waren is in hoe de staatsraden in het algemeen denken over openbaarheid van de amicusbrieven in relatie tot de doelen van de *amicus curiae* en de verantwoording door de rechter van wat met de amicusbrieven is gedaan.

Wij beginnen met de mogelijkheid van integrale openbaarmaking op de website van het rechterlijke college. Een aantal staatsraden gaf aan dat amicusbrieven hetzelfde moeten worden behandeld als andere processtukken en dus niet, of hooguit op aanvraag, integraal openbaar moeten worden gemaakt. Integrale openbaarmaking kan bovendien als vervelende bijwerking hebben dat potentiële amici niets zullen indienen, bijvoorbeeld vanwege privacyoverwegingen of omdat ze in latere procedures niet aan een eerder ingenomen standpunt willen worden opgehangen. Tegelijkertijd zijn er staatsraden die vinden dat openbaarmaking vooral moet worden beschouwd vanuit het oogpunt van het bevorderen van de transparantie van rechterlijke rechtsvorming. Als het doel van de *amicus curiae* (mede) is om de samenleving bij de uitspraak te betrekken, dan moet de samenleving ook kunnen controleren welke informatie tot de rechter is gekomen en van wie die informatie afkomstig is, aldus een van de staatsraden. Eerder noemden wij ook al het verband tussen openbaarmaking en het gevaar van lobbyisme en het door sommige staatsraden veronderstelde remmende effect van openbaarmaking wegens het gevaar van negatieve publiciteit. Een staatsraad gaf voorts aan, toen hij werd geconfronteerd met de stelling dat openbaarmaking ertoe kan leiden dat sommige potentiële amici geen amicusbrief zullen indienen vanuit privacyoverwegingen, dat amicusbrieven zouden moeten zien op een keuze in de rechtsontwikkeling en dat privacygerelateerde opvattingen daar geen rol bij horen te spelen. Voor zover potentiële amici zich inderdaad laten weerhouden door integrale openbaarmaking, moet dat volgens deze staatsraad maar op de koop worden toegenomen nu het belang van transparantie zwaarder weegt.

Dan de verantwoording in de uitspraak en/of de conclusie van wat met de amicusbrieven inhoudelijk is gedaan. Hier lijkt zich, anders dan het aspect van integrale openbaarmaking, consensus af te tekenen tussen de staatsraden. Vrijwel alle staatsraden met wie over dit onderwerp is gesproken, vinden dat het wenselijk is in de uitspraak of conclusie in enigerlei mate in te gaan op de amicusbrieven. Verschillen bestaan er over de wijze waarop dat moet. Waar sommige staatsraden bijvoorbeeld vinden dat alleen moet worden ingegaan op de door de amici aangedragen argumenten die de rechter overtuigend heeft bevonden, vinden andere staatsraden dat het ook nuttig kan zijn om expliciet aan te geven waarom bepaalde argumenten niet overtuigend zijn geacht. Eerder noemden wij ook al dat een van de staatsraden aangaf dat het niet of onvoldoende ingaan op de inbreng van de amici de bereidheid om opnieuw een amicusbrief in te dienen kan verminderen. De staatsraden leken het er ook over eens te zijn dat de noodzaak tot verantwoording in de uitspraak aanmerkelijk minder groot is als er een conclusie is genomen. In dat geval ligt het immers voor de hand dat met name of zelfs uitsluitend in de conclusie in wordt gegaan op de inbreng van de amici. In de waarschuwingszaak is dat ook gebeurd, doordat in de conclusie uitgebreid is ingegaan op de argumenten van de amici en de uitspraak (op dit punt) volstond met het aansluiten bij de redenering van de conclusie. Volgens sommige staatsraden biedt een conclusie meer ruimte om in te gaan op de door de amici aangedragen argumenten. Een enkele staatsraad gaf aan dat het uitgebreid reageren op de amicusbrieven in de uitspraak zelfs “ontsporend” kan werken voor de leesbaarheid van de uitspraak.

#### **4.6 Rol van de amicus en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus**

In hoofdstuk 3 kwam naar voren dat de rol van de amicus in de procedure na indiening van de amicusbrief in de drie zaken beperkt was; alleen in de exceptieve toetsingszaak is de regelgever op zitting uitgenodigd. Ook kwam in hoofdstuk 3 naar voren dat in de drie zaken de rol van de procespartijen wat betreft reactiemogelijkheden op het inzetten van de amicus curiae en de amicusbrieven onderling van elkaar verschilden. Waar wij in de interviews naar op zoek waren, is hoe de staatsraden in het algemeen denken over de rol van de amicus in de procedure en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus.

Wij bespreken eerst de rol van de amicus. Alle staatsraden hebben aangegeven dat de rechter de bevoegdheid moet krijgen om de amici op zitting uit te nodigen. Daarbij is mogelijk lastig, aldus een van de staatsraden, dat bij een groot aantal amici een keuze moet worden gemaakt en de rechter die keuze dan ook moet motiveren. Ergens vloekt een keuze maken tussen de amici volgens deze staatsraad ook met het instrument van de amicus curiae, omdat dit instrument juist bedoeld is in gevallen waarin de rechter niet louter op zijn eigen inzichten kan varen; hoe kan de rechter dan bepalen welke amici nuttig zijn om uit te nodigen en welke niet? Wat betreft de exceptieve toetsingszaak gaf een van de staatsraden aan dat het uitnodigen van de regelgever zinvol was, omdat het aanvullende informatie opleverde over de Revi. In relatie tot de Barneveldzaak gaf een van de staatsraden aan dat de amici op zitting hadden moeten worden uitgenodigd, omdat er nog wat vragen leefden. Een andere staatsraad in diezelfde zaak had die behoefte overigens niet. Over de waarschuwingszaak

zijn geen opvattingen naar voren gekomen omtrent de wens de amici op zitting uit te nodigen. Moeten amici ook op elkaar kunnen reageren? Daar zijn de staatsraden in het algemeen geen voorstander van. Een van de staatsraden gaf aan dat het nadeel daarvan is dat er een verveelvoudiging van standpunten kan ontstaan waarop over en weer gereageerd moet kunnen worden. Bovendien moeten de procespartijen, aldus een andere staatsraad, dan ook weer de gelegenheid krijgen daarop te reageren, want die moeten het laatste woord hebben. Een van de staatsraden gaf voorts aan dat het simpelweg niet altijd mogelijk is om een maatschappelijke discussie integraal naar de zittingszaal te halen. Unanimiteit onder de staatsraden op het punt van de amici op elkaar laten reageren is er echter niet. Een van de staatsraden gaf zoals gezegd aan dat amici met elkaar confronteren op de zitting kan bijdragen aan het tegengaan van lobbyisme. Een andere staatsraad stelde dat het uitnodigen van amici behulpzaam kan zijn indien een van de procespartijen niet goed procedeert, bijvoorbeeld omdat het juridisch niveau van een procespartij ontoereikend is. In dat geval lijkt de amicus meer op de amicus curiae zoals die bijvoorbeeld bestond bij het Joegoslavië Tribunaal. Wij merken overigens op dat onder de staatsraden weinig voorstanders waren van een in de literatuur genoemd verzoek tot toelating door de amicus, waarbij, voordat de amicus een amicusbrief kan indienen, eerst toestemming aan de rechter moet worden gevraagd. De reden hiervan lijkt met name praktisch van aard te zijn, nu dergelijke (mogelijk grote aantallen) verzoeken zullen moeten worden beoordeeld.

Tot slot de rol van procespartijen. In hoofdstuk 2 maakten wij wat betreft de potentiële betrokkenheid van procespartijen al onderscheid tussen het moment dat de rechter voornemens is de amicus curiae in te zetten, betrokkenheid bij de vraagstelling aan de eventueel gericht uit te nodigen amici en het kunnen reageren op de ingekomen amicusbrieven. Eerst zetten wij enkele gedachten uiteen over het voornemen van de rechter de amicus curiae in te zetten. De geïnterviewde staatsraden bleken op dit punt verdeeld. Waar sommigen aangaven dat het rechterlijk voornemen de amicus curiae in te zetten voorgelegd moet worden aan procespartijen om daarop te kunnen reageren, gaven andere staatsraden aan dat nu het gaat om een 'hulpmiddel' van de rechter procespartijen slechts op de hoogte hoeven te worden gesteld. Consensus lijkt er wel te bestaan over betrokkenheid van procespartijen bij de vraagstelling en de eventueel uit te nodigen amici. Alle staatsraden met wie wij over dit punt spraken, gaven aan dat procespartijen hier op enigerlei wijze bij moeten worden betrokken. Een enkele staatsraad gaf bovendien aan dat procespartijen in de gelegenheid moeten worden gesteld potentiële amici aan te dragen. Diezelfde staatsraad gaf daarbij aan dat op het punt van betrokkenheid van procespartijen verbeteringen mogelijk zijn ten opzichte van de drie zaken. Wij verwijzen naar het overzicht van de betrokkenheid van procespartijen in hoofdstuk 3. Uit hoofdstuk 3 kunnen wij bovendien afleiden dat er consensus bestaat over het recht van procespartijen om te kunnen reageren op de amicusbrieven. Een van de staatsraden met wie wij over dit onderwerp spraken, gaf dan ook aan dit te steunen, mede uit het oogpunt van hoor en wederhoor.

In hoofdstuk 3 constateerden wij dat in de drie zaken telkens een andere werkwijze is gevolgd waar het gaat om de rol van procespartijen en de amici. Tijdens de interviews is geen verklaring naar voren gekomen voor deze verschillen. Waarschijnlijk hebben de zittingskamers afzonderlijk van elkaar geprobeerd een weg te vinden die recht deed aan zowel de behoefte van de rechter de figuur van amicus curiae in te zetten, als het in enigerlei mate betrekken van procespartijen en de amici bij de inzet hiervan.

## 4.7 Juridische grondslag

In hoofdstuk 2 constateerden wij dat artikel 8:45, eerste lid, Awb door de wetgever oorspronkelijk niet is bedoeld voor de inzet van de *amicus curiae* en mede daardoor ook niet goed is toegesneden op alle varianten van de *amicus curiae*. In de interviews hebben wij daarom aandacht besteed aan de vraag of de staatsraden behoefte hebben aan een wettelijke grondslag en, zo ja, of een wettelijke regeling andere aspecten moet bevatten dan alleen de bevoegdheid van de rechter om de *amicus curiae* in te zetten. Ook vroegen wij of het Procesreglement op dit punt uitkomst kan bieden.

De meeste staatsraden zijn van mening dat de bevoegdheid om de *amicus curiae* in te zetten uiteindelijk expliciet moet worden geregeld in de Awb. Met een grondslag in de Awb bestaat er immers een democratisch gelegitimeerde bevoegdheid voor de rechter. Een wettelijke grondslag werd door de staatsraden in de drie zaken echter niet gemist. Uit de interviews komt dan ook naar voren dat de wetgever niet snel werk hoeft te maken van een wettelijke grondslag. Het enkele feit dat de *amicus curiae* niet expliciet is geregeld, betekent niet dat de rechter het niet zou mogen inzetten, zo lijkt de gedachte onder de staatsraden te zijn. Bovendien stelt het de rechter in de tussentijd in staat de *amicus curiae* op flexibele wijze in te zetten en *best practices* te ontwikkelen. Een enkele staatsraad gaf overigens aan dat een wettelijke bevoegdheid ook op de langere termijn niet noodzakelijk is. Er zijn meer rechtsfiguren niet expliciet in de Awb geregeld, aldus deze staatsraad. Een andere staatsraad wees erop dat een wettelijke regeling ook als voordeel heeft dat de *amicus curiae* kan worden beperkt tot de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges. Strikt genomen kunnen rechtbanken nu immers ook gebruikmaken van artikel 8:45, eerste lid, Awb om de *amicus curiae* in te zetten.

Verschillende staatsraden gaven voorts aan dat een meer gedetailleerde wettelijke regeling denkbaar is op de langere termijn. Het gaat dan dus om een wettelijke regeling die naast een expliciete bevoegdheidsgrondslag (zie hiervoor) een aantal andere processuele aspecten regelt, zoals termijnen en inspraakmogelijkheden van procespartijen. Een dergelijke regeling zou volgens de staatsraden echter een codificatie moeten zijn van voornoemde *best practices* zoals die op dat moment bestaan. Een van de staatsraden trok op dat punt een vergelijking met de schadevergoedingsregeling in de Awb. Kortom, de staatsraden hebben eerst behoefte aan ruimte om de *amicus curiae* op verschillende wijzen in te zetten. De wetgever zou vervolgens tot een meer gedetailleerde regeling in de Awb kunnen overgaan, namelijk zodra de inzet van de *amicus curiae* in de praktijk is uitgekristalliseerd. Sommige staatsraden noemden als mogelijkheid dat een en ander in het Procesreglement kan worden geregeld. Wij hebben met de staatsraden niet gesproken over wat in het Procesreglement zou moeten worden geregeld ten opzichte van een wettelijke regeling en of het Procesreglement zonder expliciete wettelijke grondslag in de Awb geschikt is voor een regeling van de *amicus curiae*. Wij achten het Procesreglement naar zijn aard echter niet geschikt om een bevoegdheid te creëren voor de rechter om de *amicus curiae* in te zetten. Enkele processuele aspecten, zoals ook bij de procesreglementen van de Hoge Raad het geval is, zijn denkbaar, maar ook hiervoor geldt vermoedelijk dat de Afdeling de *amicus curiae* eerst nog een aantal keer zou willen inzetten voordat procesreglementen worden opgesteld. Wij merken daarbij op dat het Procesreglement bestuursrecht gezamenlijk wordt opgesteld door de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges, de gerechtshoven en de rechtbanken.



Over een wijziging van het Procesreglement op het punt van de amicus curiae zal dus overeenstemming moeten worden bereikt tussen deze rechtscolleges.

## 4.8 Afronding

De interviews hebben ons veel vruchtbaar materiaal opgeleverd. Niet alleen gaven de interviews ons de mogelijkheid om door te vragen naar de achterliggende redenen voor opvallende constatering uit het dossieronderzoek, zij gaven ons ook de mogelijkheid om los van de concrete zaken meer in het algemeen de gedachten te peilen over de inzet van de amicus curiae in relatie tot de rol en taakopvatting van de Afdeling.

Wat opvalt in de interviews is dat de staatsraden over het algemeen positief zijn over de inzet van de figuur van de amicus curiae en daarmee ook door willen gaan. Wat wij hoorden is dat in zowel de waarschuwingszaak als de Barneveldzaak de doelen heeft bereikt waarvoor de amicus curiae is ingezet. Uit de interviews komt daarnaast naar voren dat de amicusbrieven in de Barneveldzaak invloed hebben gehad op de uitkomst van de uitspraak. Waar het ging om de mogelijk negatieve bijwerkingen hebben wij eigenlijk maar van één staatsraad gehoord dat de tijd en energie die de inschakeling van de amici had gekost niet had opgewogen tegen het veronderstelde voordeel. De overige staatsraden deelden die mening niet en voegden eraan toe dat ook van een stortvloed aan nutteloze reacties als gevolg van een algemene uitnodiging door middel van een open internetconsultatie geen sprake was geweest.

Wat betreft de processuele inbedding hoorden wij verschillende geluiden waar het bijvoorbeeld gaat om het uitnodigingsbeleid. Sommigen vinden dat gericht moet worden uitgenodigd waar dit kan, anderen vinden om principiële redenen dat altijd van een algemene uitgenodigd gebruikgemaakt moeten worden. Ook wat betreft de openbaarheid van de ingekomen reacties zijn de meningen wat verdeeld. De *bottom-line* is wel dat de staatsraad A-G en de Afdeling in de conclusie, respectievelijk in de uitspraak herleidbaar naar de amicusbrief moet kunnen verwijzen. Over de vraag of de ingekomen amicusbrieven ook integraal op de website van het college moeten worden gepubliceerd wordt verschillend gedacht. Een punt van aandacht is volgens de geïnterviewden welke rol partijen dienen te spelen in relatie tot de amici curiae en de door hen verstrekte inlichtingen. Waar men het over eens is, is dat er behoefte is aan een uniforme handelwijze in deze. En hoewel de inzet van de amicus curiae een bevoegdheid van de rechter is, vinden de staatsraden dat partijen de gelegenheid moet worden geboden zich hierover uit te laten. Partijen moeten de mogelijkheid hebben om over de keuze voor het soort uitnodiging, de daarin vervatte vraagstelling alsmede – indien van toepassing – de kring van genodigde amici, hun zienswijze naar voren te brengen. Ook dienen partijen de gelegenheid te hebben om schriftelijk op de ingekomen amicusbrieven te reageren. Dat de amicus niet in alle gevallen op zitting moet worden uitgenodigd, daar zijn de staatsraden het wel over eens. Maar sommigen menen wel dat de rechter de bevoegdheid moet hebben om een amicus op zitting uit te nodigen, indien hij dat in het kader van zijn onderzoek wenselijk acht.

Is er behoefte aan een (wettelijke) regeling omtrent de inzet van de amicus curiae in het bestuursrecht? De geïnterviewden menen dat er, tenminste op termijn, iets in de Awb geregeld moet worden. Het merendeel lijkt daarbij van mening dat in de Awb niet teveel moet worden geregeld: slechts een bevoegdheid voor de hoogste bestuursrechters is voldoende. Een bijkomende reden om niet te volstaan met het huidige artikel 8:45 Awb, is dat de bevoegdheid daarmee kan worden beperkt tot de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges. Voor het overige zou zoveel mogelijk aan de rechtspraak zelf moeten worden overgelaten, waarbij bepaalde zaken op termijn regeling kunnen vinden in de procesreglementen.

# Questionnaires

# 5



## 5.1 Onderzoeksmethode

In dit hoofdstuk bezien we de inzet van de amicus curiae vanuit het perspectief van de procespartijen en de amici. Het doel van dit hoofdstuk is om aan de hand van de resultaten van de questionnaires bij te dragen aan de beantwoording van de in hoofdstuk 2 gesignaleerde vragen. Het gaat ons hierbij in het bijzonder om die vragen die niet goed kunnen worden beantwoord zonder daarbij de ervaringen van de amici curiae en procespartijen te betrekken. Denk aan hoe de inzet van de amicus curiae is gepercipieerd door de amici en hoe de procespartijen de participatie van amici curiae in hun zaak hebben ervaren. Met de in dit hoofdstuk neergelegde ervaringen van de amici en de procespartijen hopen wij een vollediger beeld te krijgen van de inzet van de amicus curiae.

Op 16 en 17 mei 2018 heeft de voorzitter van de Afdeling aan alle amici en procespartijen in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak – dit wil zeggen 36 personen/organisaties in totaal – een brief verzonden met daarin het verzoek deel te nemen aan het evaluatieonderzoek door het invullen van een questionnaire. Daartoe was een speciale link beschikbaar gesteld naar de website van de Raad van State; via deze link kon de questionnaire worden ingevuld. Procespartijen werd de keuze gelaten de questionnaire digitaal in te vullen of een papieren versie in te vullen en op te sturen.<sup>117</sup> De questionnaires zijn opgesteld door het onderzoeksteam en komen volledig voor zijn rekening.<sup>118</sup> De questionnaire voor de amici bestaat uit 27 stellingen, die voor de procespartijen uit 25 stellingen. Bij elke stelling zijn 5 antwoordmogelijkheden geboden: helemaal mee oneens, oneens, neutraal, eens of helemaal mee eens. Aangezien sommige vragen niet door alle amici en/of procespartijen was in te vullen, is daarbij tevens de antwoordmogelijkheid ‘niet van toepassing’ opgenomen. Ook is aan de amici en procespartijen bij elke stelling de mogelijkheid geboden het antwoord toe te lichten en is aan het slot gevraagd of er aanvullende opmerkingen waren. Omdat naar aanleiding van de eerste brief van de voorzitter (nog) niet van iedereen een reactie was ontvangen, is opnieuw op 31 mei 2018 door de voorzitter een verzoek gedaan aan de amici en procespartijen deel te nemen aan het onderzoek. Op 7 juni 2018 is aan een aantal amici een brief gestuurd waarmee zij de mogelijkheid hebben gekregen schriftelijk de questionnaire in te vullen in plaats van digitaal via de website van de Raad van State. In de brieven aan de amici en de procespartijen is aangegeven dat de ingevulde questionnaires anoniem zouden worden verwerkt en dat alleen de onderzoekers daarvan kennis zouden nemen. Zoals gezegd (§ 1.5), zijn aan de procespartijen en amicus in de exceptieve toetsingszaak geen questionnaires gestuurd. De reden hiervoor is dat de Afdeling nog geen uitspraak heeft gedaan in deze zaak. Uiteindelijk zijn door ons 29 ingevulde questionnaires ontvangen; 25 van de amici en 4 van de procespartijen. Dit betekent voor beide een reactiepercentage van ongeveer 80%.

---

<sup>117</sup> Omdat de amici in de waarschuwingszaak hun inlichtingen digitaal hebben verstrekt, beschikten wij niet over alle postadressen van de amici. Om die reden is de communicatie grotendeels digitaal verlopen.

<sup>118</sup> Zie bijlage 4 en 5.

### 5.1.1 Beantwoordt de inzet van de amicus curiae aan het daarmee beoogde doel?

De resultaten van de questionnaires analyseren wij aan de hand van een aantal thema's. Dit zijn in hoofdlijnen dezelfde thema's als in de voorgaande hoofdstukken, te weten: de materiële werking van de amicus curiae (§ 5.2), de materiële bijwerkingen, doorlooptijden (§ 5.3), de processuele inbedding van de amicus curiae (§ 5.4) en de juridische grondslag van de amicus curiae (§ 5.5). Het eerste hoofdthema over de materiële werking van de amicus curiae valt uiteen in twee onderwerpen: het effect van de amicus curiae op de feitelijk grondslag van de uitspraak én op de legitimiteit van de uitspraak. Over dit eerste onderwerp hebben wij de procespartijen twee en de amici drie stellingen voorgelegd, waaronder “het is goed dat de Afdeling de amicus curiae heeft ingezet in mijn zaak” en “de inlichtingen die door de amici zijn verstrekt, hebben nieuwe gezichtspunten opgeleverd ten opzichte van wat door mij en de andere(n) partij(en) naar voren is gebracht”. In aanvulling op wat al is vermeld in de hoofdstukken 3 en 4 over het effect van de amicus curiae op de uitspraak, menen wij onder andere met deze stellingen te kunnen meten in hoeverre dit effect ook is ervaren door de procespartijen en amici. Hebben zij (ook) de indruk dat de amicus curiae effect heeft gehad op de uitspraak in de zaak waarbij zij betrokken zijn geweest? Daarbij hebben wij het ook interessant gevonden de meer algemene stelling voor te leggen of de inzet van de amicus curiae door de Afdeling een goede ontwikkeling is. Het antwoord op deze stelling kan dienen als referentiepunt voor de meer zaakspecifieke stellingen over het effect van de amicus curiae.

Het tweede onderwerp dat wij behandelen onder het hoofdthema ‘materiële werking’ is legitimiteit. Wij zijn hierbij geïnteresseerd in de vraag of de inzet van de amicus curiae de legitimiteit van de uitspraak heeft versterkt. Op basis van de literatuur en de eerder behandelde onderzoeksresultaten, is onze verwachting dat de amicus curiae bijdraagt aan de procedurele legitimiteit van de uitspraken, omdat hiermee invulling wordt gegeven aan participatie, representatie en transparantie van het proces van rechtsvorming door de rechter. Het is de vraag in hoeverre de amici en procespartijen dit ook zo hebben ervaren. Omdat wij hierbij geïnteresseerd zijn in de verschillende elementen c.q. voorwaarden voor versterking van die legitimiteit – te weten participatie, representatie en transparantie – hebben wij bijvoorbeeld ook stellingen voorgelegd over de door de Afdeling gekozen variant van de amicus curiae (openbare consultatie of gerichte uitnodigingen). Ook is gevraagd naar de representativiteit van de amici in de Barneveldzaak; zijn de door de Afdeling uitgenodigde amici representatief voor de belangen die in die zaak speelden? Voorts hebben wij meerdere stellingen toegespitst op de transparantie van de inzet van de amicus curiae. Omdat de transparantie van de inzet van de amicus curiae niet alleen een onderwerp van belang is voor de legitimiteit, maar ook in het kader van de processuele inbedding van het instrument, zullen de resultaten van deze analyse onder het hoofdthema ‘processuele inbedding’ uitgebreid worden besproken en slechts kort worden aangestipt onder het hoofdthema ‘materiele werking’.

Een volgend hoofdthema waarin wij zijn geïnteresseerd is dat van de materiele bijwerkingen. Hierbij bespreken we twee onderwerpen: lobbyisme en doorlooptijden. Met name ten aanzien van dit eerste onderwerp hopen wij op basis van de questionnaires meer te kunnen zeggen. Wij zoeken hierbij enerzijds naar een antwoord op de vraag of procespartijen in hun zaak negatieve effecten hebben ervaren

van lobbyisme<sup>119</sup> en anderzijds of zij menen dat de Afdeling op een verantwoorde wijze de inlichtingen van de amici heeft geselecteerd en gewogen. Op basis van het dossieronderzoek hebben wij niet de indruk dat er sprake is geweest van grensoverschrijdend lobbyisme, in die zin dat procespartijen hier negatieve effecten van hebben ondervonden. Ook hebben wij op basis van de interviews de indruk dat de staatsraden menen dat de rechter voldoende geëquipeerd is om met lobbyisme om te gaan. Wij zullen deze indrukken in dit hoofdstuk toetsen aan de hand van de door de procespartijen ingevulde questionnaires. Deze resultaten leggen we vervolgens naast de resultaten van de questionnaires van de amici. Wat betreft de doorlooptijden zijn wij met name geïnteresseerd in de vraag of volgens de procespartijen de inzet van de amicus curiae te veel tijd heeft gekost in relatie tot het resultaat dat het heeft opgeleverd. Tegen die achtergrond is aan procespartijen de stelling voorgelegd: “Het inzetten van de amicus curiae heeft tot een aanzienlijke vertraging van de procedure geleid.” Ook is hen voorgelegd de stelling: “De vertraging van de procedure door het inzetten van de amicus curiae weegt niet op tegen de voordelen ervan.” Deze antwoorden leggen we naast de antwoorden over de termijnen die de Afdeling heeft gehanteerd in de drie zaken. Een van de stellingen over die termijnen die aan de amici is voorgelegd luidt bijvoorbeeld: “De door de Afdeling gegunde termijn voor het verstrekken van inlichtingen was te kort.” Op basis hiervan menen wij iets te kunnen zeggen over de doorlooptijden vanuit het perspectief van de procespartijen.

### 5.1.2 Vijf vragen over de processuele inbedding van de amicus curiae

Het derde hoofdstuk dat wij behandelen is de processuele inbedding van de amicus curiae. Dit hoofdstuk bevat een aantal onderwerpen, te weten: het uitnodigingsbeleid van de Afdeling, de openbaarheid van de inlichtingen, de rol van de amicus en de rol van de procespartijen ten opzichte van de amicus. De in het tweede hoofdstuk onderscheiden vragen zijn hiervoor leidend. Dit betekent dat wij wat betreft het uitnodigingsbeleid ten eerste geïnteresseerd zijn in een antwoord op de vraag welke omstandigheden relevant zijn bij een keuze voor een variant van de amicus curiae. Omdat wij in dit hoofdstuk het perspectief van de amici en procespartijen als uitgangspunt hanteren, zullen wij ons hierbij richten op de voorkeuren van de amici en procespartijen. Hebben zij voorkeuren voor een variant van de amicus curiae en zo ja, wat speelt hierbij een rol? Ten tweede zijn we geïnteresseerd in een antwoord op de vraag op welke wijze in het vervolg door de Afdeling bij een keuze voor gerichte uitnodigingen, die keuze aan de amici en procespartijen moet worden gecommuniceerd. Verdient het bijvoorbeeld de voorkeur om eerst eenieder de mogelijkheid te geven zich aan te melden als amici, waarna de Afdeling een selectie maakt en een aantal personen en/of organisaties aanwijst als amici? En ten derde, wat te denken van de vragen die aan de amici worden voorgelegd? In hoeverre zijn de verschillende beproefde werkwijzen positief ontvangen door de amici en procespartijen? En wat kan hieraan worden verbeterd?

---

<sup>119</sup> Zoals gezegd verstaan wij onder lobbyisme de gedragingen van personen of organisaties (of diegenen die hen vertegenwoordigen) waarbij wordt beoogd de besluitvorming in een voor hen gunstige richting te beïnvloeden; zie § 2.2.4.

De openbaarheid van de inlichtingen is, zoals gezegd, een apart onderwerp waaraan wij aandacht besteden. Zoals aangegeven in hoofdstuk 3 lijkt op dit punt sprake van voortschrijdend inzicht bij de Afdeling. Dit heeft ertoe geleid dat in de drie zaken drie verschillende werkwijzen zijn gehanteerd. In hoofdstuk 3 gaven wij reeds aan dat er uniformiteit nodig is op dit punt. Daarmee is de vraag echter nog niet beantwoord, hoe die uniformiteit het beste kan worden gerealiseerd en wat dan precies de werkwijze zou moeten zijn. In dit hoofdstuk doen wij aan de hand van het perspectief van de amici en de procespartijen een poging tot verdere beantwoording van die vragen. Wij zijn hierbij specifiek op zoek naar het antwoord op de vraag hoe ver de Afdeling in het vervolg moet gaan met het openbaar maken van de inlichtingen; dienen de amicusbrieven bijvoorbeeld steeds geheim te worden gehouden vanwege het risico dat relevante inlichtingen niet worden verstrekt in geval van openbaarmaking, dienen de amicusbrieven integraal openbaar te worden gemaakt óf dient een tussenvorm te worden gevonden? Anders gezegd, waar dient de Afdeling uit te komen op een schaal van volledige anonimiteit van de amicus tot het integraal openbaar maken van de amicusbrieven?

Een volgend onderwerp dat wij behandelen binnen het thema van de processuele inbedding is de rol van de amicus in de procedure en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus. Zoals gezegd in het tweede hoofdstuk, zij wij bijvoorbeeld geïnteresseerd in een antwoord op de vraag of procespartijen gelegenheid moeten krijgen te reageren op het voornemen om amici in te schakelen. Maar ook welke termijnen moeten worden gehanteerd bij het voorbereiden van de reactie door de amici en bij de voorbereiding van een reactie door procespartijen op de inlichtingen van de amici. En tot slot, moeten de amici op elkaars inbreng kunnen reageren en moeten de amici op zitting kunnen worden gehoord? Vanuit het perspectief van de amici en procespartijen zullen in dit hoofdstuk deze vragen worden beantwoord.

Een laatste hoofdthema dat onze aandacht heeft in dit hoofdstuk is dat van een eventuele wettelijke verankering van de amicus curiae. Wat vinden de amici en procespartijen hiervan? Hoe duidelijk en overzichtelijk is bijvoorbeeld de inzet van de amicus curiae voor hen nu verlopen? Was voor de amici bijvoorbeeld voldoende duidelijk wat zij moesten doen in de waarschuwingszaak, ondanks dat dit niet was toegelicht? En wat te denken van de verdere communicatie door de Afdeling over de inzet van de amicus curiae? Hoe helder is dit verlopen en ontstaat hieruit het beeld dat een wettelijke verankering of vastlegging in een procesreglement nodig is? Wij hebben hiertoe verschillende stellingen geformuleerd.

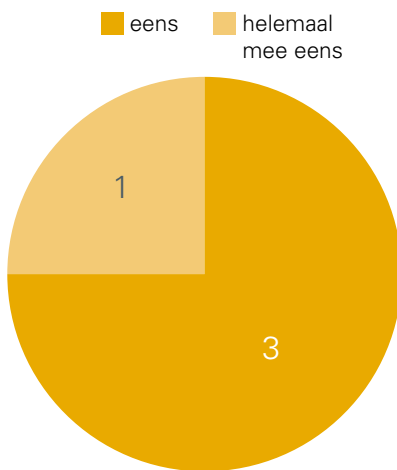


## 5.2 De materiële werking van de amicus curiae

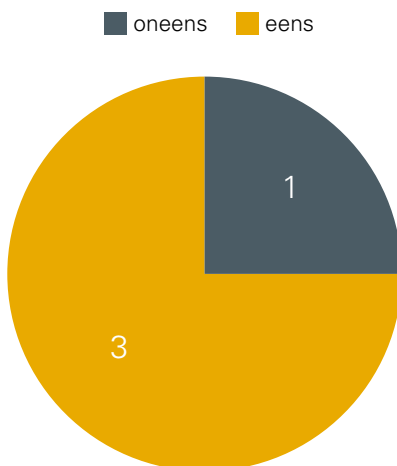
### 5.2.1 Inzicht in de macro-effecten

Op basis van het dossieronderzoek en de interviews hebben wij de indruk dat de inzet van de amicus curiae (enig) effect heeft gehad in alle drie de zaken. Wat vinden procespartijen en amici op dit punt? Om daar meer zicht op te krijgen hebben wij aan de procespartijen een tweetal stellingen voorgelegd. De uitkomsten van die stellingen worden hieronder weergegeven.

#### 1. Het is goed dat de Afdeling de amicus curiae in heeft gezet in mijn zaak.



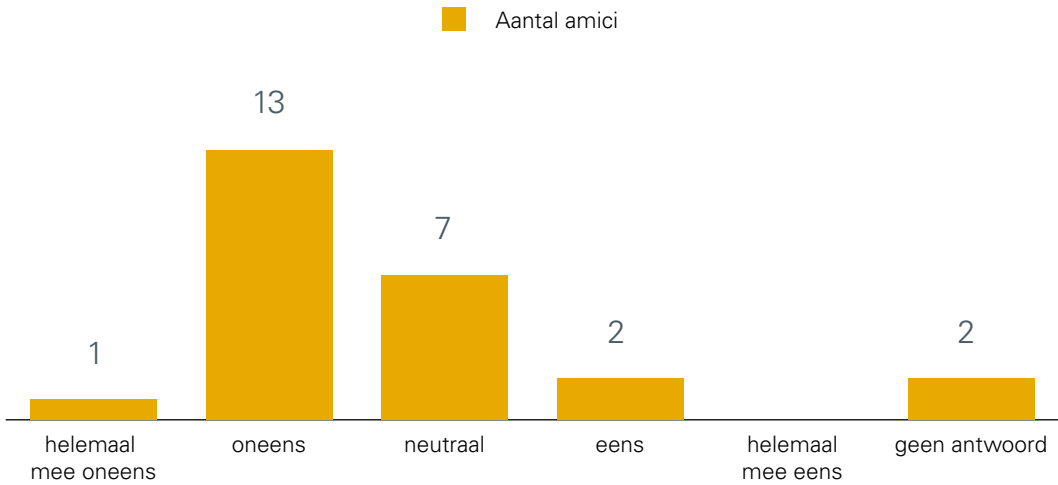
#### 2. De inlichtingen die door de amici zijn verstrekt, hebben nieuwe gezichtspunten opgeleverd ten opzichte van wat door mij en de andere(n) partij(en) naar voren is gebracht.



Uit figuur 1 en 2 blijkt in de eerste plaats dat de procespartijen positief zijn over de inzet van de amicus curiae in hun zaak. Opvallend is dat die positiviteit niet samenhangt met nieuwe gezichtspunten die dankzij de inlichtingen van de amici in de procedure zijn gebracht; een van de procespartijen geeft aan het oneens te zijn met de hierover voorgelegde stelling. De vraag rijst *waarom* een van de procespartijen heeft aangegeven dat de inlichtingen geen nieuwe gezichtspunten hebben opgeleverd; dit staat haaks op de antwoorden van de andere procespartijen en op de indrukken die wij hebben op basis van het dossieronderzoek en de interviews. In de toelichting bij deze stelling is aangegeven dat de inlichtingen de Afdeling een goed beeld zullen hebben gegeven van de opvattingen die in het veld leven, máár dat deze opvattingen niet lijken te hebben bijgedragen aan de uitspraak. Op basis van deze toelichting zien wij in elk geval twee verklaringen voor het met oneens reageren op deze stelling: de standpunten in het veld waren op grond van de dossierstukken volgens de procespartij al voldoende duidelijk, zodat in zoverre niets *nieuws* werd toegevoegd door de amici óf – en dit ligt gelet op het instemmende antwoord met de stelling ‘het is goed dat de Afdeling de amicus curiae heeft ingezet in mijn zaak’ meer voor de hand – de Afdeling heeft er onvoldoende blijk van gegeven dat de inlichtingen effect hebben gehad op de uitspraak.

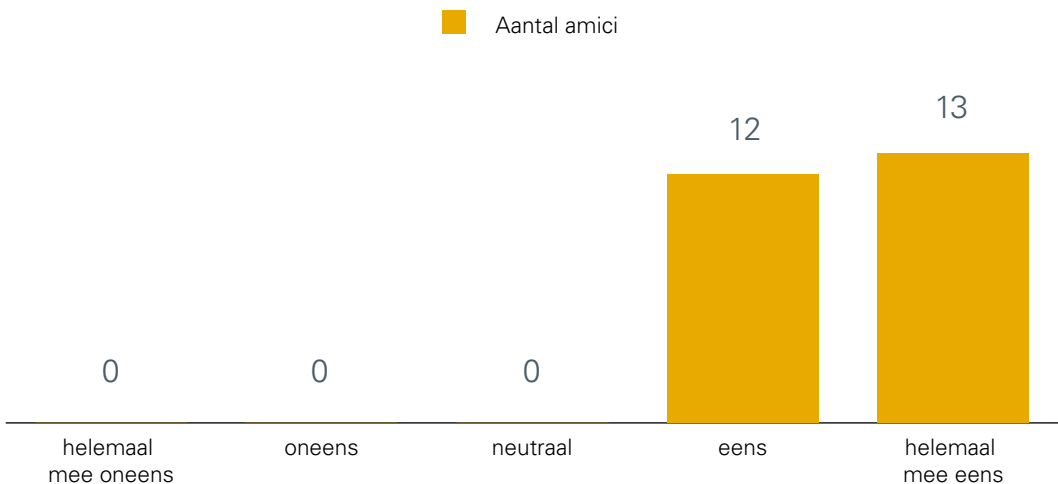
Als laatstgenoemde verklaring de juiste is, is vervolgens interessant deze te leggen naast de reacties op de aan procespartijen voorgelegde stelling “kijkend naar de uitspraak heeft de Afdeling de inlichtingen van de amici op een verantwoorde wijze geselecteerd en gewogen”. Een procespartij heeft hier aangegeven het eens te zijn met deze stelling, terwijl drie aangeven het daarmee niet eens te zijn. De toelichting op deze antwoorden leert ons dat een van de procespartijen het inhoudelijk niet eens is met de uitspraak van de Afdeling in zijn zaak. Twee anderen geven aan dat de Afdeling naar hun mening onvolledig is geweest. Beide antwoorden geven ons aanleiding voor de voorlopige conclusie dat de uitspraak een belangrijke functie heeft in het zichtbaar maken van het effect van de amicus curiae aan de procespartijen en amici én dat de Afdeling hierin nog *niet volledig* is geslaagd. Wij zeggen hier bewust ‘niet volledig’; als we namelijk de antwoorden van de amici naast de antwoorden van de procespartijen leggen (figuur 3) valt op dat veruit de meeste amici aangeven het (helemaal) oneens te zijn met de stelling “de Afdeling heeft mijn inlichtingen onvoldoende in haar uitspraak betrokken.” Een mogelijke verklaring voor dit verschil tussen de opvattingen van de procespartijen en die van de amici is dat laatstgenoemden hun antwoorden hebben gebaseerd op de conclusie van de AG en eerstgenoemden op de uitspraken van de Afdeling. In een van de questionnaires is dit ook in de toelichting aangegeven; “de Afdeling heeft niets met de inlichtingen gedaan (juist wanneer het spannend werd, haakte de uitspraak af), maar de AG is wél uitvoerig ingegaan op de inlichtingen”. De voorlopige conclusie baseren wij overigens mede op het dossieronderzoek, in welk verband wij constateerden dat de Afdeling in de waarschuwingszaak niet expliciet melding maakt van de inlichtingen van de amici curiae.

**3. De ABRvS heeft mijn inlichtingen onvoldoende in haar uitspraak betrokken.**

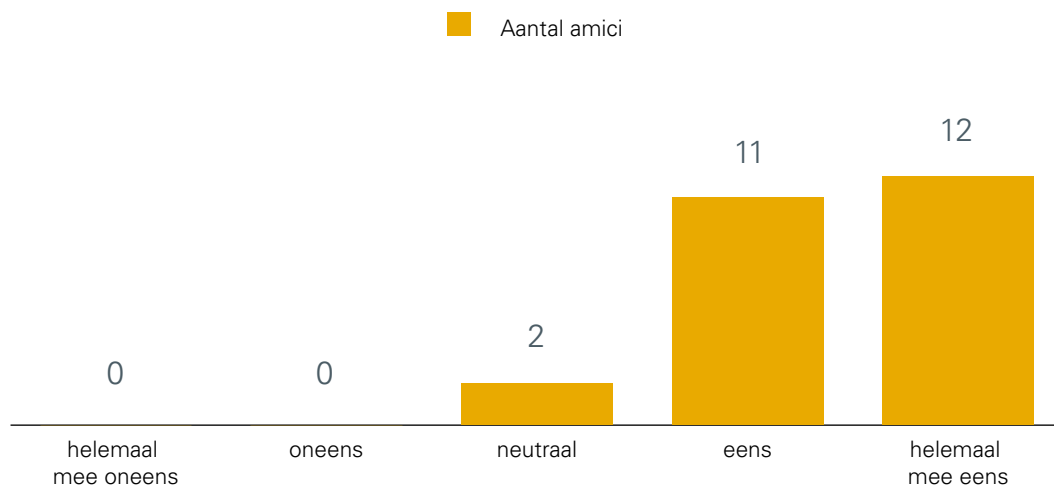


Verder constateren wij dat alle amici positief zijn over de inzet van de amicus curiae in het algemeen en de inzet hiervan in de drie zaken in het bijzonder. Met figuren 4 en 5 hebben we getracht dit inzichtelijk te maken.

**4. Het is goed dat de ABRvS de amicus curiae inzet in zaken die gevolgen hebben voor de uitkomst in andere zaken.**



5. Het is goed dat de ABRvS de amicus curiae heeft ingezet in de zaak waarin ik als amicus inlichtingen heb verstrekt.

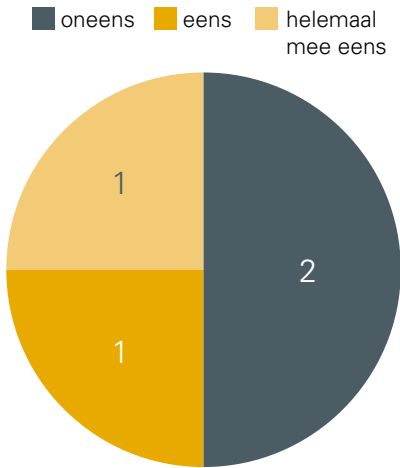


Kortom, de op grond van het dossieronderzoek en de interviews ontstane indruk dat de amicus curiae effect heeft gehad, zien wij grotendeels bevestigd in de questionnaires; veruit de meeste procespartijen en amici zijn positief over de inzet van de amicus curiae in het algemeen en in hun zaak in het bijzonder. Voor zover is aangegeven dat de inlichtingen van de amici geen nieuwe inzichten hebben opgeleverd, vermoeden wij dat dit samenhangt met de manier waarop de Afdeling de inlichtingen in haar uitspraak heeft verwerkt. In hoofdstuk 6 doen wij aanbevelingen op dit punt.

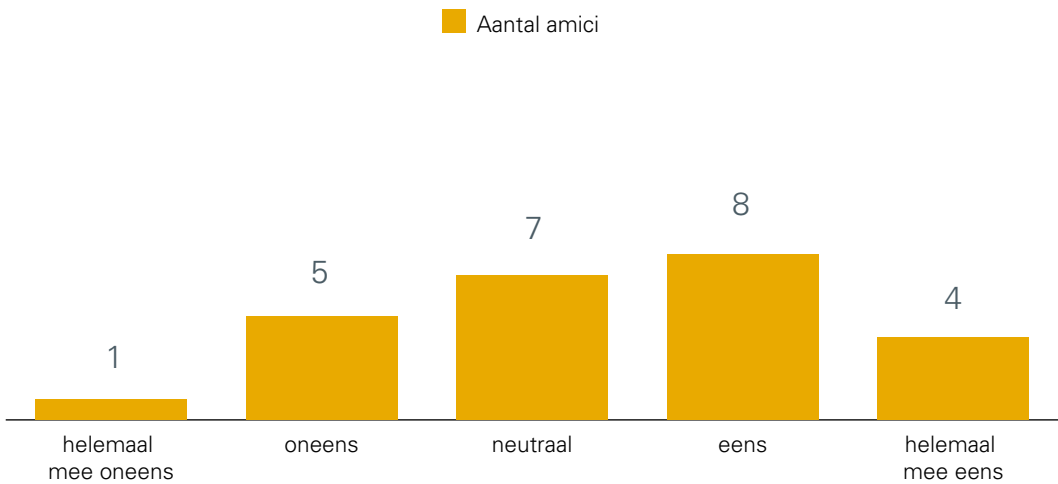
### 5.2.2 Legitimiteit van rechtsvorming

Zoals gezegd zijn wij op zoek naar een antwoord op de vraag of de inzet van de amicus curiae de legitimiteit van de uitspraak heeft versterkt en kijken wij daarbij specifiek naar een drietal elementen: participatie, representatie en transparantie. Een eerste stelling die wij in dit verband aan de procespartijen en amici hebben voorgelegd gaat over de (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak van de Afdeling in relatie tot de inzet van de amicus curiae. Aan de procespartijen legden wij de stelling voor: “De inzet van de amicus curiae heeft bijgedragen aan mijn acceptatie van de uitspraak van de Afdeling.” Aan de amici legden wij de stelling voor: “Het inzetten van de amicus curiae draagt bij aan de (maatschappelijke) acceptatie van de betreffende uitspraak van de Afdeling.”

6. De inzet van de amicus curiae heeft bijgedragen aan mijn acceptatie van de uitspraak van de ABRvS.



7. Het inzetten van de amicus curiae draagt bij aan de (maatschappelijke) acceptatie van de betreffende uitspraak van de ABRvS.



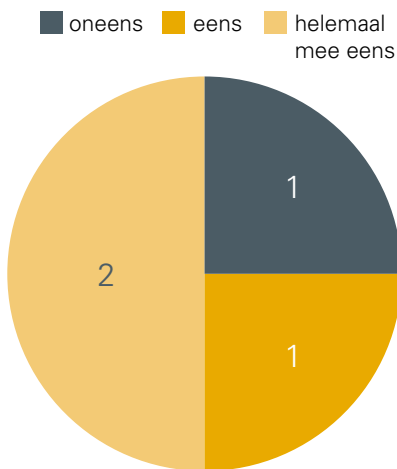
Uit figuur 6 en figuur 7 kan worden afgeleid dat twee van de vier procespartijen en ongeveer de helft van het aantal amici (48%) van mening is dat de inzet van de amicus curiae bijdraagt aan de (maatschappelijke acceptatie) van de uitspraak. Een deel van de amici beoordeelt de stelling 'neutraal' (28%), terwijl een minderheid van de procespartijen en amici (25% procespartijen; 24% amici) geen relatie ziet tussen de inzet van de amicus curiae en de (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak van de Afdeling en bijvoorbeeld aangeeft te twijfelen over de representativiteit van de amici, zodat zij niet kan overzien of de inzet van de amicus curiae over het geheel gezien leidt tot meer acceptatie van de uitspraak van de Afdeling. Van de groep amici die instemt met de stelling en dus een relatie zien tussen de inzet van de amicus curiae en de (maatschappelijke) acceptatie zijn de toelichtingen divers. Sommigen menen dat de inzet van de amicus curiae een 'zelfstandig nut' heeft in die zin dat de enkele mogelijkheid 'mee te denken' de legitimiteit van de uitspraak versterkt. Oftewel, de mogelijkheid te participeren versterkt de legitimiteit. Anderen menen dat de amicus curiae de (maatschappelijke) acceptatie versterkt, doordat hiermee (beter) mogelijk wordt dat de Afdeling beschikt over alle relevante argumenten om tot een oordeel te komen. Als die argumenten vervolgens door de Afdeling expliciet worden meegenomen en afgewogen in de uitspraak, versterkt dit de legitimiteit van die uitspraak. Anders gezegd, de inzet van de amicus curiae versterkt de (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak mits de op basis hiervan naar voren gebrachte argumenten door de Afdeling zichtbaar in de uitspraak worden meegenomen en afgewogen. Bij deze benadering gaat het er aldus om dat de Afdeling met de amicus curiae meer transparantie brengt in haar oordeelsvorming en dit zijn weerslag moet krijgen in de uitspraak; in de uitspraak moet dit zichtbaar zijn.<sup>120</sup> Zo bezien kan de amicus curiae dus zowel direct (participatie) als indirect (transparantie) de legitimiteit van de uitspraak versterken. Wij gaan hierna afzonderlijk in op de elementen participatie, representatie en transparantie.

Ten aanzien van het element participatie hebben wij de procespartijen en amici stellingen voorgelegd over de in hun zaak gekozen variant van de amicus curiae (open internetconsultatie of gerichte uitnodigingen).

---

<sup>120</sup> Opvallend genoeg wordt door de enige amici die het helemaal oneens is met de stelling aangegeven dat de (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak afhangt van (de mate waarin) de Afdeling in haar uitspraak onderbouwt waarom de verstrekte inlichtingen wel of niet worden gevolgd. Ook deze amici geeft dus aan dat het vooral belangrijk is wat de Afdeling doet met de inlichtingen in haar uitspraak.

8. Ik kan mij vinden in de door de ABRvS in mijn zaak gekozen variant van de amicus curiae (gerichte uitnodigingen of open internetconsultatie).

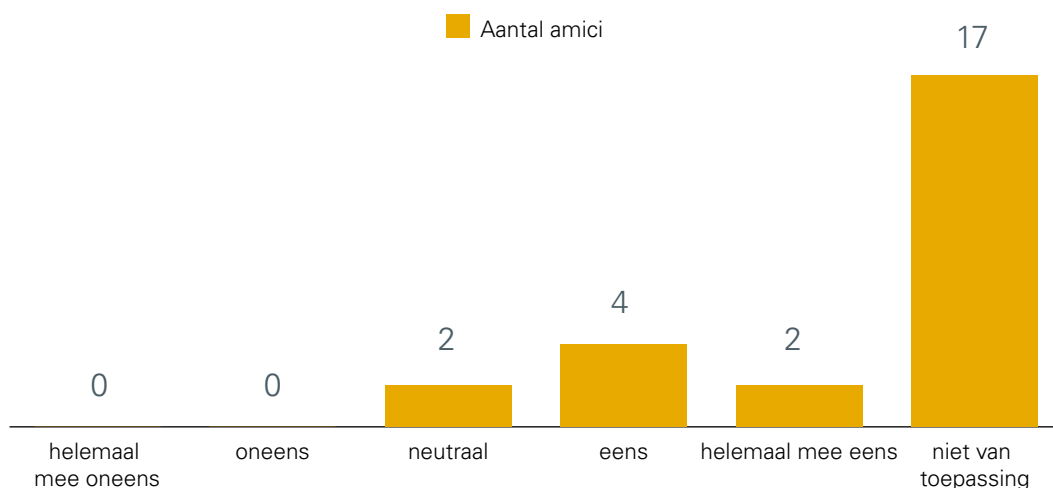


Drie van de vier procespartijen (figuur 8) zijn tevreden met de door de Afdeling in hun zaken gekozen variant van de amicus curiae. De enige respondent die niet tevreden is geeft in de toelichting op zijn antwoord aan het te betreuren dat geen deskundigen zijn uitgenodigd door de Afdeling. Het had zijn voorkeur gehad als een commissie van deskundigen was gevraagd als amicus curiae op te treden. Daarbij geeft hij ook aan géén voorkeur te hebben voor de andere variant dan de door de Afdeling in zijn zaak gekozen variant. Deze toelichting lijkt een zekere kwetsbaarheid bloot te leggen in de inzet van de amicus curiae.<sup>121</sup> Die kwetsbaarheid betreft de relatie tussen de rechterlijke bevoegdheid om deskundigen in te schakelen op grond van artikel 8:47 Awb en de mogelijkheid de amicus curiae in te zetten op grond van artikel 8:45 Awb. Dit onderscheid is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Dit maakt het, zo lijkt uit de questionnaires te volgen, extra belangrijk dat de Afdeling aan procespartijen communiceert *waarom* zij de amicus curiae inzet, *wat* dit inhoudt en *hoe* dit werkt. Dit betekent dat als de amicus curiae wordt ingezet aan procespartijen bijvoorbeeld moet worden gecommuniceerd dat de Afdeling behoefte heeft geïnformeerd te worden over de *judicial consequences* (waarschuwingszaak) of de *behavioural consequences* (Barneveldzaak) en dat daarvoor niet is vereist dat die informatie vanuit een onafhankelijke positie en/of met een zekere deskundigheid wordt verstrekt. Zonder daarmee te willen zeggen dat dit in een van de zaken niet voldoende is gebeurd, trekken wij al wél de voorlopige conclusie dat een dergelijke communicatie van meerwaarde zal blijken te zijn voor de mate waarin de amicus curiae de acceptatie van de uitspraak van de Afdeling versterkt.

<sup>121</sup> Die kwetsbaarheid was overigens ook onderwerp van debat tijdens de expertmeeting die door de Afdeling is georganiseerd. Tijdens deze expertmeeting bleek dat de afbakening van de situaties waarin deskundigen worden ingeschakeld versus de situaties waarin de rechterlijke bevoegdheid deskundigen in te schakelen en de rechterlijke bevoegdheid de amicus curiae in te zetten niet in alle gevallen duidelijk is.

Dat de procespartijen tevreden zijn met de gekozen variant is vermoedelijk voor een belangrijk deel gebaseerd op de representativiteit van de amici; in de waarschuwingszaak is eenieder de mogelijkheid geboden te participeren, terwijl de representativiteit van de amici in de Barneveldzaak waarin gerichte uitnodigingen zijn verzonden, positief wordt gewaardeerd; beide procespartijen zijn het eens met de stelling “de door de Afdeling geselecteerde amici zijn representatief voor de belangen die speelden in mijn zaak”. Die positieve waardering van de representativiteit van de amici in de Barneveldzaak is ook terug te zien in de reacties van de amici op de stelling “(...) de door de Afdeling geselecteerde amici zijn representatief voor de belangen die speelden in de zaak”; zie figuur 9.

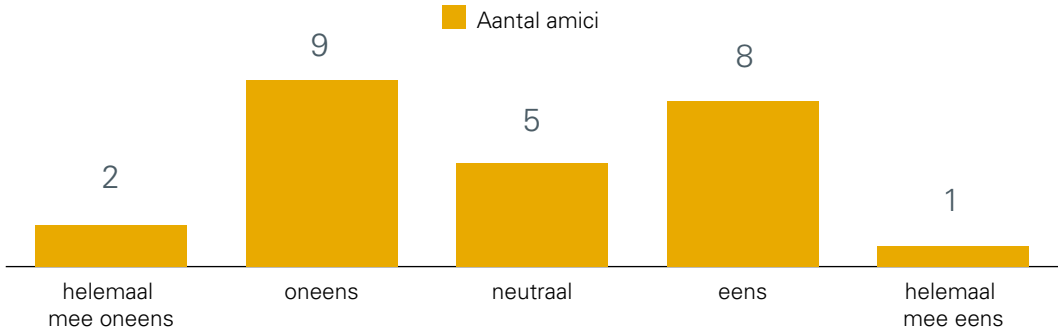
**9. De door de ABRvS geselecteerde amici zijn representatief voor de belangen die speelden in de zaak.**



De representativiteit van de amici hoe zich dit vertaalt naar de in te zetten variant van de amicus curiae is in het algemeen een punt van aandacht – wij komen hier nog over te spreken (§ 5.4.1) – en daarmee óók van belang voor de mate waarin de amicus curiae bijdraagt aan de (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak van de Afdeling. Voor nu willen wij hier nog slechts over zeggen dat door de amici zeer verschillend wordt gedacht over de voorkeursvariant van de amicus curiae; met de stelling “De Afdeling moet voortaan bij het uitnodigen van amici curiae altijd kiezen voor een open consultatie in plaats van voor het gericht uitnodigen van enkele amici” zijn 2 amici het helemaal oneens, 9 zijn het oneens, 5 beoordelen de stelling neutraal, 8 zijn het eens en 1 is het helemaal eens (zie figuur 10). Deze verschillende opvattingen onderstrepen volgens ons de noodzaak voor de Afdeling om haar keuzes bewust te maken en in de uitspraak te expliciteren, wil zij dat de amicus curiae de (maatschappelijke) acceptatie versterkt. Hoe zij dit mogelijk kan doen gelet op de resultaten van de questionnaires is onderwerp van bespreking in de volgende paragrafen.

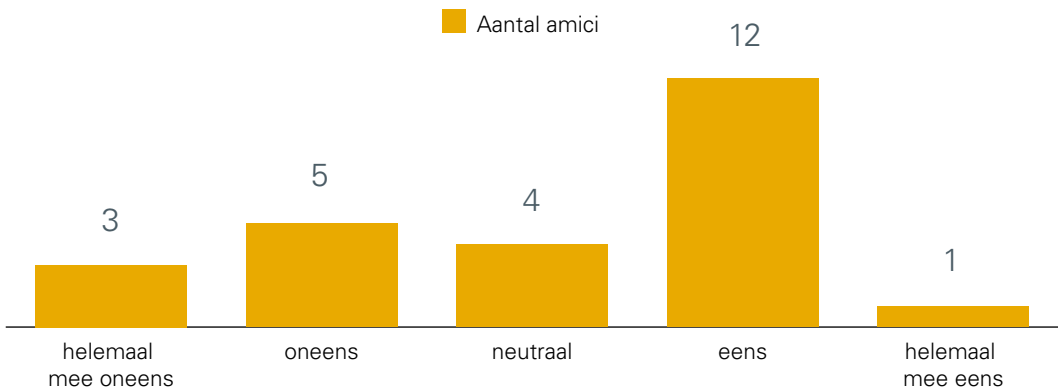


**10. De ABRvS moet voortaan bij het uitnodigen van amici curiae altijd kiezen voor een open consultatie in plaats van voor het gericht uitnodigen van enkele amici.**



Een andere voorwaarde voor legitimiteit en (meer) acceptatie lijkt gelegen in de algehele transparantie van het proces. Dat begint bij het aan procespartijen voorleggen van het voornemen de amicus curiae in te zetten met vermelding van de reden c.q. het doel (zie hiervoor), ziet op de keuze van de variant, de eventuele selectie van amici en de bevraging van de amici naar hun belang bij de zaak en tot slot de motivering van de Afdeling voor dit alles in haar uitspraak. Zo is volgens veruit de meeste amici voor de (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak van de Afdeling van belang dat de Afdeling in haar motivering inzicht geeft in wat zij met de inbreng van de amici heeft gedaan; 88% van de amici geeft aan het eens of helemaal eens te zijn met de stelling “Omwille van de transparantie moet de Afdeling in haar motivering inzicht geven in wat zij met de inbreng van de amici heeft gedaan.” In de drie zaken waarin de Afdeling de amicus curiae heeft ingezet, is de Afdeling hier volgens de amici echter nog niet in geslaagd; 8 van de 25 amici geeft aan het (helemaal) oneens te zijn met de stelling dat de Afdeling in haar uitspraak voldoende transparant is geweest in het gebruik van mijn inlichtingen (zie figuur 11).

**11. De ABRvS is in haar uitspraak voldoende transparant geweest in het gebruik van mijn inlichtingen.**



Ook de procespartijen zijn licht kritisch; drie van de vier geven aan het oneens te zijn met de stelling “kijkend naar de uitspraak heeft de Afdeling de inlichtingen van de amici op een verantwoorde wijze geselecteerd en gewogen”, terwijl één aangeeft het daarmee eens te zijn. Mogelijke verklaringen hiervoor zijn dat de procespartijen het niet eens zijn met de uitkomst en daarom het niet eens zijn met de stelling en/of dat de Afdeling – zoals in de waarschuwingszaak – niet zelf de inlichtingen in haar uitspraak heeft verwerkt, maar ‘leunt op’ de conclusie van de AG.

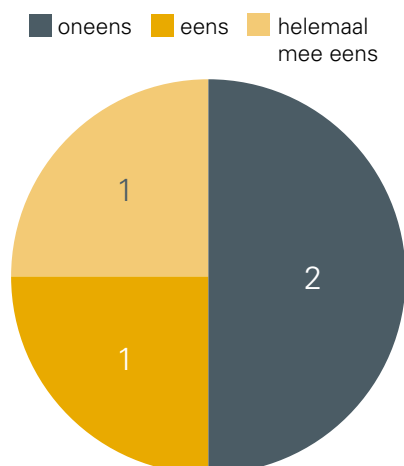
Afluitend merken wij over dit onderwerp op dat legitimiteit en (maatschappelijke) acceptatie moeilijke onderwerpen blijven. Dit heeft in de eerste plaats te maken met het ongrijpbare karakter van legitimiteit in het algemeen, maar ook met de relatief onbekendheid van het instrument van de amicus curiae in het bijzonder. Wij zijn licht optimistisch over de relatie tussen de inzet van de amicus curiae en legitimiteit in die zin dat op basis van de questionnaires aanleiding bestaat voor de conclusie dat de inzet de legitimiteit versterkt op twee manieren. De eerste is de mogelijkheid te participeren; dit lijkt een positief effect te hebben op de (maatschappelijke) acceptatie. De tweede is de transparantie; de amicus curiae maakt het proces van rechtsvorming door de Afdeling transparanter, althans voor zover dit gepaard gaat met een uitspraak die ook – al dan niet kort – ingaat op de inzet van de amicus curiae. Tegelijkertijd constateren wij dat het op basis van de questionnaires vergaarde bewijs voor een relatie tussen legitimiteit en de amicus curiae dun is en bovendien afhankelijk van een aantal procedurele keuzes.

### 5.3 Materiële bijwerkingen: het gevaar van lobbyisme en verhoging van werklast en doorlooptijden

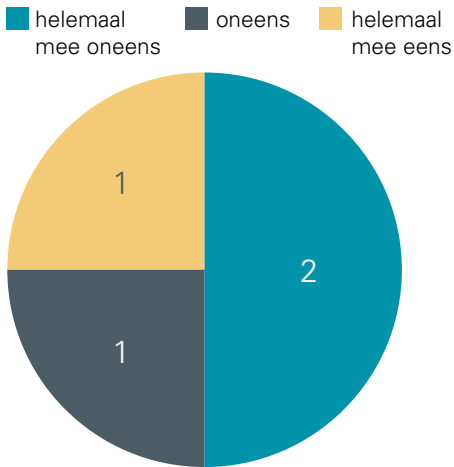
#### 5.3.1 Lobbyisme

In hoofdstuk 2 hebben wij uitgebreid aandacht besteed aan het gevaar van lobbyisme. Hierna bespreken wij de reacties van de amici en procespartijen op dit fenomeen.

#### 12. (Sommige van) de amici hebben zich in mijn zaak als lobbyist opgesteld.



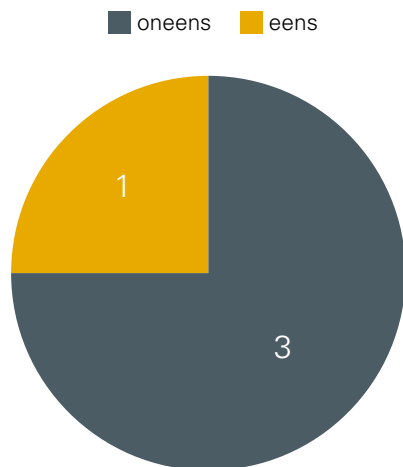
**13. Lobbyisme van (sommige van) de amici heeft eraan in de weg gestaan dat nieuwe voor de beslissing in mijn zaak relevante inlichtingen naar voren zijn gebracht.**



Twee van de vier procespartijen zijn het helemaal oneens met de stelling dat (sommige van) de amici zich in hun zaak als lobbyist hebben opgesteld. De twee andere procespartijen zijn het (helemaal) eens met de stelling (zie figuur 12). In de toelichting op laatstgenoemde reacties is door een van de procespartijen vermeld dat van een kritisch en onafhankelijk meedenken geen sprake is geweest, maar dat sprake was van een lobby. Het gaat hier dus om – wat wij eerder noemde – grensoverschrijdend lobbyisme. Zoals hiervoor vermeld (§ 5.2.2), vermoeden wij dat deze reactie, die door dezelfde procespartij is gegeven als hiervoor aangehaald, samenhangt met de verwachtingen van deze procespartij bij de inzet van de amicus curiae; er bestond blijkbaar (meer) behoefte aan het inschakelen van een deskundige. Tegen die achtergrond verbaast ook niet de reactie van deze procespartij op de stelling dat lobbyisme in de weg heeft gestaan aan nieuwe voor de beslissing relevante inlichtingen (figuur 13) én het antwoord op de stelling dat kijkend naar de uitspraak de Afdeling de inlichtingen van de amici op een verantwoorde wijze heeft geselecteerd en gewogen (figuur 14). Door de andere procespartij die aangeeft het eens te zijn met de stelling wordt aangegeven dat het belangrijk is dat lobbyisme inlichtingen verstrekken. Drie van de vier procespartijen daarentegen zijn wél te spreken over de kwaliteit van de amicusbrieven. Zij geven aan het (helemaal) oneens te zijn met de stelling dat lobbyisme in de weg heeft gestaan aan nieuwe voor de beslissing relevante inlichtingen (figuur 13). Tegen die achtergrond is het evenwel opvallend dat deze procespartijen het niet óók beiden eens zijn met de stelling dat kijkend naar de uitspraak de Afdeling de inlichtingen van de amici op een verantwoorde wijze heeft geselecteerd en gewogen (figuur 14). De toelichting van een van deze procespartijen bij de stelling leert dat met oneens is gereageerd omdat de Afdeling in die zaak geen algemene lijnen heeft uitgezet, maar zich heeft beperkt tot beslechting van het voorliggende geschil, terwijl de amicusbrieven voor het grootste deel zagen op de algemene lijnen. Voor volgende gevallen zou het, zo begrijpen wij deze procespartij, de voorkeur verdienen als de Afdeling in de uitspraak de amicusbrieven meeneemt en afweegt, óók in het geval de staatsraad A-G dit al heeft gedaan.

In dat laatste geval zou wellicht hier kort naar kunnen worden verwezen en worden aangegeven of de Afdeling deze wegging van amicusbrieven overneemt. Het meenemen en -wegen van de amicusbrieven wordt in elk geval als belangrijk element beschouwd tegen lobbyisme.

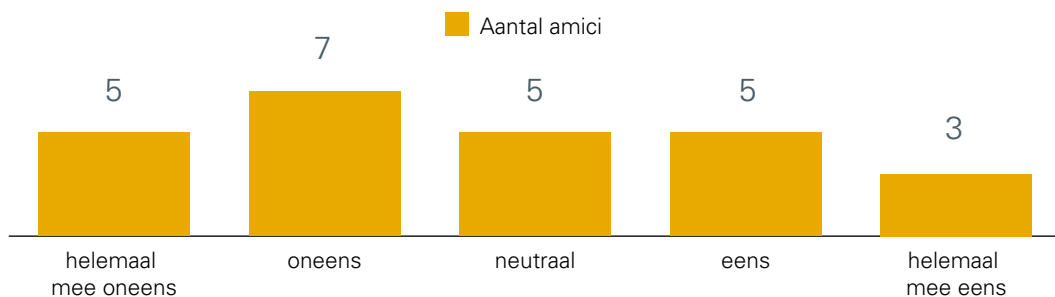
**14. Kijkend naar de uitspraak heeft de ABRvS de inlichtingen van de amici op een verantwoorde wijze geselecteerd en gewogen.**



Een tweede element dat naar voren komt in de questionnaires van de procespartijen over lobbyisme is – wat wordt genoemd – een ‘noodzakelijke mix van amici’, dat wil zeggen een representatieve samenstelling van amici. Zo is aangegeven dat er weliswaar amici zijn geweest die de vragen uitsluitend hebben benaderd vanuit hun eigen belangpositie, máár dat dit niet erg is omdat de Afdeling door verschillende amici is ingelicht en daardoor vanuit verschillende belangposities informatie verstrekt heeft gekregen. Vanwege deze noodzakelijke representatieve samenstelling van amici, bestaat onder een van de procespartijen wat aarzeling bij de algemene uitnodiging van de amicus curiae; is in dat geval wel voldoende gewaarborgd dat een representatieve samenstelling van amici aan de Afdeling inlichtingen verstrekt? Hoewel wij deze aarzeling niet terugzien in de andere questionnaires, lijkt dit ons een punt van belang voor de te kiezen variant. Wij komen hier nog over te spreken in § 5.4.1. Een derde element dat wij in de questionnaires van de procespartijen terugzien is de combinatie van de inzet van de amicus curiae met het vragen van een conclusie aan de staatsraad A-G. Een van de procespartijen merkt op dat de combinatie van deze twee figuren een zekere waarborg tegen lobbyisme creëert doordat de AG vanuit een onafhankelijke positie de amicusbrieven in perspectief kan plaatsen en kan commentariëren.

Als we nu de antwoorden van de procespartijen naast die van de amici leggen valt in de eerste plaats op dat de meeste amici, te weten 48%, het helemaal oneens zijn met de stelling “Vanwege het gevaar van lobbyisme moet de Afdeling de amicus curiae in een beperkt aantal zaken inzetten”, tegenover 32% die het hiermee eens of helemaal eens is (figuur 15).

**15. Vanwege het gevaar van lobbyisme moet de ABRvS de amicus curiae in een beperkt aantal zaken inzetten.**



De toelichtingen leren dat de meeste amici menen dat de Afdeling voldoende geëquipeerd is om met te eenzijdige belangenbehartiging om te gaan. Zo stelt een van de amici: “dat is een risico, maar daar moet de Afdeling rekening mee houden bij het wege van de bijdragen die via deze weg komen.” Dit sluit in zekere zin aan bij het hiervoor genoemde eerste element, te weten het expliciet meenemen en –wegen van de inlichtingen van de amici. Andere amici stellen dat als duidelijk is wie de amici zijn en de Afdeling daarin transparant is, niet hoeft te worden gevreesd voor lobbyisme. Die transparantie lijkt overigens voor de meeste amici ook geen probleem te zijn in die zin dat andere informatie zou zijn versterkt als van te voren was gezegd dat de inlichtingen openbaar zouden worden gemaakt op de website van de Raad van State; 84% geeft aan het eens of helemaal eens te zijn met de stelling “ik zou dezelfde informatie hebben verstrekt als mij van tevoren was gezegd dat mijn inlichtingen openbaar zouden worden gemaakt op de website van de Raad van State.” Die transparantie kan volgens ons enerzijds als deel worden beschouwd van het hiervoor genoemde tweede element; een mix van amici. Alleen als transparant is wie de amici zijn, kan worden beoordeeld of een (goede) mix van amici aan de Afdeling inlichtingen verstrekt. Het is dus een voorwaarde voor dit tweede element. Daarnaast is het een zelfstandig vierde element, in die zin dat transparantie – zo kwam ook naar voren in de interviews – kan waarborgen dat te eenzijdige inlichtingen worden verstrekt. Het kan, anders gezegd, een zekere preventieve werking hebben doordat amici afzien van al te subjectieve informatieverstrekking aan de Afdeling omdat zij hierop later kunnen worden aangesproken.

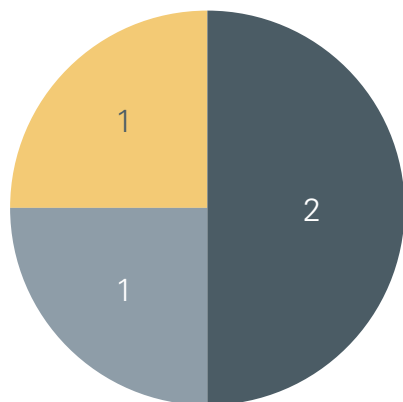
Onze indruk dat grensoverschrijdend lobbyisme zich niet heeft voorgedaan, omdat lobbyisme adequaat door de Afdeling is tegengegaan, wordt grotendeels door de questionnaires bevestigd. Voor zover dit niet het geval is, hangt dit volgens ons samen met verwachtingen van de procespartij die niet strookten met de figuur van de amicus curiae; voor die figuur is juist niet vereist dat inlichtingen worden verstrekt vanuit een objectieve c.q. onafhankelijke deskundigenpositie. Omdat dit niet is vereist, is er wel een aantal elementen waarmee de Afdeling rekening moet houden teneinde lobbyisme adequaat tegen te gaan. In deze paragraaf hebben wij op basis van de questionnaires er een paar onderscheiden. Wij herhalen deze kort. Het eerste element betreft het afleggen van verantwoording door de Afdeling in de uitspraak over hoe de inlichtingen door de Afdeling zijn meegenomen en –gewogen. Dit geldt óók als er een conclusie van de staatsraad A-G voorafgaat aan de uitspraak. Het tweede element is een representatieve samenstelling van amici. Naast het belang hiervan voor de legitimiteit van de uitspraak (zie § 5.2.2) is de representativiteit dus relevant voor het tegengaan van lobbyisme. Daarvoor is onder andere nodig dat transparant is wie als amicus inlichtingen verstrekt. Een derde element dat mogelijk lobbyisme tegen kan gaan is de combinatie van de figuur van de amicus curiae met het vragen van een conclusie aan de staatsraad A-G. De A-G kan vanuit zijn onafhankelijke positie de inlichtingen in perspectief plaatsen en becommentariëren. De procespartijen in de waarschuwingszaak lijken dit ook positief te waarderen. Een laatste en vierde element is (opnieuw) transparantie; als transparant is wie als amicus optreedt, kan daar een preventieve werking vanuit gaan, in die zin dat openbaarheid een rem zet op te eenzijdige belangenbehartiging.

### 5.3.2 Doorlooptijden

Op basis van de questionnaires kan niet heel veel worden gezegd over de doorlooptijden. Wij hebben ons daarom beperkt tot een tweetal stellingen die aan de procespartijen zijn voorgelegd. De resultaten daarvan zijn in figuren 16 en 17 verwerkt.

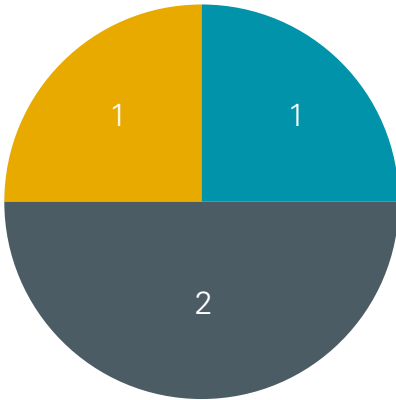
#### 16. Het inzetten van de amicus curiae heeft tot een aanzienlijke vertraging van de procedure geleid.

■ oneens   ■ neutraal   ■ helemaal mee eens



**17. De vertraging van de procedure door het inzetten van de amicus curiae weegt niet op tegen de voordelen ervan.**

■ helemaal mee oneens ■ eens

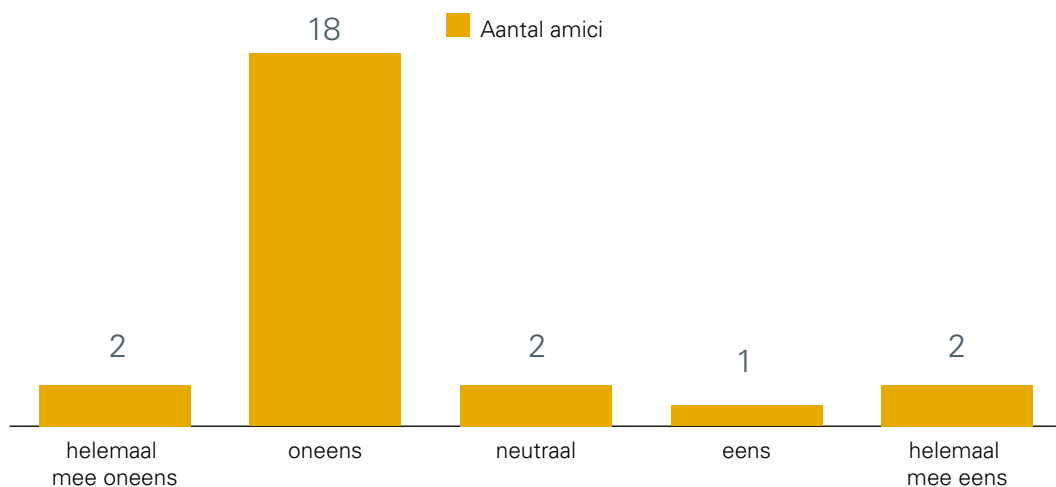


Twee van de vier procespartijen is van mening dat het inzetten van de amicus curiae niet tot een aanzienlijke vertraging van de procedure heeft geleid (figuur 16). In de toelichting op deze stelling heeft een van de procespartijen aangegeven wel te hebben gevreesd voor een aanzienlijke vertraging van de procedure, maar dat de procedure toch “vlot is verlopen.” De procespartij die aangeeft dat de amicus curiae tot een aanzienlijke verlenging van de procedure heeft geleid, geeft als toelichting dat die verlenging samenviel met de verwijzing van de zaak naar een grote kamer en het verzoek aan de staatsraad A-G om een conclusie te nemen. Anders gezegd, het is het geheel van proceduremaatregelen dat heeft geleid tot een verlenging van de procedure. Daarentegen wordt door deze partij aangegeven dat de verlenging van de procedure opweegt tegen de voordelen ervan. Met name de conclusie van de staatsraad A-G zal, zo is in de toelichting vermeld, in de toekomst van waarde zijn. Opvallend genoeg geeft de procespartij die eerder aangaf dat de inzet van de amicus curiae niet tot een aanzienlijke vertraging heeft geleid (de eerste stelling), vervolgens aan dat de vertraging van de procedure door het inzetten van de amicus curiae niet opweegt tegen de voordelen ervan (de tweede stelling; figuur 17). Wij vermoeden dat dit samenhangt met de eerder al genoemde (onjuiste) verwachtingen van de figuur van de amicus curiae. Dit zien wij bevestigd in de toelichting van deze procespartijen: “Er moet geen of zo mogelijk sprake zijn van duidelijk lobbywerk, maar van meedenken vanuit ongebondenheid en uiteraard met/vanuit specifieke deskundigheid.”

Verder is in dit verband noemenswaardig dat alle procespartijen van mening zijn dat zij voldoende in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op het voornemen van de Afdeling om de amicus curiae in te zetten, te reageren op de conceptvragen aan de amici en de reactiemogelijkheid op de inlichtingen van de amici. Een van de procespartijen geeft zelfs aan het een gemis te vinden dat de amici niet in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op zijn reactie op de inlichtingen én het een gemis te vinden dat de amici niet op zitting zijn uitgenodigd. Vanuit het belang bezien van – kort gezegd – spoedige geschilbeslechting (korte doorlooptijden) is dit laatste opvallend. In elk geval kan worden geconstateerd dat de procespartijen grotendeels tevreden zijn met de inrichting van de amicus-procedure door de Afdeling in relatie tot de doorlooptijden.

Ook tevreden zijn de amici met de aan hen gegunde termijn voor het verstrekken van inlichtingen; veruit de meeste amici geven aan het (helemaal) oneens te zijn met de stelling “de door de Afdeling gegunde termijn voor het verstrekken van inlichtingen was te kort” (figuur 18). Slechts een enkeling geeft aan dat de termijn te kort was. In de toelichting hierbij is te lezen dat binnen de gestelde termijn van 4 weken geen goed werk was te leveren; “kwaliteit vergt tijd”, luidt de reactie.

**18. De door de ABRvS gegunde termijn voor het verstrekken van inlichtingen was te kort.**



Heeft de inzet van de amicus curiae te veel tijd gekost in relatie tot het resultaat dat het heeft opgeleverd? Op basis van de questionnaires zijn wij geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Procespartijen zijn overwegend positief over hoe de procedure is verlopen en wat het uiteindelijk heeft opgeleverd, terwijl de amici de hen gegunde termijn positief waarderen.



## 5.4 Processuele inbedding van de amicus curiae

### 5.4.1 Uitnodigingsbeleid

Over het uitnodigingsbeleid hebben wij in de vorige hoofdstukken al het nodige geschreven. In dit hoofdstuk zoomen wij zoals gezegd in op de keuze voor een variant van de amicus curiae, de procedure voor het gericht uitnodigen van amici en de vragen die aan de amici worden voorgelegd.

Achtereenvolgens zullen wij hierna deze onderwerpen bespreken.

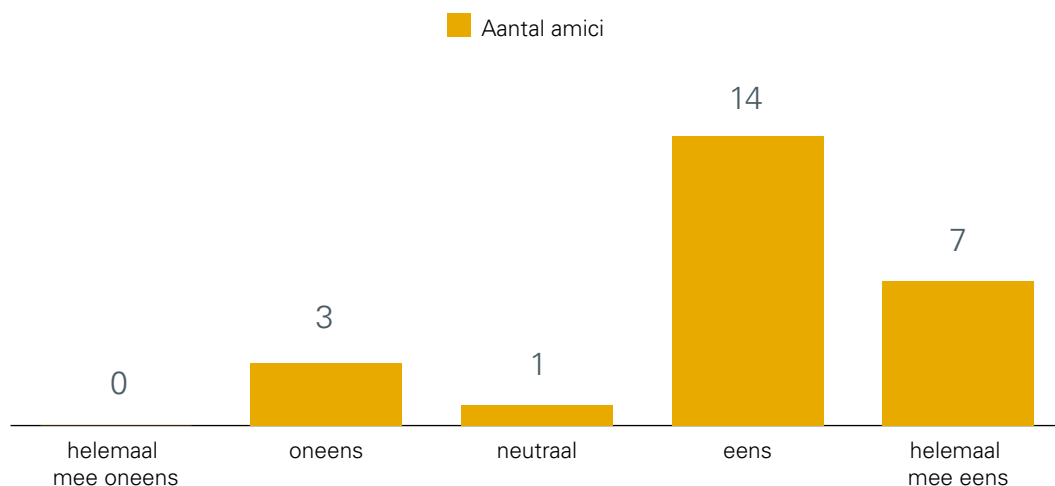
Aan de procespartijen hebben wij de stelling voorgelegd “Ik kan mij vinden in de door de Afdeling in mijn zaak gekozen variant van de amicus curiae (gerichte uitnodigingen of open internetconsultatie).” Voor de resultaten hiervan verwijzen wij terug naar § 5.2.2. Een van de procespartijen heeft als toelichting op zijn antwoord gegeven dat het volgens hem van groot belang is dat als het recht wordt ontwikkeld door de rechter, de burger betrokken wordt. Hij stelt: “Het is dus van groot belang dat als het recht ontwikkeld wordt door de rechter de burger betrokken wordt en dat er niet van wordt uitgegaan dat juristen wel weten wat in het belang is van de burger. De figuur van de amicus curiae is in deze context zeer belangrijk. Dit ‘instrument’ moet goed ontwikkeld worden in het stellen van de vragen, de personen die gericht worden gevraagd en het bereiken van de burger. Een gerichte uitnodiging zal voornamelijk op zijn plaats zijn als er specifieke juridische deskundigheid nodig is of iemand een specifiek belang heeft bij de betreffende rechtsontwikkeling.” Als we deze reactie als basis nemen voor het uitnodigingsbeleid dan zal dit er in verreweg de meeste gevallen toe moeten leiden dat de Afdeling een open internetconsultatie houdt waarbij dus eenieder de mogelijkheid krijgt te participeren. Slechts indien de te beslechten rechtsvraag specifieke belangen raakt zou dit anders kunnen zijn. Daarvoor is dan tevens vereist, zo vullen wij aan op basis van eerder opgedane inzichten, dat de Afdeling weet wie deze specifieke belangen representeren en juist diegenen uitnodigt.

Op basis van de resultaten van de questionnaires van de amici ontstaat zoals gezegd een wisselend beeld over de te kiezen variant (zie § 5.2.2). In de toelichtingen is onder andere te lezen dat rechtspraak transparant moet zijn en dat daarom een voorkeur bestaat voor de algemene uitnodiging, maar dat het gericht uitnodigen van amici wel moet blijven, mits van tevoren wordt vermeld wie zijn uitgenodigd én wanneer anderen de gelegenheid hebben om zich aan te melden. Deze toelichting werpt een interessante vraag op, namelijk of de varianten idealiter worden gecombineerd. Zoals gezegd, is voor het tegengaan van grensoverschrijdend lobbyisme een element van belang dat een representatieve samenstelling van amici inlichtingen verschaft aan de Afdeling. Ook is representatie een belangrijk aspect in het kader van legitimiteit en (maatschappelijke) acceptatie. Als we dit nu naast de hierboven vermelde reactie leggen van de procespartij over het betrekken van de samenleving bij het proces van rechtsvorming door de rechter, levert dit op dat de Afdeling er goed aan doet in volgende gevallen in de regel te kiezen voor de algemene uitnodiging én daarnaast (een aantal) amici gericht te benaderen, teneinde te verzekeren dat inlichtingen worden verstrekt vanuit alle relevante belangposities. Dit komt ook tegemoet aan de vrees onder de amici dat individuen onvoldoende de gelegenheid krijgen te participeren en de vrees dat belangenorganisaties de amicus curiae procedure zullen domineren. Een van de amici vat dit volgens ons prima samen: “Open en gesloten hoeven elkaar niet uit te sluiten. Waarom niet allebei? Dan weet je zeker dat je niets mist en hoeft niemand zich gepasseerd te voelen.”

Als we nu per zaak kijken naar het uitnodigen van amici dan valt op dat procespartijen én amici van mening zijn dat in de Barneveldzaak amici zijn uitgenodigd inlichtingen te verstrekken die representatief zijn voor de belangen die in die zaak speelden. In de Barneveldzaak heeft het volgens de procespartijen en betrokken amici dus goed uitpakkt dat de Afdeling een aantal organisaties gericht heeft uitgenodigd. Door andere amici is echter wel kritiek geuit op deze keuze van de Afdeling. Zo stelt een van de amici dat de gang van zaken in de Barneveldzaak geen navolging verdient omdat ten onrechte niet anderen in de gelegenheid zijn gesteld als amicus op te treden. Over het niveau van de inlichtingen van de amici wordt door de procespartijen in de Barneveldzaak verschillend gedacht; een van de procespartijen is het eens met de stelling “het niveau van de inlichtingen van de amici was toereikend om de Afdeling goed te informeren over de vragen in mijn zaak”, terwijl een ander aangeeft het daarmee oneens te zijn. Wij vermoeden dat dit verschil van mening samenhangt met de eerdergenoemde verschillende verwachtingen van procespartijen bij de inzet van de amicus curiae.

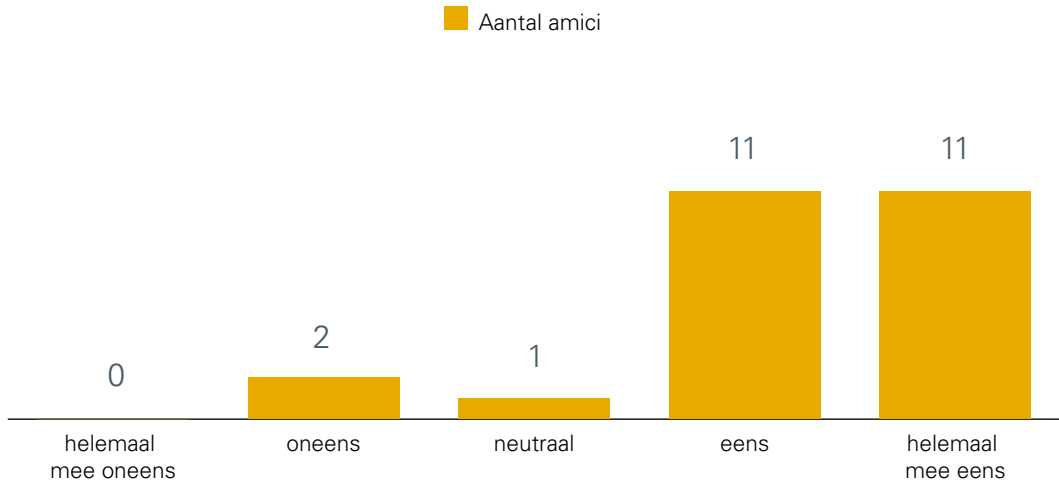
De vraagstelling aan amici verschilt in de drie zaken waarin tot nu toe de amicus curiae is ingezet. In de exceptieve toetsingszaak is de staatssecretaris geen specifieke vraag voorgelegd; in de waarschuwingszaak zijn aan de amici dezelfde vragen voorgelegd als aan de staatsraad A-G, terwijl in de Barneveldzaak specifieke vragen aan de amici zijn gesteld. De stellingen die wij hebben voorgelegd aan de amici hebben wij afgestemd op deze verschillende werkwijzen.

**19. Het was mij voldoende duidelijk wat van mij als amicus werd verwacht in de procedure waarin ik inlichtingen heb verstrekt.**



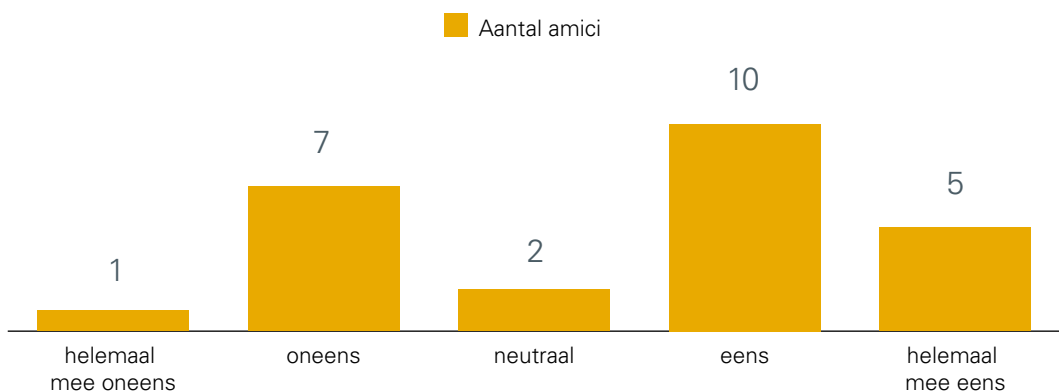
Voor de meeste amici (84%) was duidelijk wat werd verwacht door de Afdeling (figuur 19). Slechts 12% zegt het oneens te zijn met de stelling hierover. De amici die dit antwoord hebben gegeven zijn allen amici in de waarschuwingszaak.

**20. De door de ABRvS verstrekte informatie over de zaak en de in de zaak voorliggende vragen, waren voor mij voldoende duidelijk om inlichtingen te verstrekken.**



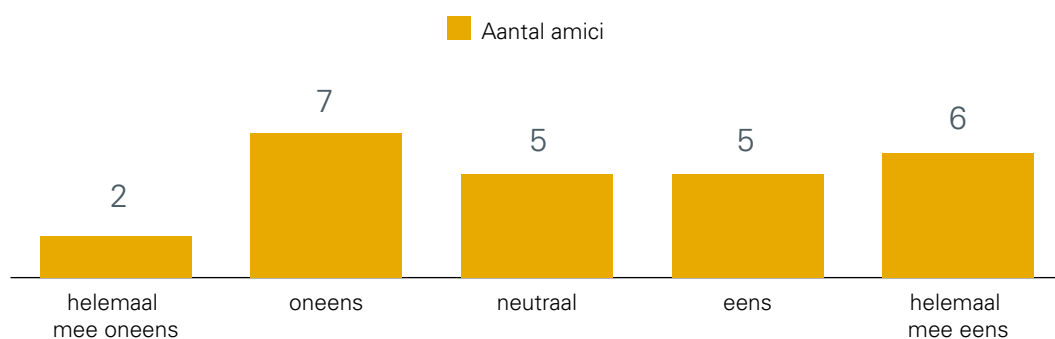
Eenzelfde beeld ontstaat over de stelling met betrekking tot de informatieverstrekking; 88% geeft aan voldoende informatie te hebben gekregen om de rol van amicus te kunnen vervullen, ten opzichte van 8% die aangeeft onvoldoende informatie te hebben gehad (figuur 20). De amici die laatstgenoemd antwoord gaven waren amici in de waarschuwingszaak. In de toelichting lezen wij dat in die zaak voornamelijk onduidelijk was hoe zou worden omgegaan met de verstrekte inlichtingen. Wij weten dit niet zeker, maar het lijkt alsof de onduidelijkheid samenhang met de procedure en niet zozeer met de vragen die aan de amici zijn voorgelegd. Dit wordt bevestigd door figuur 21 over de stelling “De Afdeling heeft mij vooraf voldoende op de hoogte gesteld van hoe zij gebruik zou maken van de door mij verstrekte inlichtingen”.

**21. De ABRvS heeft mij vooraf voldoende op de hoogte gesteld van hoe zij gebruik zou maken van de door mij verstrekte inlichtingen.**



Verder hebben wij de amici voorgelegd of in toekomstige gevallen de Afdeling gericht dient te vragen naar de gevolgen van verschillende mogelijke antwoorden op de rechtsvraag. Door een van de geïnterviewde rechters is dit geopperd (zie daarover hoofdstuk 4). De reacties van de amici op deze stelling variëren, sommigen zijn het hiermee eens (44%), terwijl anderen dit geen goede ontwikkeling vinden (36%); zie figuur 22.

**22. In toekomstige gevallen dient de ABRvS in de uitnodiging aan de amici niet te volstaan met het voorleggen van de te beantwoorden rechtsvraag, maar dient zij heel gericht te vragen naar de gevolgen van verschillende mogelijke antwoorden op die rechtsvraag.**

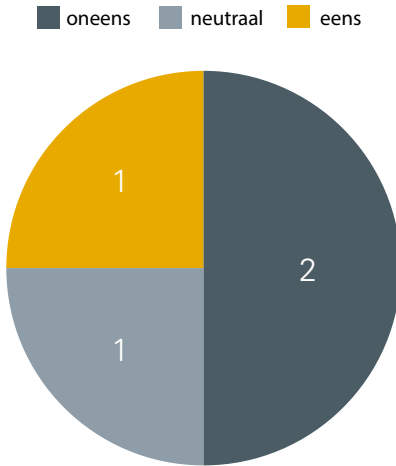


Hoe moet de Afdeling nu verder volgens de procespartijen en amici? Wat betreft de variant van de amicus curiae luidt het antwoord: kies in de regel voor een openbare consultatie én het gericht uitnodigen van een aantal amici. Dit zou volgens een van de amici eventueel kunnen, door te werken met een systeem van aanmeldingen; potentiële amici kunnen zich in dat geval aanmelden om als amicus inlichtingen te verstrekken en daarnaast kan een aantal amici gericht worden uitgenodigd. Bij het gericht uitnodigen van amici is belangrijk dat alle betrokken belangen zijn vertegenwoordigd, oftewel dat een representatieve samenstelling van amici inlichtingen verstrekt. Daarvoor geldt als voorwaarde dat de Afdeling kennis heeft van deze belangen. Indien en voor zover dat niet het geval is, zou wellicht ook hier een systeem van aanmeldingen een oplossing kunnen bieden. Wat betreft de voor te leggen vragen ontstaat het beeld dat specifieke vragen aan de amici de voorkeur verdienen boven meer algemene vragen zoals die aan de staatsraad A-G worden gesteld. Maar een sterke voorkeur voor specifieke vragen is uit de questionnaires niet af te leiden; de amici tonen zich flexibel op dit punt.

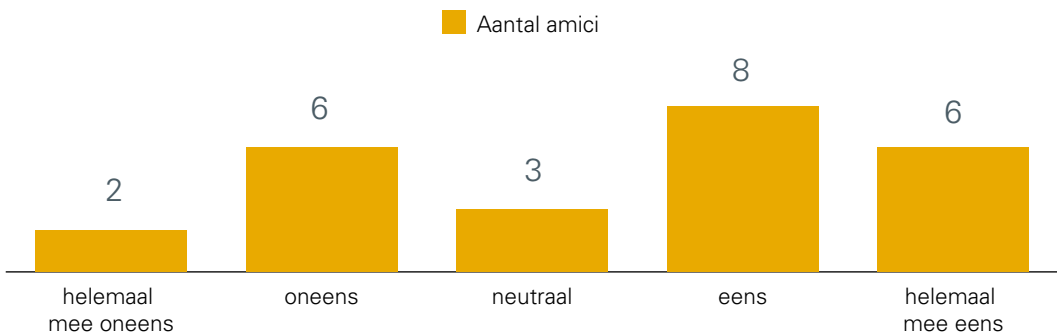
### 5.4.2 Openbaarheid van de reacties

Ook wat betreft de openbaarheid van de reacties heeft de Afdeling verschillende werkwijzen beproefd in de drie zaken. Temeer reden dus om bij de procespartijen en amici te peilen wat hun ervaringen zijn op dit punt.

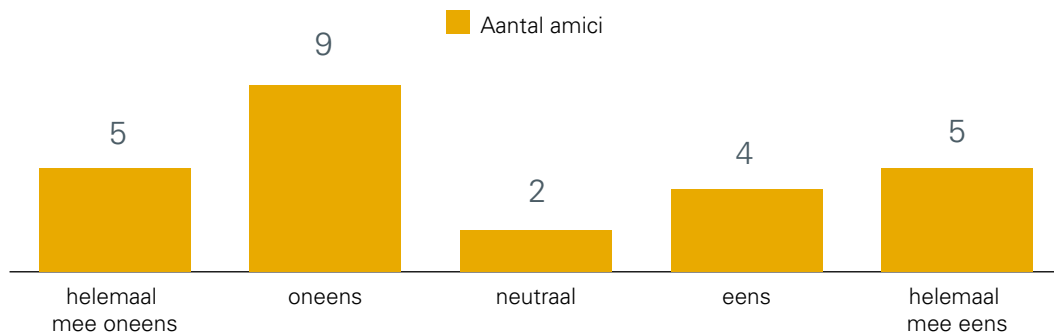
23. Alle inlichtingen van de amici moeten openbaar worden gemaakt op de website van de Raad van State.



24. Alle inlichtingen van de amici hadden in het geheel openbaar moeten worden gemaakt op de website van de Raad van State.



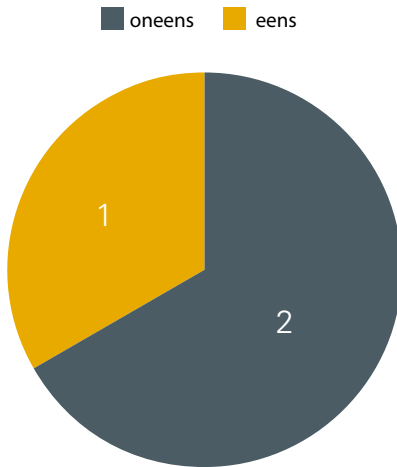
**25. De ABRvS moet de inlichtingen van amici volledig geheim houden en dus niet met naam noemen in de uitspraak.**



Twee van de vier procespartijen zijn kritisch op het openbaar maken van de inlichtingen op de website van de Raad van State; zij zijn het oneens met de stelling dat alle inlichtingen van de amici openbaar moeten worden gemaakt op de website van de Raad van State (figuur 23). In de toelichting is bijvoorbeeld te lezen dat wordt gevreesd dat bepaalde amici geen inlichtingen zullen verstrekken vanwege die openbaarheid, terwijl dat wel wenselijk is. Opvallend genoeg zijn de amici zelf (56%) wél in meerderheid van mening dat de inlichtingen geheel openbaar moeten worden gemaakt op de website (figuur 24). In de toelichtingen is bijvoorbeeld te lezen dat transparantie voorop moet staan en dat dit een middel is tegen lobbyisme (zie ook § 5.3.1). Ook wordt een ‘tussenvorm’ geopperd, te weten dat de inlichtingen op de website (geanonimiseerd) worden gepubliceerd en dat hiernaar wordt verwezen zonder het noemen van de naam van de amici in kwestie. Maar de meeste amici zijn van mening dat zoveel mogelijk transparantie moet bestaan ten aanzien van de afkomst van de inlichtingen. De meningen onder procespartijen lopen uiteen over de vraag of dit in de verschillende zaken voldoende is gebeurd.

Wij hebben ook inzicht willen krijgen in de wensen van procespartijen over de openbaarheid in toekomstige gevallen (figuur 26).

**26. Alleen de reacties van amici die transparant zijn geweest over het belang dat zij bij de uitspraak hebben, mogen door de ABRvS in haar oordeelsvorming worden betrokken.**



Opnieuw wordt hierbij door procespartijen benadrukt dat een representatieve samenstelling van amici van belang is; de openbaarheid van de inlichtingen is daaraan ondergeschikt. Dit betekent dat ook inlichtingen van amici die niet transparant zijn geweest over hun belang bij de uitspraak mogen worden betrokken, mits kan worden vastgesteld dat de Afdeling vanuit verschillende belangposities informatie verstrekt heeft gekregen.

Kortom, openbaarheid moet het uitgangspunt zijn bij het verstrekken van inlichtingen door amici. Dit heeft te maken met legitimiteit en het tegengaan van grensoverschrijdend lobbyisme. Maar die openbaarheid kan in gradaties: het (al dan niet geanonimiseerd) openbaar maken c.q. integraal publiceren van inlichtingen op de website van de Raad van State, het met naam noemen van de amici en hun inlichtingen in de uitspraak (Barneveldzaak) of het geanonimiseerd noemen van de inlichtingen in uitspraak (waarschuwingszaak). Uit de questionnaires leiden wij af dat een voorkeur bestaat voor de meest vergaande variant; het openbaar maken van de amicusbrieven op de website van de Raad van State. Dit is echter een lichte voorkeur, want tegelijkertijd bestaat vrees onder sommige procespartijen en amici dat waardevolle inlichtingen niet zullen worden verstrekt als de inlichtingen integraal worden gepubliceerd op de website. Wij schatten in dat het algehele gevoel is onder de procespartijen en amici dat zoveel mogelijk openbaar moet worden gemaakt, maar dat maatwerk belangrijk blijft. Als in een concreet geval een reële vrees bestaat dat relevante inlichtingen niet zullen worden verstrekt indien deze openbaar worden gemaakt en daarmee belangen worden geschaad die opwegen tegen het belang van integrale openbaarmaking, moet de mogelijkheid bestaan een minder vergaande variant van openbaarheid te kiezen.

### 5.4.3 De rol van de amicus en de rol van procespartijen ten opzichte van de amicus

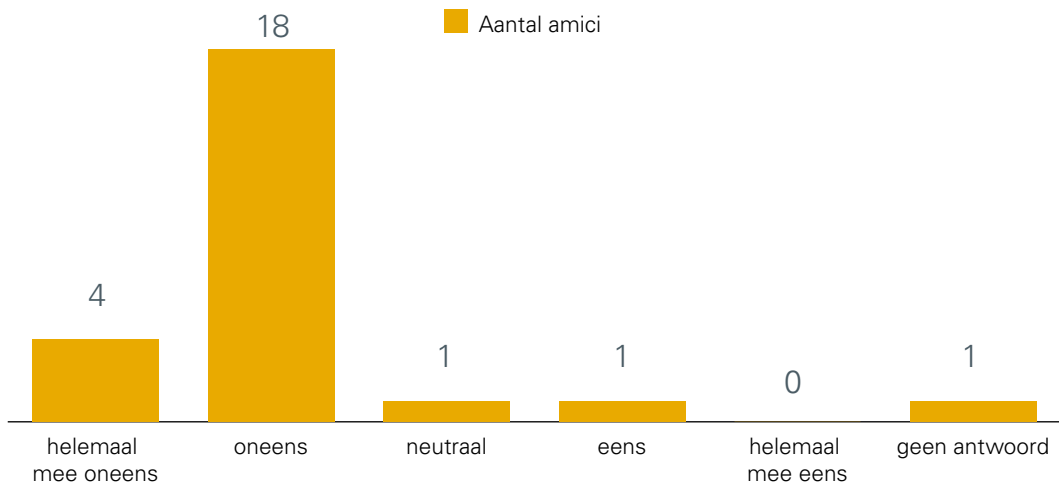
In dit deel van het onderzoek zijn wij geïnteresseerd in het gevoelen omtrent het al dan niet voorleggen van het voornemen van de Afdeling de amicus curiae in te zetten, het uitnodigen van de amici op zitting, de reactie van de amici op elkaars inlichtingen, de reactie van amici op de reactie van procespartijen en de in de verschillende zaken gegunde termijnen. Deze onderwerpen zullen wij hierna achtereenvolgens behandelen.

Alleen in de Barneveldzaak is aan procespartijen het voornemen voorgelegd de amicus curiae in te zetten. Dit wordt door deze procespartijen gewaardeerd; zij geven aan voldoende in de gelegenheid te zijn gesteld te reageren op het voornemen. Voorzichtig concluderen wij dat in volgende gevallen deze aanpak in zoverre navolging verdient. Ook wat betreft de mogelijkheid te reageren op de vragen die aan de amici werden voorgelegd, geven de procespartijen in de Barneveldzaak aan dit prettig te hebben gevonden. Zij zijn het eens met de stelling dat de Afdeling hen voldoende in de gelegenheid heeft gesteld te reageren op de vragen die aan de amici zijn gesteld én dat hun inbreng ook voldoende is meegenomen.

Bekend is dat de Afdeling verschillende werkwijzen heeft gehanteerd wat betreft het uitnodigen van de amici op zitting; in de exceptieve toetsingszaak is de staatssecretaris uitgenodigd op zitting, terwijl in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak de amici niet zijn uitgenodigd. Een van de procespartijen in de Barneveldzaak geeft aan het een gemis te vinden dat de amici niet zijn uitgenodigd op zitting. Twee van de procespartijen in de waarschuwingszaak en de Barneveldzaak zijn van mening dat de amici terecht niet zijn uitgenodigd en één geeft aan hier neutraal in te staan. Een van de procespartijen die aangeeft dat de amici niet behoefde te worden uitgenodigd op zitting, geeft aan dat als alle amici zouden zijn uitgenodigd en hun zegje mochten doen, het een chaos zou worden. Opvallend is dat door één procespartij wordt gezegd dat het te verdedigen is dat amici met een specifiek belang of deskundigheid wél worden uitgenodigd op zitting en daarbij dezelfde rechten krijgen als procespartijen. Dit is niet toegelicht. Wellicht dat de procespartij hier doelt op een situatie als in de exceptieve toetsingszaak. In elk geval wordt door de amici niet het gevoelen gedeeld dat zij de gelegenheid moeten krijgen op zitting te worden gehoord; veruit de meeste amici geven aan het (helemaal) oneens te zijn met de stelling “Ik had de door mij verstrekte inlichtingen graag toegelicht op zitting” (figuur 27).



## 27. Ik had de door mij verstrekte inlichtingen graag toegelicht op zitting.

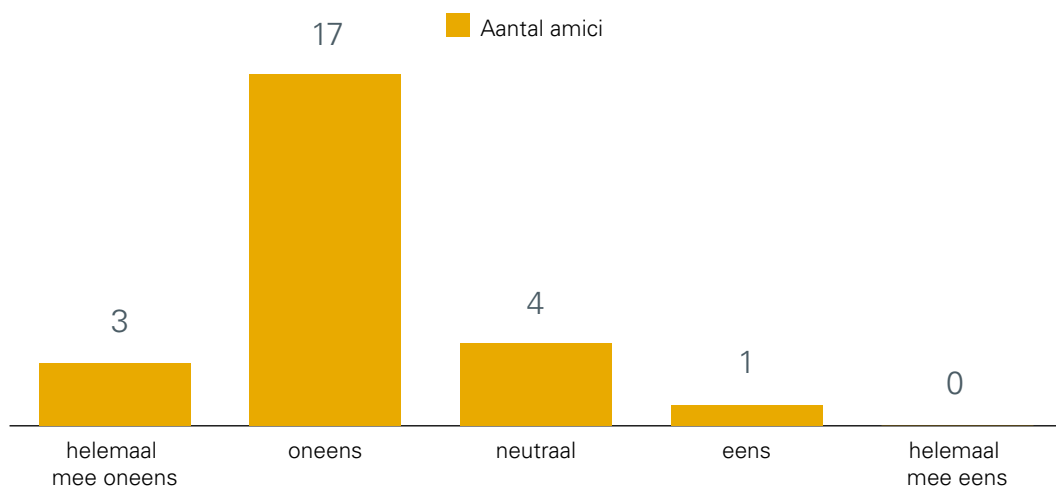


Een van de amici licht zijn antwoord aldus toe: “Voorkomen moet worden dat er een soort parallelle rechtszaak ontstaat.”

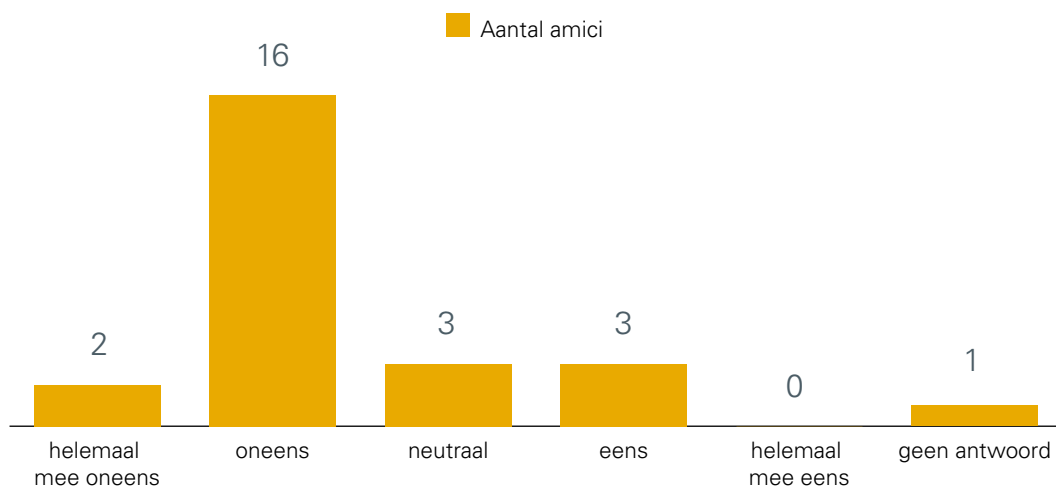
De reactiemogelijkheden op de verstrekte inlichtingen worden door de procespartijen voorts positief gewaardeerd. Zij zijn het allemaal eens met de stelling “Ik ben door de Afdeling voldoende in de gelegenheid gesteld om te reageren op de inlichtingen van de amici.” Interessant is daarbij te vermelden dat een van de procespartijen aangeeft dat het handig kan zijn als de procespartijen gelegenheid krijgen schriftelijk te reageren op de inlichtingen, nog voordat de zitting plaatsvindt. Dit voorkomt dat op zitting allerlei nieuwe dingen de revue passeren. Een dergelijke gelegenheid is volgens deze procespartij echter niet nodig als procespartijen de gelegenheid krijgen te reageren op de conclusie. In dat geval kan het tijd efficiënter zijn geen schriftelijke ronde in te lassen. Geen van de procespartijen geeft verder aan het moeilijk te hebben gevonden te reageren op de inlichtingen van de amici vanwege de specifieke deskundigheid die hiervoor nodig is. Dit zal, zo vermoeden wij, te maken hebben met de procesvertegenwoordigers in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak. De antwoorden van de procespartijen wijken af ten aanzien van de stelling “Ik vind het een gemis dat de amici niet in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op mijn reactie op hun inlichtingen.” Drie van de vier procespartijen geven aan het helemaal oneens te zijn met deze stelling, terwijl één procespartij aangeeft het hiermee eens te zijn. Degenen die het helemaal oneens zijn met de stelling geven bijvoorbeeld aan dat het te ver gaat om de amici te laten reageren op hun reactie; “de discussie moet op een gegeven moment ophouden. Procespartijen moeten als laatste een reactie geven richting de Afdeling. Het is uiteindelijk hun zaak.”

Aan de amici is een aantal stellingen voorgelegd in het verlengde van hetgeen hiervoor is besproken. De resultaten zijn in figuren 28 en 29 verwerkt.

**28. Ik had graag willen reageren op de inlichtingen van de andere amici.**



**29. Ik had graag willen reageren op de reactie van procespartijen op mijn inlichtingen.**



Deze resultaten leren dat de meeste amici geen behoefte hebben aan een nadere reactiemogelijkheid. Voor de animo onder de amici om 'mee te doen' lijkt dan ook niet noodzakelijk dat de amicus meer ruimte wordt gegeven te participeren in de procedure.

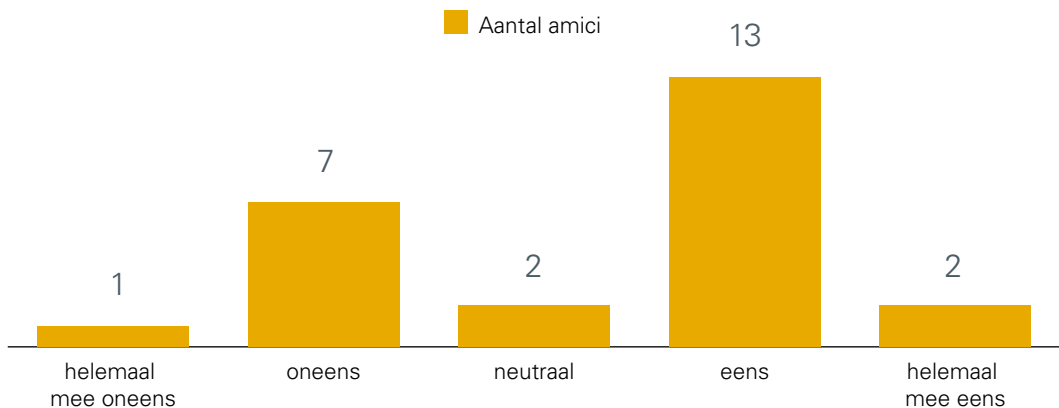
Als we nu de balans opmaken, is onze conclusie dat vanuit de procespartijen en amici bezien de door de Afdeling gekozen werkwijzen over het algemeen positief worden gewaardeerd. Een lichte voorkeur is te bespeuren voor de werkwijze in de Barneveldzaak, dat wil zeggen dat procespartijen de gelegenheid wordt geboden te reageren op het voornemen en de aan de amici voor te leggen vragen.

Verder constateren wij dat onder de meeste procespartijen en veruit de meeste amici geen behoefte bestaat aan een verdergaande vorm van participatie van de amici, in die zin dat zij op zitting worden uitgenodigd en/of de gelegenheid krijgen te reageren op elkaars inlichtingen en/of de reacties van de procespartijen op hun inlichtingen. Wat betreft de gehanteerde termijnen verwijzen wij terug naar § 5.3.2 over de doorlooptijden.

## 5.5 Juridische grondslag van de amicus curiae

Tot slot hebben wij de procespartijen en amici stellingen voorgelegd over de juridische grondslag van de amicus curiae. Specifiek hebben wij hen de stelling voorgelegd “De inzet van de amicus curiae moet expliciet worden geregeld in de wet, in de procesregeling of in een combinatie van beide.” De procespartijen zijn verdeeld; twee zijn het eens met de stelling en twee zijn het oneens met de stelling. Onder de amici heerst eenzelfde soort verdeeldheid. Een percentage van 60% is het eens met de stelling, terwijl een percentage van 32% het hiermee oneens is. Deze resultaten zijn in figuur 30 weergegeven.

### 30. De inzet van de amicus curiae moet expliciet worden geregeld in de wet, in de procesregeling of in een combinatie van beide.



Gelet op de hiervoor besproken verbeterpunten in de bekendheid van procespartijen en amici met het instrument van de amicus curiae (i.h.b. § 5.2.2), zou wellicht een en ander in het Procesreglement kunnen worden geregeld. Tegelijkertijd denken wij dat al veel winst is te behalen door meer uitleg te geven vooraf in de vorm van brieven en achteraf door explicietere verantwoording af te leggen in de uitspraak. Het voordeel hiervan is dat dit direct in de praktijk kan worden gebracht, zonder dat een wijziging van het Procesreglement of de Awb hoeft te worden afgewacht. Dat betekent overigens niet dat een regeling in dit reglement of de Awb niet (andere) voordelen kan hebben.

## 5.6 Conclusie

Aan het einde van dit hoofdstuk is het gepast het doel hiervan te herhalen: de inzet van de amicus curiae te evalueren vanuit het perspectief van de procespartijen en amici. Die evaluatie ziet enerzijds op de materiële werking van de amicus curiae (paragrafen 5.2 en 5.3) en anderzijds op de processuele inbedding van de amicus curiae (§ 5.4). Dit doel hebben wij slechts gedeeltelijk kunnen bereiken gelet op het percentage procespartijen en amici die de questionnaire hebben ingevuld van beide ongeveer 80% en in aanmerking genomen dat slechts questionnaires zijn verspreid onder de procespartijen en amici in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak.<sup>122</sup> Met gepaste terughoudendheid hebben wij dan ook in dit hoofdstuk de resultaten gepresenteerd van de questionnaires. Dit laat evenwel onverlet dat we enkele conclusies kunnen trekken op basis van de questionnaires en verschillende suggesties kunnen doen voor volgende zaken waarin de amicus curiae door de Afdeling wordt ingezet. Wij zullen hierna slechts de belangrijkste conclusies en suggesties noemen.

De materiële werking van de amicus curiae hebben wij gemeten onder de procespartijen en amici door stellingen voor te leggen met een algemeen karakter en door stellingen voor te leggen over de concrete inzet van de amicus curiae in hun zaak. Dit hebben wij zowel gedaan voor de stellingen over het effect van de amicus curiae op de uitspraak als over het effect op de legitimiteit van die uitspraak. Op basis hiervan constateren wij dat de procespartijen en amici positief zijn over de inzet van de amicus curiae in het algemeen én in hun zaak in het bijzonder, maar dat de Afdeling méér kan doen om aan hen te laten zien welk effect de amicus curiae heeft gehad. De resultaten van de questionnaires laten namelijk ook zien dat de procespartijen en amici niet duidelijk in de uitspraak van de Afdeling hebben kunnen terugzien of en zo ja, welk effect de inlichtingen op de uitspraak hebben gehad. De conclusie van de staatsraad A-G in de waarschuwingszaak heeft die duidelijkheid slechts gedeeltelijk kunnen geven; de procespartijen én amici blijven geïnteresseerd in wat de Afdeling *zelf* vindt. Verder constateren wij dat op basis van de resultaten van de questionnaires niet de conclusie is te trekken dat de amicus curiae de legitimiteit van de uitspraak versterkt. Wél zijn wij op basis hiervan licht optimistisch over de relatie tussen de inzet van de amicus curiae en de legitimiteit, in die zin dat een aantal procespartijen en amici aangeven dat de amicus curiae ervoor zorgt dat meer participatie kan plaatsvinden in het proces van rechtsvorming door de Afdeling én dat dit proces transparanter wordt hierdoor. Simpel gezegd, men heeft het gevoel ‘mee te kunnen doen’ en meer zicht te hebben op wat er gebeurt bij de Afdeling.

Over de materiële bijwerkingen van de inzet van de amicus curiae hebben wij de procespartijen en amici bevroegd door stellingen voor te leggen over lobbyisme en de doorlooptijden. Een opvallend eerste resultaat is dat een van de procespartijen aangeeft lobbyisme te hebben ervaren en zelfs in die mate dat dit in de weg stond aan een uitspraak door de Afdeling op basis van onafhankelijke en objectieve feiten. Wij vermoeden dat dit samenhangt met verwachtingen van de figuur van de amicus curiae die niet kloppen; de procespartij verwachtte inlichtingen door deskundigen vanuit een zekere onafhankelijkheid

---

<sup>122</sup> Zie hierover § 1.5.

en objectiviteit, zoals bijvoorbeeld gebruikelijk bij de inschakeling van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak door de Afdeling, maar werd geconfronteerd met inlichtingen die in zekere zin gekleurd waren omdat zij zijn gegeven vanuit een bepaalde belangpositie. Een tweede resultaat is dat door de procespartijen en amici verschillende suggesties en ideeën aan de hand worden gedaan om lobbyisme tegen te gaan. Wij herhalen deze hier kort: laat als Afdeling zien wat je met de inlichtingen doet in je uitspraak (zie ook hiervoor), zorg voor een representatieve samenstelling van amici, combineer in voorkomende gevallen de inzet van de amicus curiae met het vragen van een conclusie aan de staatsraad A-G én zorg voor een transparant proces door naar buiten te brengen wie de amici zijn. Voorts constateren wij tevredenheid onder de procespartijen en amici ten aanzien van de doorlooptijden. De procespartijen geven in meerderheid aan dat de verlenging van de procedure niet aanzienlijk was en opweegt tegen de voordelen van de inzet van de amicus curiae, terwijl de amici in grote meerderheid tevreden zijn met de aan hen gegunde termijn van vier weken voor het verstrekken van inlichtingen.

Voorts hebben wij gekeken naar de opvattingen onder de procespartijen en amici over de processuele inbedding. De resultaten van de questionnaires over het uitnodigingsbeleid leren dat een voorkeur lijkt te bestaan voor een combinatie van openbare consultatie, zoals in de waarschuwingszaak, en het versturen van gerichte uitnodigingen, zoals in de Barneveldzaak. Met deze aanpak zou zowel participatie (zie hiervoor) als representatie en transparantie (zie hiervoor) zijn gediend. Een suggestie die in dit verband door een van de amici is gedaan, is te werken met een systeem van aanmeldingen: eenieder wordt in de gelegenheid gesteld zich als amicus te melden en een deel daarvan wordt gericht uitgenodigd als amicus inlichtingen te verstrekken. Maar de interviews hebben ons geleerd, dat de staatsraden hier niet positief tegenover staan. Ten aanzien van de vorm waarin vragen aan de amici wordt voorgelegd bestaat voorts geen sterke voorkeur onder de procespartijen en amici; een lichte voorkeur lijkt te bespeuren naar zo concreet mogelijke vragen, maar dit hoeven niet per se andere vragen te zijn dan die aan de staatsraad A-G worden gesteld.

De procespartijen en amici hebben ook geen sterke voorkeur voor de wijze waarop de inlichtingen openbaar worden gemaakt, maar zij zijn wel eensgezind dat openbaarheid het uitgangspunt moet zijn. Zij merken bijvoorbeeld enerzijds op te vrezen dat als de inlichtingen openbaar worden gemaakt, niet alle relevante inlichtingen zullen worden verstrekt en anderzijds dat openbaarmaking kan bijdragen aan het hanteerbaar maken van lobbyisme.

Over de rol van de amicus en de rol van de procespartijen ten opzichte van de amicus kunnen we kort zijn: zowel de procespartijen als de amici zijn grotendeels tevreden met de werkwijze van de Afdeling in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak. Een lichte voorkeur lijkt te bestaan voor de aanpak in laatstgenoemde zaak. Verder bestaat geen behoefte onder de meeste amici méér betrokken te worden in de procedure dan nu het geval is geweest, daarmee zien wij bevestigd dat de positie van een amicus duidelijk verschilt van die van een procespartij.

Tot slot de juridische grondslag van de *amicus curiae*. Procespartijen en amici lijken wettelijke verankering geen halszaak te vinden, maar het kan ook geen kwaad. De in dit hoofdstuk op basis van de questionnaires geformuleerde verbeterpunten vragen daar ook niet per se om. Denkbaar is dat een regeling in het Procesreglement een bijdrage kan leveren aan die verbeterpunten, maar deze zullen voornamelijk afhangen van de communicatie van de Afdeling in een concrete zaak.

Conclusie

6





## 6.1 Inleiding

In dit onderzoek zijn wij op zoek gegaan naar een antwoord op een tweetal onderzoeksvragen. De eerste onderzoeksvraag ziet op de materiële werking van de figuur van de amicus curiae en luidt: “Heeft de inzet van de figuur van de amicus curiae beantwoord aan de doelstelling die de Afdeling ermee voor ogen had en in hoeverre hebben zich de vooraf gevreesde negatieve bijwerkingen geopenbaard?”

De tweede onderzoeksvraag gaat over een heel ander aspect en heeft te maken met de wijze waarop de figuur van de amicus curiae processueel wordt vormgegeven: “Op welke wijze is de figuur ingebed in de procedure voor de Afdeling, welke knelpunten doen zich daarbij voor en is een (wettelijke) regeling van amicus curiae nodig?”

In dit hoofdstuk proberen wij op basis van de literatuurstudie, het dossieronderzoek, de interviews en questionnaires tot een beantwoording van die vragen te komen. Daarbij past wel de nodige voorzichtigheid en een grote mate van terughoudendheid. We zijn gevraagd dit onderzoek uit te voeren naar aanleiding van een experiment dat de Afdeling in een drietal zaken heeft uitgevoerd met de amicus curiae. De eerste ervaringen zijn dus niet erg talrijk en dat betekent ook dat we in het bijzonder waar het gaat om de vraag of de figuur aan de vooraf gestelde verwachtingen voldoet en in hoeverre zich de vooraf gevreesde negatieve bijwerkingen hebben voorgedaan, nog niet zoveel kunnen zeggen. Waar we met meer zekerheid iets over kunnen zeggen, is welke knelpunten zich hebben voorgedaan rond de inbedding van de figuur van de amicus curiae in de procedure voor de Afdeling en op welke wijze die het hoofd kunnen worden geboden, indien wordt besloten voort te gaan met de inzet van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling.

## 6.2 Het antwoord op de eerste onderzoeksvraag

Om überhaupt iets te kunnen zeggen over de vraag of de figuur van de amicus curiae heeft beantwoord aan de vooraf gestelde doelen, is het allereerst van belang vast te stellen wat die doelen dan precies zijn. Het uitgangspunt is dat de amicus curiae een instrument vormt dat behulpzaam kan zijn bij de uitoefening van de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Rechters doen met hun uitspraken vaak meer dan het beslechten van het aan hen voorgelegde geschil; de betekenis van hun uitspraak stijgt dan uit boven het individuele geval. Dat geldt ook en vooral voor de hoogste algemene bestuursrechter, de Afdeling: zij geeft dan met haar uitspraken mede richting aan de samenleving. Dat roept andersom wel de vraag op hoe de samenleving bij dat proces van rechtsvorming kan worden betrokken. Bij de totstandkoming van wetgeving is het inmiddels heel gebruikelijk dat burgers, bedrijven en maatschappelijke organisaties, hetzij door middel van een gerichte uitnodiging, hetzij door middel van een internetconsultatie, kennis kunnen nemen van conceptwetsvoorstellen en hun ideeën hierover kenbaar kunnen maken.<sup>123</sup> Rechters daarentegen lijken het als ze aan rechtsvorming doen nog vooral van hun intuïtie te

<sup>123</sup> Zie verder Zijlstra e.a. 2012, p. 280 e.v.

moeten hebben. De *amicus curiae* echter is een instrument voor de rechter dat vergelijkbaar is met de consultatie bij wetgeving. Het doel is de kwaliteit van het proces van rechtsvorming te vergroten door informatievergaring omtrent de macrogevolgen van de beslissing, maar ook om bij te dragen aan de legitimiteit van de beslissing door participatie, representatie en transparantie.

Heeft de inzet van de *amicus curiae* in de procedures die voorwerp waren van dit onderzoek nu aan deze tweeledige doelstelling beantwoord? Op dit punt past ons terughoudendheid, omdat wij daarover op basis van het drietal zaken waarin het instrument is toegepast maar in heel geringe mate uitspraken kunnen doen. Bovendien valt op basis van dossieronderzoek en interviews nog wel iets te zeggen over de doorwerking van de inbreng van de amici in de uiteindelijke oordeelsvorming door de rechter in de betreffende drie zaken, maar over de bijdrage aan de legitimiteit van het uiteindelijk rechterlijk oordeel valt op basis van dit onderzoek maar heel moeilijk iets te zeggen. Wat overigens wel opvalt is dat in de doctrine op de inzet van het instrument an sich niet of nauwelijks kritiek van betekenis wordt geleverd. Wel heeft bijvoorbeeld Schlössels zorgen geuit over de mogelijk negatieve bijwerking van juridisch lobbyisme en roept hij op tot voorzichtigheid, maar hij lijkt daarmee de inzet van het instrument niet principieel van de hand te wijzen.<sup>124</sup> De Moor-van Vugt stelt dat rechtspraak legitimiteit vindt in de wijze waarop de rechter is geïnstitutionaliseerd – en wijst in zoverre het doel van het vergroten van de legitimiteit van de hand –, maar lijkt ook niet te ontkennen dat de *amicus curiae* een nuttig instrument voor rechters vormt om te worden geïnformeerd over de macrogevolgen van de uitspraak.<sup>125</sup> Kritisch over de inzet van het instrument is De Groot in zijn annotatie bij de Barneveldzaak.<sup>126</sup> Naar zijn oordeel boden de wet en parlementaire geschiedenis de Afdeling geen keuzeruimte, waardoor consultatie van amici naar zijn oordeel weinig zinvol was. Wat hier ook van zij, deze kritiek betreft uitsluitend de keuze voor het instrument in concreet deze zaak en niet de vraag of het instrument behulpzaam kan zijn bij de uitoefening van de rechtsvormende taak van de rechter in die gevallen waarin de rechter moet ‘kiezen’ voor de ene of de andere beslissing. De auteurs die zich over die laatste vraag wel hebben uitgelaten, doen dat allen in positieve zin.<sup>127</sup> Dat beeld correspondeert met het beeld dat volgt uit de interviews met de betrokken staatsraden en staatsraad A-G. Eén staatsraad twijfelde expliciet aan het nut van het instrument; betrokkene had niets nieuws gehoord, maar wel tijd en energie verspild aan de bestudering van de amicusbrieven. De andere staatsraden waren echter allen positief over de inzet van de *amicus curiae* in hun zaak. Ook correspondeert het met de resultaten van de questionnaires; een grote meerderheid van de procespartijen en amici waardeert de inzet van de *amicus curiae* positief.

---

<sup>124</sup> Schlössels 2017, p. 25.

<sup>125</sup> De Moor-van Vugt 2017, p. 32.

<sup>126</sup> Annotatie J.F. de Groot bij ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903, *TBR* 2018/80.

<sup>127</sup> Huisman en Van der Veen 2018, p. 91 e.v.; Giesen en Ortlep 2017, par. 2.3.; Schuurmans en Stolk 2017, p. 11 e.v.; De Poorter 2015, p. 41. e.v.; Scheltema 2015, p. 811; Barkhuysen 2014,;

Over nut en noodzaak van de inzet van de *amicus curiae* ter ondersteuning van de rechtsvormende taak van de rechter kunnen wij in algemene zin op basis van dit onderzoek niet veel meer zeggen dan dat de literatuurstudie, de interviews en de questionnaires een overwegend positief beeld vertonen. Over de vraag met welk doel de *amicus curiae* in de drie zaken is ingezet en of deze inzet aan die doelen heeft beantwoord valt meer te zeggen. In dat verband moet allereerst worden opgemerkt dat het doel van de inschakeling van de *amicus* in elk van de zaken een iets andere lijkt, dat wil zeggen dat de soort informatie waar de Afdeling naar op zoek lijkt niet telkens dezelfde is. In de waarschuwingszaak lijkt de Afdeling bijvoorbeeld vooral op zoek naar informatie over wat haar beslissing over de waarschuwing in de arbeidsomstandighedenregelgeving betekent voor andere, min of meer vergelijkbare gevallen – andere soorten waarschuwingen en op waarschuwingen lijkende rechtsfiguren. Met andere woorden, het leek er de Afdeling vooral om te doen de juridische context van het probleem in kaart te brengen.

In de Barneveldzaak daarentegen lijkt de Afdeling primair naar iets anders op zoek te zijn geweest. Daar ging het vooral om de buiten het recht gelegen gevolgen die haar beslissing heeft. Anders gezegd: wat richt ik aan in de grondexploitatiepraktijk als ik het een of het ander doe? Uit de interviews komt naar voren dat de *amicus curiae* ook is ingezet om belangrijke stakeholders te laten participeren in een zaak waarin een voor hen belangrijke rechtsvraag ter beantwoording voorlag. Het was de Afdeling dus primair te doen om de *behavioural consequences* van de uitspraak en secundair om de legitimiteit van de uitspraak te versterken onder degenen die met de macrogevolgen van de uitspraak zouden worden geconfronteerd.

In de exceptieve toetsingszaak vervolgens lijkt het doel van de inschakeling van de staatssecretaris weer een andere te zijn. We hebben hier te maken met een ietwat atypische toepassing van de *amicus curiae*. Of beter gezegd: fungeerde de staatssecretaris als *amicus* of had hij een andere rol? In een procedure tussen een burger en een gemeente wordt de staatssecretaris om een reactie gevraagd omdat zijn regeling – de Revi – ter exceptieve toetsing voorligt. De staatssecretaris treedt hier veeleer op – zo is onze indruk en zo blijkt ook uit de interviews – als een pseudo-verweerder dan als echte *amicus*. De *amicus curiae* vormde de rechtsfiguur waarmee de verdedigingsrechten van de regelgever gestalte konden krijgen. Zijn positie in de procedure is ook een andere dan de *amici* in de waarschuwingszaak en Barneveldzaak: hij was op zitting aanwezig en is daar ook in de gelegenheid gesteld het woord te voeren. Wel gaven de betrokken staatsraden aan dat het doel van het uitnodigen van de regelgever mede was om informatie te krijgen over de achtergrond en het doel van de Revi. Het doel om de *amicus curiae* in deze zaak in te zetten, was dus niet uitsluitend het bieden van een gelegenheid aan de regelgever om de regeling te verdedigen. Over de doorwerking van de door de staatssecretaris verschafte informatie in de uitspraak valt bovendien op dit moment nog niet zoveel te zeggen, nu de Afdeling ten tijde van dit schrijven in die zaak nog geen uitspraak heeft gedaan.<sup>128</sup> Uit de interviews ontstaat een gemengd beeld, nu een van de staatsraden aangaf dat de door de regelgever verstrekte informatie weinig nieuws heeft opgeleverd. Een andere staatsraad gaf aan dat het nuttig is geweest de regelgever op zitting uit te nodigen, nu daarmee aanvullende informatie ten opzichte van de *amicus*brief aan het licht kwam.

---

<sup>128</sup> Zie hierover § 1.5.

Hebben de amicusbrieven in de andere twee zaken, de waarschuwingszaak en de Barneveldzaak, daadwerkelijk bijgedragen aan de rechtsvorming door de Afdeling? Uit de bestudering van de dossierstukken en de uitspraak in de Barneveldzaak lijkt een beeld te ontstaan dat de inlichtingen van de amici in die zaak inderdaad van betekenis zijn geweest voor de Afdeling. Op de zitting hebben de amicusbrieven duidelijk een rol gespeeld. Uit het procesverbaal van de zitting valt op te maken dat aan partijen vragen zijn gesteld naar aanleiding van de amicusbrieven. Zo is bijvoorbeeld gevraagd of het klopt dat een keuze voor de werkelijke kostenbenadering marktspeculaties in de hand werkt. In de uitspraak van de Afdeling wordt vervolgens heel uitvoerig ingegaan op de inlichtingen van de amici en wordt de beslissing expliciet gemotiveerd door de verschillende standpunten in de amicusbrieven met elkaar te confronteren.<sup>129</sup> In de interviews wordt dit beeld bevestigd. De betrokken rechters gaven aan dat de inbreng van de amici waardevol is geweest. Volgens de staatsraden heeft de inzet van de amicus curiae geleid tot een goed beeld van de praktijk van grondexploitatie en de visie van de amici op het wettelijk systeem. Een van de staatsraden gaf expliciet aan dat de amicusbrieven van invloed zijn geweest op de uitkomst in de uitspraak. Kortom, de inzet van de amicus curiae lijkt daadwerkelijk te hebben bijgedragen aan het verkrijgen van inzicht in de *judicial consequences* van de uitspraak en daarmee aan de rechtsvorming door de Afdeling. In de waarschuwingszaak is op basis van de uitspraak van de Afdeling minder goed vaststelbaar wat de waarde van de inlichtingen van de amici is geweest. De Afdeling zegt namelijk niets over de verkregen inlichtingen. Uit het dossier leiden we af dat op de zitting door de Afdeling nauwelijks vragen zijn gesteld die betrekking hebben op de inlichtingen van de amici. Het is opvallend dat de staatsraad A-G juist wél een drietal vragen heeft gesteld onder expliciete verwijzing naar de inlichtingen van de amici, namelijk over tussentijdse maatregelen, het diffamerend karakter van de waarschuwing en de uitstralende werking van de waarschuwing (vlekwerking genoemd). In de conclusie wordt ook expliciet ingegaan op de verstrekte inlichtingen. Uit de interviews ontstaat een wisselend beeld. Eén staatsraad was weinig enthousiast: het had niets opgeleverd wat niet al bekend was en daar stond tegenover dat de inschakeling van de amici wel tijd en energie had gekost. Twee andere staatsraden daarentegen waren aanmerkelijk positiever. De een achtte het nadrukkelijk van belang dat de samenleving gelegenheid was geboden mee te denken al had dat niet onmiddellijk nieuwe inzichten opgeleverd. De ander was juist te spreken over de verstrekte informatie en had de inlichtingen waardevol gevonden. Uit de interviews ontstaat het beeld dat de waarde van de amicus curiae in deze zaak met name besloten ligt in het (beter) zicht verkrijgen op het brede palet aan bestuurlijke waarschuwingen en aanverwante rechtsfiguren dat door de amicusbrieven is ontstaan. De inzet van de amicus curiae lijkt daarmee te hebben beantwoord aan het verkrijgen van inzicht in de *judicial consequences* van de uitspraak.

Wat betreft de doelen waarvoor de amicus curiae kan worden ingezet, merken wij nog op dat in de interviews door verschillende staatsraden naar voren is gebracht dat de amicus curiae aan bepaalde grenzen is gebonden. Zo gaf een staatsraad aan dat in politiek of maatschappelijk zeer gevoelige zaken de inzet van de amicus curiae minder voor de hand ligt, omdat dit de bestuursrechter in een ongemakkelijke positie kan brengen. Een andere staatsraad bracht naar voren dat de amicus curiae zeer selectief moet worden ingezet om – wat wij maar noemen – ‘reactie-moeheid’ te voorkomen.

---

<sup>129</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:903, rechtsoverwegingen 9, 10 en 11.

Concluderend lijkt vooralsnog te kunnen worden gezegd dat over het nut en de noodzaak van de inzet van de *amicus curiae* in het kader van de rechterlijke rechtsvorming over het algemeen positief wordt geoordeeld, het instrument in zowel de Barneveldzaak als de waarschuwingszaak heeft beantwoord aan de doelen waarvoor het is ingezet en dat de *amicus*brieven bij de Barneveldzaak van invloed zijn geweest op de uitkomst van de uitspraak.

Een ander punt waaraan wij aandacht hebben besteed is de (veronderstelde) relatie tussen de (inzet van de) *amicus curiae* en legitimiteit in de zin van participatie, representatie en transparantie. Hoewel wij ook ten aanzien van dit onderwerp met enige terughoudendheid conclusies trekken, zijn er wel enkele resultaten te presenteren. De resultaten van de questionnaires bieden daarvoor de beste basis. Daaruit blijkt dat de inzet van de *amicus curiae* door de procespartijen én amici in het algemeen (zeer) positief wordt gewaardeerd. Zo blijkt dat alle procespartijen zich achter deze ontwikkeling in de praktijk van de Afdeling scharen én het goed vinden dat in hun zaak is gekozen voor de inzet van de *amicus curiae*. Verdeeldheid bestaat onder de procespartijen en amici over het effect op de legitimiteit in de zin van (maatschappelijke) acceptatie van de uitspraak. Het algemene gevoelens lijkt dat de *amicus curiae* de legitimiteit versterkt doordat hiermee mogelijk wordt dat met de Afdeling wordt 'meegedacht' (participatie) en dat de transparantie van het proces van rechtsvorming door de Afdeling verbetert, mits althans de inzet van de *amicus curiae* wordt gemotiveerd in de uitspraak en hierin tevens wordt aangegeven *wie* inlichtingen hebben verstrekt en welke rol de inlichtingen hebben gespeeld in de oordeelsvorming. Zo bezien lijkt de relatie tussen de *amicus curiae* en legitimiteit in elk geval gelegen in (meer) participatie en transparantie. De Afdeling dient zich daarvan bewust te zijn en hierop voort te bouwen. Dit heeft onder andere consequenties voor de processuele inbedding, daarover komen we hierna nog te spreken. Representatie als derde element, lijkt een voorwaarde voor participatie en transparantie. Een voorwaarde waaraan in de concrete zaken waarin de *amicus curiae* is ingezet nog niet (volledig) lijkt te zijn voldaan. Hierop komen we hierna nog terug.

Dan de mogelijke bijwerkingen, te weten het gevaar van lobbyisme, een verhoging van de werklust en verlenging van de doorlooptijden. Over de werklust kunnen wij kort zijn. Uit het dossieronderzoek hebben wij onvoldoende informatie kunnen distilleren om te kunnen aangeven of de inzet van de *amicus curiae* heeft geleid tot een hogere werklust, anders dan dat de *amicus*brieven nu moesten worden doorgenomen. Immers, ook zonder de inlichtingen zou de Afdeling de opgeworpen rechtsvragen hebben moeten beantwoorden; hoeveel tijd dit zou hebben gekost zonder de inzet van de *amicus curiae* is niet te achterhalen. Dat laat onverlet dat wij constateren dat de door sommigen geuite vrees dat de inzet van het instrument via een openbare internetconsultatie tot een stortvloed aan nutteloze reacties zou leiden, zich in de waarschuwingszaak niet heeft gemanifesteerd. Eenzelfde korte conclusie hebben wij voor het onderwerp van de doorlooptijden; vanzelfsprekend zijn deze opgelopen door de inzet van de *amicus curiae*, al was het maar door de termijnen die eerst aan amici en vervolgens de procespartijen zijn gegund om respectievelijk inlichtingen te verstrekken en te reageren. Maar deze verlenging wordt door de meeste staatsraden en de procespartijen niet negatief gewaardeerd, zo blijkt uit de interviews en questionnaires.

Over lobbyisme, dat wij in hoofdstuk 2 hebben geponeerd als de belangrijkste mogelijke bijwerking van de inzet van de amicus curiae, valt meer te zeggen. Uit het dossieronderzoek komt naar voren dat lobbyisme zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Tegelijkertijd valt op dat sommige amicusbrieven een louter informatief karakter hadden en dat het in de amicusbrief bepleitte standpunt niet altijd correspondeerde met wat op voorhand van de betreffende amicus mocht worden verwacht. Zo bepleitten amici met een achtergrond in de advocatuur in de waarschuwingszaak niet altijd voor meer rechtsbescherming. In de Barneveldzaak gaf de NVB te kennen een taxatiebenadering voor te staan, terwijl op voorhand mocht worden verwacht dat een werkelijke kostenbenadering zou worden bepleit. In de interviews hebben ook de staatsraden aangegeven lobbyisme te hebben vernomen. Vrijwel alle staatsraden gaven echter aan dat het gaat om een bijwerking die goed te hanteren is door middel van een kritische rechterlijke houding ten opzichte van de door de amici verstrekte informatie en een prudente processuele inbedding. Die inbedding moet erop toegespitst zijn dat de belangen die de amici vertegenwoordigen aan het licht komen en dat de invloed van de amici op de uitspraak en/of conclusie voor de buitenwereld controleerbaar is door middel van een zekere mate van openbaarheid van de amicusbrieven. Ook tijdens de expertbijeenkomst werd door verschillende deelnemers naar voren gebracht dat openbaarmaking van de amicusbrieven en de daaruit voortvloeiende mogelijkheid voor de buitenwereld om te controleren welke invloed de amicusbrieven hebben gehad op de uitspraak kan bijdragen aan het hanteerbaar maken van lobbyisme. Lobbyisme, zo stelde ook een van de staatsraden in de interviews, is immers vooral problematisch als het in het geniep gebeurt. In de questionnaires wordt eveneens de suggestie gedaan in de uitspraak zichtbaar te maken welke rol de inlichtingen hebben gespeeld bij de oordeelsvorming van de Afdeling en openbaar te maken wie de amici zijn. Daarnaast wordt de suggestie gedaan steeds te zorgen voor een – wat wel is genoemd – ‘mix van amici’, dat wil zeggen dat alle relevante belangposities zijn vertegenwoordigd en vanuit die posities inlichtingen worden verstrekt. Een laatste suggestie die wij in de questionnaires hebben gezien is de combinatie van de amicus curiae met het instrument van de conclusie; in voorkomende gevallen zou deze combinatie een waarborg kunnen vormen tegen het gevaar van lobbyisme doordat de staatsraad A-G de inlichtingen in perspectief kan plaatsen en met elkaar ‘in gesprek kan brengen’. Hoewel gelet op deze suggesties misschien voor de hand ligt te concluderen dat de procespartijen lobbyisme hebben ervaren, is dit niet het geval. Slechts een enkeling geeft aan lobbyisme te hebben ervaren dat in de weg stond aan een zorgvuldige en objectieve oordeelsvorming door de Afdeling. In volgende gevallen kan een dergelijke gevoel onder de procespartijen wellicht worden voorkomen door als Afdeling uit te leggen wat de figuur van de amicus curiae precies behelst; de relatieve onbekendheid met de figuur en de daarmee samenhangende onduidelijkheid is namelijk naar ons vermoeden de reden geweest voor deze procespartij zo te antwoorden.

### 6.3 Tweede onderzoeksvraag: specifieke aandachtspunten

Ten aanzien van de tweede onderzoeksvraag, die naar de processuele inbedding van de figuur van de amicus curiae, zijn we in dit onderzoek op een aantal aandachtspunten gestuit die nadere doordenking behoeven. Wij behandelen hierna, omdat die punten in de literatuur, het dossieronderzoek, de interviews en/of de questionnaires vaker aan bod kwamen, de vraag naar het uitnodigingsbeleid, het type

vraagstelling dat aan de amicus wordt voorgelegd, de aan de persoon van de amicus curiae en zijn opmerkingen te stellen eisen, de openbaarheid van de ingekomen amicusbrieven, de rol in de procedure van de amicus curiae mede in relatie tot die van procespartijen en andere amici en de doorwerking van de opmerkingen van de amicus curiae in de motivering van de uitspraak.

### 6.3.1 Het uitnodigingsbeleid

In de drie zaken waarin de Afdeling de figuur van de amicus curiae heeft ingezet, heeft zij geëxperimenteerd met een tweetal uitnodigingswijzen. In de waarschuwingszaak koos zij voor een openbare internetconsultatie, terwijl in de andere twee zaken één of meer amici gericht zijn benaderd. Wat bepaalt nu de keuze voor de ene of de andere uitnodigingswijze? Uit het dossieronderzoek wordt ons het antwoord op die vraag niet duidelijk. Op basis van de interviews verkregen wij iets meer duidelijkheid, hoewel er onder de staatsraden verschillende opvattingen bleken te bestaan. Sommigen zijn van mening dat gericht uitnodigen voor de hand ligt wanneer de rechter op voorhand een overzicht heeft van de verschillende belangposities bij een rechtsvraag en weet welke belangenbehartigers hij daarvoor als amicus curiae kan benaderen. Vanuit dat perspectief is het goed te begrijpen dat de rechter voor een gerichte uitnodiging kiest in een geval waarin – zoals in de Barneveldzaak – de belangposities die een rol spelen vooraf al duidelijk te identificeren zijn en voor elk van die belangen voor de hand liggende representanten kunnen worden aangewezen. Wanneer echter, zoals in het geval van de waarschuwingszaak, de inzet van de amicus curiae tot doel heeft om de juridische context van het probleem in kaart te brengen en de belangen die door de beslissing zullen worden geraakt juist op voorhand niet bekend zijn, is gericht uitnodigen een stuk moeilijker. Dan ligt een algemene uitnodiging meer voor de hand. Niet iedereen is het echter met die twee-sporenbenadering eens. Sommige staatsraden vinden dat juist het element van transparantie en het belang van het betrekken van de samenleving bij de rechtsvorming met het oog op de legitimiteit daarvan ertoe zou moeten leiden dat altijd openbaar wordt geconsulteerd. Je moet oppassen, aldus een van de geïnterviewde staatsraden, dat je geen mensen gaat uitsluiten. Op dit punt is inderdaad voorzichtigheid geboden. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter kan al snel wringen met het exclusief uitnodigen van één of enkele amici met uitsluiting van anderen. Dit vormt dan ook de reden waarom de Hoge Raad nimmer louter amici gericht uitnodigt, maar hooguit als aanvulling op een algemene uitnodiging. Wij zouden dan ook willen voorstellen om in alle gevallen waarin wordt besloten de amicus curiae in te schakelen, in elk geval ook te kiezen voor een openbare internetconsultatie. Daar komt bij dat – zoals gezegd – de vooraf door sommigen geuite vrees dat een openbare consultatie zal leiden tot een stortvloed aan nutteloze reacties zich niet daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Daarom stellen wij voor in volgende gevallen te kiezen voor een open (internet)consultatie, maar daarbij nadrukkelijk ook gebruik te maken van de gerichte uitnodiging voor zover de Afdeling van bepaalde, vooraf bij haar bekende, amici inlichtingen wenst te verkrijgen. Dat laatste is van belang, omdat op basis van de eerste ervaringen de indruk bestaat dat met name bij grote overheidsorganisaties een openbare uitnodiging in veel gevallen niet snel tot de gewenste actie leidt. Aanvullende gerichte uitnodigingen kunnen dan een uitkomst bieden, zo blijkt ons ook uit de resultaten van de questionnaires. Wij zouden ons echter kunnen voorstellen dat het exclusief gericht uitnodigen voorshands behouden blijft in gevallen waarin de amicus curiae in feite wordt ingezet om een bestuursorgaan als een pseudo-verweerder in de procedure te laten participeren.

### 6.3.2 De vraagstelling in de uitnodiging

Wat wil de rechter nu precies weten van de amicus curiae? Het antwoord op die vraag is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wat echter telkens van belang is, is dat de rechter die besluit de amicus curiae in te zetten zichzelf die vraag heel nadrukkelijk stelt en daarop een zo precies mogelijk antwoord probeert te formuleren. In de drie zaken is niet altijd sprake geweest van een vraagstelling die heel specifiek is toegesneden op de informatie die de Afdeling van de amici wenste te ontvangen. In het bijzonder in de waarschuwingszaak hebben we dit gezien, waar de vraagstelling van de voorzitter aan de staatsraad A-G een-op-een werd overgenomen en op de website werd geplaatst met de vraag aan eenieder daarover mee te denken. Die vraag was echter een heel specifieke rechtsvraag naar het besluitkarakter van een waarschuwing in de arbeidsomstandighedenwetgeving. De aan het rechtssysteem ontleende argumenten voor de beantwoording van die vraag had de Afdeling, zeker na advisering door de staatsraad A-G, ook zelf wel op het netvlies. Waar het de Afdeling bij de inzet van de amici curiae natuurlijk om ging was om voorgelicht te worden over de effecten van haar beslissing voor aanpalende beleids-terreinen en vergelijkbare rechtsfiguren. Maar dat vroeg zij niet aan de amici. In de Barneveldzaak lag dat iets anders. In die zaak was geen conclusie gevraagd en werd een specifiek tot de amici gerichte vraag geformuleerd. Desalniettemin vernamen wij in de interviews van verschillende staatsraden toch ook dat in zowel de waarschuwingszaak als de Barneveldzaak de vraag achteraf nog scherper had gemoeten en in elk geval op een andere wijze moet worden geformuleerd dan de vraag aan de staatsraad A-G. De open vraagstelling had aan de amici volgens deze staatsraad teveel ruimte gelaten; het verdiende daarom de voorkeur om in een geval als dit zelf reeds stellingen te formuleren om een reactie daarop uit te lokken. Een scherpe vraagstelling kan volgens verschillende staatsraden bovendien bijdragen aan het tegengaan van lobbyisme, omdat amici daarmee gedwongen kunnen worden kleur te bekennen. Wat vinden de amici zelf van de vraagstellingen die gebruikt zijn? Onder de amici blijkt er op dit punt geen ontevredenheid te bestaan. Nagenoeg alle amici geven aan dat hen voldoende duidelijk was wat er van hen werd verwacht en dat de vraagstelling voldoende duidelijk was. Waar de vraag wordt gesteld of zij het raadzaam achten dat de Afdeling in volgende gevallen niet volstaat met het voorleggen van de te beantwoorden rechtsvraag, maar heel gericht vraagt naar de gevolgen die de beantwoording van die vraag gaat hebben, geeft een kleine minderheid (31,82%) van hen het daarmee niet eens te zijn terwijl een krappe meerderheid (50%) meent dat dit juist wel de voorkeur zou verdienen.<sup>130</sup>

Wij menen dat het in alle gevallen waarin de amicus curiae wordt ingezet de voorkeur verdient om een zo precies mogelijk geformuleerde vraag aan de amici voor te leggen. Dat is veelal niet dezelfde als de rechtsvragen die aan de staatsraad A-G worden voorgelegd. Van de staatsraad A-G en amici zal vaak ook verschillende informatie worden verlangd. Wij herhalen daarbij wat een van de staatsraden in de interviews opmerkte over het voorbeeld van de bewijslast bij invordering van dwangsommen. De vraag aan de staatsraad A-G zou moeten zijn bij wie de bewijslast ligt, de vraag aan de amici zou moeten zijn wat de gevolgen voor de praktijk zijn als de bewijslast bij het bestuursorgaan of de overtreder komt te liggen. Naast een scherpe vraagstelling verdient het aanbeveling in de uitnodiging een overzicht van het

<sup>130</sup> Het overige deel van de amici antwoordde met 'neutraal'.



geschil te schetsen. Het gaan dus om een beknopte beschrijving van de feiten, de rechtsvraag en de partijstandpunten. Wij menen dat dit bevordert dat de amici de informatie verstrekken waarnaar de rechter op zoek is. Onder omstandigheden kan in de vraagstelling met stellingen worden gewerkt. Wij denken echter dat dit laatste eerder voor de hand ligt in een geval waarin op voorhand al duidelijk is welke consequenties van de beslissing een rol spelen en de vraag vooral gaat om de impact van de beslissing, dan in gevallen waarin de rechter nog op zoek is naar het soort gevolgen dat zijn beslissing kan hebben. In het kader van een goede voorlichting van de Afdeling over juist die aspecten die zij weten wil verdient een specifiek op de amici gerichte vraagstelling in volgende gevallen naar onze mening meer aandacht.

### **6.3.3 Eisen aan de persoon van de amicus curiae en aan de vorm, inhoud en omvang van de inbreng**

In artikel 393, derde lid, Rv en artikel 8.3 van het Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad is bepaald dat schriftelijke opmerkingen door anderen dan partijen dienen te worden ondertekend door een advocaat bij de Hoge Raad. Daarmee wordt in zekere zin een drempel ingebouwd tegen al te lichtvaardige indiening van een amicusbrief. Een dergelijke drempel zou in het bestuursrecht, waar geen verplichte procesvertegenwoordiging is voorgeschreven, niet passen. Ook in de prejudiciële procedure voor de belastingkamer ontbreekt een dergelijke bepaling. Een bevoegdheid die de belastingkamer van de Hoge Raad wél wordt gegeven in artikel 8.2 van de Procesregeling prejudiciële vragen aan de belastingkamer van de Hoge Raad, dat bepaalt dat de Hoge Raad eisen kan stellen aan de personen en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en aan de vorm, inhoud en omvang van die opmerkingen. De Hoge Raad heeft daar in generieke zin uitvoering aan gegeven door op de website, waar zowel voor fiscale als civiele prejudiciële vragen amicusbrieven kunnen worden ingediend, enkele eisen te stellen (door middel van verplicht in te vullen tekstblokken) voordat de amicusbrief daadwerkelijk kan worden ingestuurd. Uit de eerste ervaringen met de amicus curiae bij de Afdeling hebben wij geen behoefte kunnen afleiden voor een mogelijkheid om eisen te stellen aan de personen en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en evenmin is er gebleken van een behoefte om in algemene zin eisen te stellen aan de vorm, de inhoud of de omvang van de opmerkingen. In de interviews werd, wat betreft het eventueel toestemming aan de rechter vragen om als amicus curiae te worden toegelaten (waarin bijvoorbeeld dus ook de inhoud van de voorgenomen amicusbrief kan worden beoordeeld), dat het toetsen van dat verzoek, zeker bij grote aantallen amici, te arbeidsintensief zou zijn.

Eén heel basale eis die wél moet worden gesteld, daarover waren de meeste deelnemers tijdens de expertbijeenkomst (zie hoofdstuk 1) het eens, is dat de amicus zijn identiteit bekend moet maken; anoniem inbreng leveren als amicus moet niet worden toegestaan. Het ontbreken van een grote behoefte aan het op voorhand stellen van andere eisen aan de amici, laat onverlet dat meerdere staatsraden in de interviews naar voren brachten dat bepaalde aspecten van de achtergrond van de amici tijdens de procedure aan het licht moeten komen. Zo werd in de interviews naar voren gebracht dat het nuttig wordt bevonden als van de amicus wordt vernomen vanuit welke hoedanigheid hij of zij de amicusbrief indient en wat zijn of haar belangpositie is ten opzichte van het geschil. Bij dat laatste kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan de

vraag of betrokkene wellicht verwickeld is in een soortgelijke procedure waarvoor de beslissing in de zaak waarin hij als amicus wenst op te treden wellicht richtinggevend zal zijn. Als het bijvoorbeeld gaat om een NGO dan lijkt het heel nuttig om te weten wat dit precies voor organisatie is, welke belangen zij beoogt te behartigen en hoe zich dat verhoudt tot wat in de betreffende procedure aan de orde is. Ook de vraagstelling in de uitnodiging kan bevorderen dat amici kleur bekennen op bovengenoemde punten (zie hiervoor). Wij denken daarom dat het inderdaad aanbeveling verdient om in de uitnodiging de amici te stimuleren om bij het indienen van de opmerkingen die vragen als eerste te beantwoorden. Bij de vormgeving van het webformulier waarmee een amicus een amicusbrief kan indienen, zouden die vragen dan als standaard in te vullen tekstblokken kunnen worden opgenomen.

#### 6.3.4 De openbaarheid van de ingekomen opmerkingen

Het is eigen aan ieder experiment dat er hier en daar wat kinderziekten optreden. Dat is ook het geval bij de experimentele inzet van de amicus curiae door de Afdeling in de drie genoemde zaken. Eén aspect waar zich die kinderziekten hebben voorgedaan, betreft de vraag naar de openbaarheid van de verstrekte inlichtingen. In de waarschuwingszaak is met de amici niet gecommuniceerd over de openbaarheid. De staatsraad A-G heeft daarover, kort gezegd, aangegeven dat het ontbreken van toestemming van de amici om met naam en toenaam naar de amicusbrieven te verwijzen, heeft geresulteerd in een generieke verantwoording van de mate waarin de standpunten van de amici van invloed zijn geweest op de conclusie en het geanonimiseerd verwijzen naar de amicusbrieven.<sup>131</sup> Hij geeft toe dat dit niet volledig transparant is, omdat de professionele achtergrond van de amici daarmee niet duidelijk is.

In de Barneveldzaak was er aanvankelijk ook niet over de openbaarheid gecommuniceerd, maar is na de ontvangst van de inlichtingen van de amici het verzoek van een van hen binnengekomen om kennis te nemen van de andere reacties. Mede naar aanleiding daarvan zijn in de ontvangstbevestiging die aan hen is verzonden twee vragen gesteld. De eerste vraag was of de amici ermee instemmen dat de Afdeling de inlichtingen verwerkt in de uitspraak. De tweede vraag was of zij toestemming verleenden voor het verspreiden van de inlichtingen onder de amici. Opvallend is overigens dat in de exceptieve toetsingszaak met de staatssecretaris geen contact is geweest over de openbaarheid van de door hem verstrekte inlichtingen, maar dat in de conclusie wel expliciet naar de door hem verstrekte informatie wordt verwezen. Dat bevestigt overigens onze gedachte dat de staatssecretaris in deze zaak meer als een pseudo-verweerder is beschouwd, dan als een amicus curiae.

Het is duidelijk dat op dit punt een eenduidige praktijk moet ontstaan. Het zou daarom, ook omdat het verwijzen naar de amicusbrieven in de uitspraak en/of conclusie verwerking van persoonsgegevens oplevert, goed zijn om in de uitnodiging aan de amici aan te geven dat zij met het verstrekken van informatie de Afdeling ook toestemming verlenen om die informatie expliciet en herleidbaar tot de indiener in de conclusie en in de uitspraak te gebruiken. Zoals hiervoor aangegeven moet in beginsel niet worden toegestaan dat inlichtingen anoniem worden verstrekt. Wij zouden er zelfs voor zijn, zoals door

---

<sup>131</sup> Conclusie staatsraad A-G 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, overweging 2.5.

verschillende van de geïnterviewde staatsraden wordt opgemerkt, om in de openbaarmaking nog een stap verder te gaan en de amicusbrieven in de regel integraal op de website van de Raad van State te plaatsen, tenzij openbaarmaking de representatie van de amici ernstig ondergraaft en/of in de weg staat aan participatie door relevante stakeholders (zie daarover hoofdstuk 5). Dat draagt bij aan de transparantie – de samenleving moet kunnen nagaan welke informatie door amici aan de rechter is verstrekt – en het heeft mogelijk als bijkomend voordeel dat het een zekere drempel vormt tegen een al te eenzijdige belangbehartiging door sommige amici. Overigens hoort daar dan wat ons betreft ook bij dat de rechter er in zijn uitspraak zichtbaar iets mee doet. Wij gaan hier in § 6.3.6 nader op in.

### **6.3.5 De rol van de amicus mede in relatie tot die van procespartijen en de andere amici**

Ook ten aanzien van de rol van amici curiae mede in relatie tot die van procespartijen blijkt de praktijk nog niet eenduidig. In elk van de drie zaken is een andere werkwijze gehanteerd. In de exceptieve toetsingszaak zijn partijen niet betrokken bij de inzet van de amicus curiae; de Afdeling heeft hiertoe zelfstandig en zonder overleg met partijen besloten. Ook zijn partijen niet expliciet in de gelegenheid gesteld te reageren op de inlichtingen. Vermoedelijk heeft de Afdeling dit niet nodig gevonden omdat tot 10 dagen voor de zitting het partijen vrij stond te reageren op de inlichtingen, aangezien deze op de gebruikelijke wijze aan hen zijn doorgestuurd. Anders dan in de andere twee zaken, is de staatssecretaris op zitting uitgenodigd en op eenzelfde wijze als partijen gehoord.

In de waarschuwingszaak daarentegen zijn de amici niet voor de zitting uitgenodigd. Evenmin hebben de amici de inlichtingen van elkaar ontvangen. Ook zijn in die zaak partijen niet in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op de inzet van de amicus curiae. Op zitting is daartoe echter wél uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden en daarvan is ook door partijen gebruikgemaakt blijkens het proces-verbaal. In de Barneveldzaak is weer een andere werkwijze gevolgd en zijn partijen wél in de gelegenheid gesteld te reageren op het voornemen van de Afdeling om de amicus curiae in te zetten. Die gelegenheid is geboden tegelijkertijd met bekendmaking van de beslissing van de Afdeling het onderzoek te heropenen. Daarbij zijn partijen in de gelegenheid gesteld te reageren op de vragen die aan de amici zouden worden gesteld en op de keuze voor de organisaties die als amici gericht zouden worden uitgenodigd. Van die gelegenheid hebben partijen ook gebruikgemaakt. Ook hebben partijen gereageerd op de inlichtingen van de amici en hebben laatstgenoemden ook onderling kennis kunnen nemen van de aan de Afdeling verstrekte inlichtingen. Zij zijn echter niet door de Afdeling in de gelegenheid gesteld op elkaars inbreng te reageren door middel van een nadere schriftelijke reactietermijn of een uitnodiging voor de zitting.

Waarom in de drie zaken een andere werkwijze is gehanteerd, is niet geheel duidelijk. De meest voor de hand liggende verklaring lijkt dat ook de Afdeling haar weg hierin moest vinden. Het lijkt ons echter ook hier van belang dat uniformiteit wordt nagestreefd. Uit de interviews en de questionnaires komt op dit punt een eenduidig beeld naar voren. Mede op basis daarvan menen wij dat partijen bij de beslissing tot de inzet van de amicus curiae moeten worden betrokken op dezelfde wijze als partijen ingevolge artikel 8:47 Awb worden betrokken bij het inschakelen van een deskundige. Partijen wordt van de beslissing om de amicus curiae in te zetten mededeling gedaan en de Afdeling kan partijen binnen een door hem te

bepalen termijn van in de regel twee weken de gelegenheid bieden om hun wensen kenbaar te maken omtrent de vraagstelling aan de amicus en omtrent de vraag welke amici al dan niet gericht moeten worden benaderd. De door de amici verstrekte inlichtingen worden uiteraard ter kennis van partijen gebracht en wat ons betreft ook van de amici onderling. Partijen krijgen dan de gelegenheid schriftelijk binnen een termijn van in de regel vier weken daarop te reageren. Het beginsel van hoor en wederhoor vereist dat ook. Amici daarentegen wordt die gelegenheid niet geboden. Zouden de amici die gelegenheid krijgen dan moeten partijen daar immers ook weer op kunnen reageren, aangezien zij het laatste woord dienen te krijgen. Wel zou het aanbeveling verdienen om de rechter de bevoegdheid te geven een amicus op zitting uit te nodigen om hem te bevragen als de door hem verstrekte inlichtingen na confrontatie met de overige ingekomen inlichtingen daartoe aanleiding geeft. Wij vragen aandacht voor de lengte van de termijn (in de regel vier weken) waarbinnen amici de gelegenheid krijgen in toekomstige gevallen een amicusbrief in te dienen. Zeker in deze fase, waarin binnen veel organisaties (nog) geen ervaring bestaat met het optreden als amicus, is een redelijke termijn van groot belang. De termijn moet dus voldoende lang zijn voor de amici om een goede amicusbrief te kunnen opstellen. Daarmee is uiteindelijk ook de rechter gebaat. Op basis van de questionnaires hebben wij evenwel de indruk dat een termijn van vier weken voldoende is.

### **6.3.6 Doorwerking van de amicusbrieven in de motivering van de uitspraak**

In het kader van ons onderzoek is de vraag aan de orde gekomen of de Afdeling in de drie zaken waarin de amicus curiae is ingezet voldoende doet met de door de amici verstrekte informatie. Voor de goede orde merken wij op dat ook in het geval de Afdeling in haar uitspraak niet expliciet ingaat op de aangedragen informatie, daaruit niet onmiddellijk de conclusie mag worden getrokken dat de Afdeling dergelijke informatie naast zich neerlegt. Het kan heel wel zo zijn dat er in de uitspraak niet openlijk iets wordt gedaan met de aangedragen informatie, maar dat die informatie in de raadkamer en bij de beslissing wel degelijk een rol heeft gespeeld. Er kunnen overigens goede redenen zijn waarom de door de amici ingebrachte informatie niet expliciet in de motivering van de uitspraak wordt betrokken. In de eerste plaats weten we uit het evaluatieonderzoek van de civiele prejudiciële procedure dat een reden om niet expliciet aandacht te besteden aan de door amici ingebrachte informatie ermee te maken kan hebben dat rechters zich er goed van bewust zijn dat die informatie gekleurd kan zijn.<sup>132</sup> Het is ook goed voorstelbaar dat (een deel van) de aangedragen informatie zo weinig relevant wordt geacht dat alleen daardoor al in de motivering van de uitspraak over de inbreng door de amici wordt gezwegen. Een andere reden kan zijn dat de staatsraad A-G al expliciet is ingegaan op de amicusbrieven in zijn conclusie en dat de rechter om die reden in zijn uitspraak hooguit volstaat met een instemmende reactie op de conclusie op dat punt. Dat laatste is bijvoorbeeld gebeurd in de waarschuwingszaak.

Wat er ook zij van deze redenen, de Afdeling moet niet te gemakkelijk afzien van een expliciete verwijzing naar de aangedragen informatie. Uit het onderzoek komt naar voren dat de inzet van de amicus curiae erop gericht is de kwaliteit en de legitimiteit van het proces van rechterlijke rechtsvorming te versterken.

---

<sup>132</sup> Giesen e.a. 2016, p. 138.

Tegen die achtergrond is het van belang dat de ingekomen reacties voor het publiek toegankelijk zijn, maar ook dat controleerbaar is op welke wijze die reacties hebben doorgewerkt in de oordeelsvorming. Wat ons betreft betekent dit dat de Afdeling in beginsel expliciet de ingekomen reacties in haar motivering betreft en ook dat selectief verwijzen moet worden vermeden. Wij herhalen daarbij wat een van de staatsraden tijdens de interviews opmerkte, namelijk dat het niet of onvoldoende ingaan op de amicusbrieven al snel tot snel maatschappelijke teleurstelling kan leiden. Ook daarom moeten niet alleen die argumenten van amici in de uitspraak worden genoemd die steun bieden aan het oordeel van de Afdeling, maar ook moet worden aangegeven waarom daaraan meer gewicht wordt toegekend dan aan de argumenten die steun bieden voor een andere beslissing. In de Barneveldzaak is dat op een fraaie manier gedaan door de Afdeling. Uit de questionnaires volgt ook dat de betrokken amici bij die zaak tevreden zijn met de wijze waarop de door hen verstrekte inlichtingen in de uitspraak zijn betrokken. In de waarschuwingszaak daarentegen wordt in de uitspraak in het geheel niet verwezen naar de amicusbrieven. Nu was in deze zaak ook niet om toestemming gevraagd om die inbreng openbaar te maken, maar dat heeft de staatsraad A-G er niet van weerhouden in abstracto en geanonimiseerd te verwijzen in zijn conclusie. Dat had de Afdeling dus ook kunnen doen en wellicht – gelet op de resultaten van de questionnaires – ook *moeten* doen. Wellicht dat de omstandigheid dat er een conclusie is genomen in deze zaak maakt dat de Afdeling zelf niet expliciet verwijst naar de amicusbrieven. Wij achten het wenselijk dat in de gevallen waarin de amicus curiae is ingezet zonder dat er een conclusie is genomen, in beginsel in de uitspraak expliciet wordt verwezen naar de amicusbrieven en dat de rol die de amicusbrieven in de oordeelsvorming hebben gespeeld inzichtelijk wordt gemaakt. Daarbij verdient het naar onze mening de voorkeur dat in de uitspraak ook wordt aangegeven waarom bepaalde door de amici aangedragen argumenten juist niet doorslaggevend zijn geweest. Indien er wel een conclusie is uitgebracht door de staatsraad A-G zal dat afwegingsproces in beginsel in de conclusie hebben plaatsgevonden en kan de Afdeling indien zij de opvatting van de staatsraad A-G overneemt met een verwijzing daarnaar volstaan. Maar dan dient dit, mede gelet op de uitkomst van de questionnaires, wél expliciet plaats te vinden. Ook uit de interviews blijkt steun voor deze aanpak. Indien de Afdeling echter tot een ander oordeel komt dan de staatsraad A-G lijkt het ons op de weg van de Afdeling te liggen om op dat punt in de motivering expliciet de confrontatie met de argumentatie van de staatsraad A-G aan te gaan en daarbij dus alsnog aan te geven waarom bepaalde door de amici aangedragen argumenten al dan niet overtuigend zijn bevonden.

## 6.4 Afronding

Dit onderzoek vond plaats naar de eerste ervaringen met de amicus curiae in een drietal zaken voor de Afdeling. Uit het dossieronderzoek, de interviews en de questionnaires hebben wij veel interessant materiaal gedestilleerd op basis waarvan wij in het bijzonder een aantal aandachtspunten hebben gesignaleerd in relatie tot de processuele inbedding van het instrument. Ten aanzien van de onderzoeksvraag of de inzet van de amicus curiae beantwoordt aan de vooraf gestelde doelen, is echter voorzichtigheid en terughoudendheid aangewezen. Het lijkt ons nog wat vroeg om op basis van deze drie – of eigenlijk twee – zaken te concluderen dat de inzet van de amicus curiae zonder meer beantwoordt aan de vooraf gestelde doelen en dat het

met de door sommigen veronderstelde negatieve bijwerkingen wel meevalt. Niettemin is er naar onze mening op basis van de experimenten wel aanleiding voor optimisme. Zeker in de Barneveldzaak heeft de inzet van de amicus curiae bijgedragen aan de kwaliteit van de rechtsvorming en de waarschuwingszaak heeft ons geleerd dat van een stortvloed aan nutteloze reacties of van een al te eenzijdige voorlichting bij een openbare consultatie, althans in die zaak, geen sprake was. Wat ons betreft verdient het dan ook aanbeveling om het experiment met de amicus curiae voort te zetten en meer ervaring op te doen met dit instrument. Indien de Afdeling inderdaad besluit om ook in toekomstige gevallen gebruik te maken van de figuur van de amicus curiae, dan zouden wij op basis van het verrichte onderzoek de volgende aanbevelingen doen:

#### **a. Zorgvuldige bezinning op het doel waarvoor de amicus curiae wordt ingezet**

Een eerste belangrijk aandachtspunt betreft het zorgvuldig vaststellen van het doel dat men met de inzet van het instrument van de amicus curiae wenst te bereiken. Het zou aanbeveling verdienen om standaard in de instructiefase van een zaak de vraag te stellen of de inzet van de amicus curiae aangewezen is. Deze vraag hangt in zekere zin samen met de vraag of verwijzing naar een grote kamer en/of het vragen van een conclusie aangewezen is. Tegelijkertijd is de inzet van de amicus curiae ook denkbaar buiten de gevallen waarin een zaak naar een grote kamer wordt verwezen en/of een conclusie wordt gevraagd en andersom is het in laatstgenoemde categorie van gevallen heel wel mogelijk de amicus curiae niet in te schakelen. De vraag moet steeds worden gesteld: wat wil men bereiken met de inzet van de amicus curiae: meer zicht op de juridische context waarin de rechtsvraag is gerezen of juist op de niet-juridische consequenties van de rechterlijke beslissing? Dat doel dient vervolgens leidend te zijn bij het opstellen van de vraag die aan de amici curiae wordt voorgelegd: niet de rechtsvraag in zijn algemeenheid dient aan de amici te worden voorgelegd, maar er dient gericht te worden gevraagd, desnoods met het opnemen van stellingen, naar die informatie die men specifiek van de amici wil verkrijgen. Van belang hierbij is voorts het instrument in te zetten wanneer daarvan ook daadwerkelijk een toegevoegde waarde wordt verwacht voor de rechtsvormende taak van de Afdeling. Dit zal in de praktijk van de Afdeling naar verwachting hooguit 10 a 15 keer per jaar het geval zijn. Voorkomen moet worden dat potentiële amici het ‘meedenken’ moe worden.

- *Inzet van de amicus curiae moet een standaard aandachtspunt worden in de instructiefase van zaken.*
- *Bedenk goed wat precies het doel is waarvoor de amicus curiae wordt ingezet: een schets van de juridische context of inzicht in de maatschappelijke gevolgen van de rechterlijke beslissing?*
- *Formuleer in de uitnodiging aan de amicus curiae een gerichte vraag tegen de achtergrond van het doel waarvoor de amicus wordt ingeschakeld.*

#### **b. Openbaarheid**

Een tweede belangrijk aandachtspunt betreft de openbaarheid. Het instrument dient de legitimiteit van de rechtsvorming door de Afdeling. In dat verband zijn openheid en transparantie van groot belang. Dat betekent dat de uitnodiging aan de amici als hoofdregel geschiedt door een open consultatie. Eventueel in combinatie met gerichte uitnodigingen, als de verwachting bestaat dat niet alle relevante

amici door een openbare consultatie worden bereikt (zie § 3.2.2). In de algemene uitnodiging dient erop te worden gewezen dat de door de amici ingebrachte inlichtingen openbaar zullen worden gemaakt en dat toestemming daartoe wordt verondersteld. Dat laatste geschiedt door de inlichtingen met de naam van de indiener op de website van de Raad van State te plaatsen. Tevens wordt er waar nodig in de conclusie en/of in de overwegingen van de uitspraak herleidbaar tot de indiener ervan verwezen naar de door de amici curiae ingebrachte inlichtingen. Bij voorkeur geschiedt dat op een discursieve wijze waarbij inzichtelijk wordt gemaakt hoe de ingekomen inlichtingen ten opzichte van elkaar zijn gewogen.

- *De inschakeling van de amicus curiae geschiedt door een open consultatie.*
- *In de uitnodiging wordt medegedeeld dat bij indiening van een amicusbrief toestemming voor openbaarmaking ervan wordt verondersteld.*
- *De ingekomen amicusbrieven worden op de website van de Raad van State gepubliceerd.*
- *In de conclusie en/of in de uitspraak wordt expliciet en bij voorkeur op discursieve wijze naar de ingebrachte amicus brieven gewezen.*

### **c. Het verdedigingsbeginsel**

Van belang is voorts de amicus curiae op zodanige wijze in de procedure voor de Afdeling in te bedden dat recht wordt gedaan aan het verdedigingsbeginsel. In dit onderzoeksrapport hebben wij geconstateerd dat de inzet van de amicus curiae verschillende vragen oproept in relatie tot het verdedigingsbeginsel, inclusief het vereiste van hoor en wederhoor. Aan de orde kwamen de vraag hoe en in hoeverre procespartijen bij de rechterlijke beslissing om de amicus curiae in te zetten moeten worden betrokken; of en zo ja, binnen welke termijn partijen gelegenheid moet worden geboden op de door de amici curiae ingebrachte inlichtingen te reageren en of amici curiae zelf de gelegenheid moeten krijgen onderling op de amici brieven en de reacties van partijen daarop te reageren en of de amici curiae de gelegenheid moet worden geboden te worden gehoord op zitting. Wij komen tot de volgende voorstellen:

- *Partijen worden in de gelegenheid gesteld binnen een termijn van 4 weken te reageren op het voornemen om de amicus curiae in te schakelen, inclusief de voorgestelde vraagstelling en het voorgestelde uitnodigingenbeleid.*
- *Nadat de amici amicusbrieven hebben ingediend, krijgen partijen de gelegenheid daarop binnen een termijn van vier weken te reageren.*
- *De amici curiae wordt niet de gelegenheid geboden op elkaars amicusbrieven te reageren.*
- *De rechter dient de bevoegdheid te hebben één of meer amici curiae op de zitting te horen in aanwezigheid van partijen.*

#### **d. Een wettelijke regeling vereist**

Is er behoefte aan enige vorm van regeling van de figuur van de *amicus curiae*? Uit de literatuurstudie volgt dat volgens sommige auteurs de onduidelijkheid omtrent processuele aspecten als de openbaarheid van de inbreng van de *amicus*, de rol van de *amicus* in de procedure mede in relatie tot procespartijen, inclusief de aan *amici* en procespartijen geboden reactietermijnen, aanleiding geeft tot enigerlei vorm van regeling.<sup>133</sup> Hetzij in de wet, hetzij in de procesregeling of in een combinatie van beide. Hier past naar ons oordeel echter terughoudendheid omdat op zichzelf enige vorm van onzekerheid inherent lijkt aan elke fase van experimenteren. Die onzekerheid hoeft echter niet noodzakelijkerwijs te worden beantwoord met een regelgevingsreflex; aangenomen mag worden dat de geconstateerde onzekerheden ook in de praktijk van de Afdeling kunnen worden opgelost. Dat neemt niet weg dat ook wij denken dat het wel aanbeveling verdient om binnen afzienbare termijn in elk geval de bevoegdheid voor de hoogste bestuursrechters om de *amicus curiae* in te zetten in de Awb te regelen. Nu schakelt de Afdeling de *amicus* in op grond van artikel 8:45 Awb, maar die bepaling is daar natuurlijk oorspronkelijk niet voor bedoeld. Een regeling van de bevoegdheid in de Awb lijkt echter voldoende. Artikel 18 van het voorstel voor een Wet Instituut mijnbouwschade Groningen biedt zo'n mogelijkheid voor de Afdeling om de *amicus curiae* in te zetten.<sup>134</sup> Deze bepaling zou als voorbeeld kunnen dienen voor een algemene regeling in de Awb. Dat zou dan een regeling moeten zijn die beperkt is tot een bevoegdheid om de *amicus curiae* in te zetten voor uitsluitend de Afdeling, de CRvB en het CBb. De hoogste bestuursrechters hebben, anders dan de rechtbanken, een heel geprononceerde rechtsvormende taak. Het lijkt ons daarom aangewezen dat alleen zij, en niet ook de rechtbanken, over de bevoegdheid om de *amicus curiae* in te zetten zouden moeten beschikken. Naast een bevoegdheidsbepaling in de Awb lijkt het ons voor het overige op dit moment van belang de rechters zoveel mogelijk ruimte te laten om ervaring op te doen met het instrument en 'best practices' te ontwikkelen. Die ervaringen kunnen vervolgens op een later moment aanleiding geven tot een gedetailleerdere wettelijke regeling (eventueel gecombineerd met procesreglementen), maar voorshands zouden wij de speelruimte voor de rechter om te ervaring op te doen niet willen beperken.

- *Het experiment van de Afdeling met de inschakeling van de amicus curiae verdient een vervolg.*
- *In de Awb dient een bepaling te worden opgenomen waarin de hoogste bestuursrechters (de Afdeling, de CRvB en het CBb) de bevoegdheid wordt toegekend om de amicus curiae in te zetten.*
- *In de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters ontwikkelde best practices kunnen op termijn worden neergelegd in de gezamenlijke procesregeling van de Afdeling, de CRvB en het CBb.*

<sup>133</sup> Saris en Jak 2018; Van Eijdsden 2015; De Poorter 2015, p. 49.

<sup>134</sup> Per 3 juli 2018 ligt dit wetsvoorstel ter consultatie voor. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/instituutmijnbouwschadegroningen>.



# Bijlagen



# 1 Literatuurlijst

## **Asser/Vranken 1995**

J.B.M.Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel\*\**. Deventer: Kluwer 1995

## **Asser/Vranken 2014**

J.B.M.Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel\*\*\*\*. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014

## **Barkhuysen 2014**

T. Barkhuysen, 'Betere rechtsvorming door amicus curiae', *NJB* 2014/519, afl. 10

## **Bokhorst 2014**

A.M. Bokhorst, *Bronnen van legitimiteit* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2014

## **Drion 2014**

C.E. Drion, 'Het spanningsveld in cassatie tussen geschilbeslechting en rechtsvorming', *NJB* 2014/1507, afl. 29

## **Van Eijdsden 2015**

A. van Eijdsden, 'Vriend van de Hoge Raad', *WFR* 2015/494

## **Feteris 2017**

M.W.C. Feteris, 'State of the Union van de belastingrechtspraak', *WFR* 2017/247

## **Van Gerven 2008**

W. van Gerven, 'Politics, Ethics & the Law, Legal Practice & Scholarship', *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 19/2008, p. 1-28

## **Giesen 2008**

I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking. Over causaliteitstoerekening vanuit psychologisch perspectief en de mogelijke gevolgen daarvan voor (de preventieve werking van) het aansprakelijkheidsrecht', in: *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 181-208.

**Giesen e.a. 2016**

I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Utrecht: 2016

**Giesen en Ortlep 2017**

I. Giesen en R. Ortlep, 'De prejudiciële vraagprocedure in het bestuursrecht', *TREMA* 2017/4

**Hammerstein e.a. 2008**

A. Hammerstein e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag: 2008

**Hammerstein 2017**

A. Hammerstein, 'Wat maakt een conclusie goed?', in: *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 7-19

**Huisman en Van der Veen 2018**

P.J. Huisman en G.A. van der Veen, 'Bestuursprocesrecht als partijengeding. De beperkte toegang voor belangenorganisaties en enige overwegingen ter verruiming daarvan', in: *In het nu... Wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 79-101

**De Jong en Van der Linden 2016**

E.R. de Jong en T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017/2

**Kennis en Schuurmans 2016**

J. Kennis en Y. Schuurmans, 'Rapport Commissie rechtseenheid bestuursrecht. Differentiatie in rechtseenheidsvoorzieningen', *NJB* 2016/1756, afl. 34

**Köhne 2006**

M. Köhne, 'Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad', *AAe* 2006/4

**Kristen en Sikkema 2017**

E.G.H. Kristen en E. Sikkema, 'Naar een prejudiciële procedure in het strafrecht', *Strafblad* 2017/59

**De Moor-van Vugt 2017**

A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht: een gestrande missie?', *O&A* 2017/4

**De Poorter 2013**

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: 2013

**De Poorter 2015**

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

**De Poorter en Van Roosmalen 2009**

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009

**De Rond 2017**

C. de Rond, 'Afdeling introduceert de amicus curiae in het bestuursrecht', <https://blogbestuursrecht.nl/amicus-curiae-in-het-bestuursrecht/>, 2017, laatst geraadpleegd op 2 juli 2018

**De Rond 2017a**

C. de Rond, 'De Amicus curiae en de procespartijen', <https://blogbestuursrecht.nl/amicus-curiae-procespartijen/>, 2017, laatst geraadpleegd op 2 juli 2018

**Saris & Jak 2018**

C. Saris en N. Jak, 'Eerste ervaringen met 'meedenkers' in het bestuursrecht: op naar een wettelijke regeling voor de amicus curiae', <https://www.stibbe.com/en/news/2018/february/eerste-ervaringen-met-meedenkers-in-het-bestuursrecht-op-naar-een-wettelijke-regeling-voor-de-amicu>, 2018, laatst geraadpleegd op 2 juli 2018

**Scheltema 2015**

M. Scheltema, 'De Hoge Raad en het algemeen belang', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015

**Scheltema e.a. 2016**

M. Scheltema e.a., *Rechtseenheid tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Rapport van de Commissie rechtseenheid bestuursrecht*, Den Haag: 2016

**Schlössels 2017**

R.J.N. Schlössels, 'Rechtseenheid in het bestuursrecht: en nu doorploegen in de polder!', *NTB* 2017/3

**Schlössels 2017a**

R.J.N. Schlössels, 'De bestuursrechtelijke conclusie gewogen', in: Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 21-38

**Schoordijk 2007**

H.C.F. Schoordijk, 'Tijd voor een amicus curiae', *NJB* 2007/1245, afl. 24

**Schuurmans en Stolk 2017**

Y.E. Schuurmans en R. Stolk, 'Het proefproces als collectieve actie', *NTB* 2017/2

**Sieburgh 2005**

C.H. Sieburgh, 'Het civiele parket bij de Hoge Raad. Het juiste midden?', *AAe* 2005/11, p. 906-916

**Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: SDU 2002

**Wiik 2018**

A. Wiik, *Amicus curiae before International Courts and Tribunals*, Baden-Baden: Nomos 2018

**Zijlstra e.a. 2012**

S.E. Zijlstra, *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012

## 2 Lijst van geïnterviewde staatsraden

C.J. Borman

B.J. van Ettekoven

J. Hoekstra

J.C. Kranenburg

B.J. Schueler

R.J.G.M. Widdershoven

### 3 Vragen interviews

#### Fase 1: het uitnodigen van de amicus

- a. Wat is wat u betreft het doel van het inschakelen van de amicus curiae?
- b. Hoe is de ABRvS in de zaak of in de zaken waarbij u betrokken was tot de aan de amici voorgelegde vraagstelling gekomen? Wat voor soort informatie moet naar uw mening in de vraagstelling worden opgenomen?
- c. Wat betreft de uitnodiging van de amicus zijn er twee manieren beproefd: een openbare internet-consultatie en gerichte uitnodigingen. Heeft u een voorkeur voor een bepaalde wijze van uitnodigen en zo ja, welke of zou de keuze voor de ene of de andere wijze van uitnodigen moeten afhangen van de omstandigheden van het geval? In dat laatste geval: wat zijn die omstandigheden dan precies?
- d. Als er gericht een of enkele amici worden uitgenodigd om mee te denken, op basis waarvan selecteert u dan de aangezochte amici? Houdt u hierbij bijvoorbeeld rekening met representativiteit (mede) ter voorkoming van bijvoorbeeld lobbyisme?
- e. In hoeverre dienen naar uw mening procespartijen te worden betrokken bij het voornemen überhaupt amici curiae in de gelegenheid te stellen inlichtingen te verschaffen? En in hoeverre dienen procespartijen betrokken te worden bij (1) het opstellen van de vraag die aan de amici wordt voorgelegd, bij (2) de keuze voor het soort uitnodiging en – in geval van gerichte uitnodigingen – bij (3) de keuze welke amici in de gelegenheid worden gesteld inlichtingen te verschaffen?
- f. Hoe dient de ABRvS om te gaan met schriftelijke inlichtingen die door niet genodigde ‘meedenkers’ worden ingebracht. En maakt het daarbij verschil of het gaat om een situatie waarin de ABRvS gericht één of enkele amici heeft uitgenodigd en er zich ook een niet genodigde meedenker meldt of om een situatie waarin er zich een meedenker meldt in een procedure waarin de ABRvS überhaupt geen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid de amicus curiae in te schakelen?
- g. Zou u met de kennis van nu opnieuw kiezen voor de in uw zaak toegepaste variant van de amicus curiae (gesloten- of openvariant) en waarom?

#### Fase 2: de inbreng van informatie door de amicus

- a. Zouden de brieven van de amici – die uiteraard op de zaak betrekking hebbende stukken zijn – openbaar moeten worden gemaakt? Of althans zou mededeling moeten worden gedaan van het feit dat een expliciete verwijzing naar een brief door AG of ABRvS op voorhand niet uitgesloten moet worden geacht?



- b. Partijen krijgen uiteraard de gelegenheid om op de ingekomen brieven van de amici te reageren.  
Zouden de amici zelf ook in de gelegenheid moeten worden gesteld op elkaars inbreng te reageren?  
En zouden zij de gelegenheid moeten krijgen te reageren op de reactie die partijen geven op hun inbreng?
- c. Had u de behoefte of is denkbaar dat op enig moment de behoefte zal bestaan om de amici of een enkele amicus op zitting te horen? En wat zijn daarbij de relevante overwegingen?
- d. Hoe beoordeelt u de bruikbaarheid van de ingekomen amici brieven? Bodet u de informatie waar u naar op zoek was?
- e. Een van de gevreesde negatieve bijwerkingen van de inschakeling van de amicus curiae betreft de toename van de werklast en het optreden van vertraging in de afdoening. Hoe heeft u dat in de zaak/zaken waarbij u betrokken was ervaren? Is het aspect van verhoging van de werklast/optreden van vertraging in toekomstige gevallen voor u een reden om af te zien van inschakeling van de amicus of is het reden om het gericht aan te zoeken van amici te verkiezen boven een open internetconsultatie?
- f. In de prejudiciële procedure voor de civiele kamer van de Hoge Raad mag een amicus brief alleen worden ingebracht door tussenkomst van een cassatieadvocaat. Heeft u voor procedures voor de ABRvS op enigerlei wijze behoefte aan een drempel voor het inbrengen van amici-brieven? Zo nee, waarom niet? Zo ja, waarom wel en wanneer en hoe zou zo'n drempel er dan uit kunnen zien?
- g. In twee van de drie zaken is het instrument van de amicus curiae toegepast waarin tevens een conclusie is gevraagd en de zaak naar een grote kamer is verwezen. Zou de amicus curiae naar uw mening slechts moeten worden ingeschakeld als er ook een conclusie wordt gevraagd en/of de zaak naar een grote kamer wordt verwezen of moet dit ook in andere zaken mogelijk zijn?
- h. Speelt bij het al dan niet inschakelen van het instrument van de amicus curiae nog een rol of partijen zich door een professionele gemachtigde laten bijstaan? Zo nee, is er dan wel een andere houding van de rechter vereist ten aanzien van de door de amici verstrekte inlichtingen?

### **Fase 3: hoe gaat de ABRvS met de informatie om?**

- a. Heeft de inspraak van amici enige invloed (gehad) op de uiteindelijke beslissing? En zo ja, waarin is die invloed dan gelegen; in de verschaffing van feitelijke gegevens, in de kracht van de juridische argumentatie of beide? En sluit dit ook aan bij de redenen waarom in eerste instantie besloten is het instrument toe te passen?
- b. Vindt u dat de advocaat-generaal en/of de ABRvS expliciet naar de ingebrachte amici-brieven dient te verwijzen in de conclusie respectievelijk de uitspraak? Zo nee, waarom niet? Zo ja, waarom wel en op welke wijze zouden advocaat-generaal en ABRvS dat dan moeten doen?
- c. Bent u zich bewust van het mogelijke gevaar van lobbyisme door de amici voor de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid en zo ja, hoe ga je wapen je je daartegen als rechter? Is dat mogelijke gevaar volgens u een reden om terughoudend te zijn met het inschakelen van het instrument van de amicus curiae of om dit instrument in het geheel niet meer toe te passen? Of eerder om de 'gesloten variant' te kiezen en zelf een keuze te maken in de amici 'die meedoen'.

- d. Geven de eerste ervaringen aanleiding een wettelijke regeling van de amicus curiae in de Awb op te nemen – zoals voorgesteld door de Commissie Scheltema – en/of om regels omtrent inschakeling van de amicus curiae op te nemen in de procesregeling; of kunnen we volstaan met toepassing van het huidige artikel 8:45, eerste lid, Awb? Kortom, heeft u een wettelijke grondslag of basis in de procesregeling gemist? En zo ja, op welke punten?
- e. Zou u met de kennis van nu opnieuw kiezen het instrument van de amicus curiae in te zetten en waarom? Is er tot slot iets dat u nu anders zou aanpakken?

## 4 Questionnaire procespartijen

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
1. Het is goed dat de Afdeling de amicus curiae in heeft gezet in mijn zaak.					
Toelichting					
2. De inzet van de amicus curiae heeft bijgedragen aan mijn acceptatie van de uitspraak van de Afdeling.					
Toelichting					
3. De inlichtingen die door de amici zijn verstrekt, hebben nieuwe gezichtspunten opgeleverd ten opzichte van wat door mij en de andere(n) partij(en) naar voren is gebracht.					
Toelichting					
4. (Sommige van) de amici hebben zich in mijn zaak als lobbyist opgesteld.					
Toelichting					
5. Lobbyisme van (sommige van) de amici heeft eraan in de weg gestaan dat nieuwe voor de beslissing in mijn zaak relevante inlichtingen naar voren zijn gebracht.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
6. Kijkend naar de uitspraak heeft de Afdeling de inlichtingen van de amici op een verantwoorde wijze geselecteerd en gewogen.					
Toelichting					
7. Ik kan mij vinden in de door de Afdeling in mijn zaak gekozen variant van de amicus curiae (gerichte uitnodigingen of open internetconsultatie).					
Toelichting					
8. Indien in uw zaak voor een gerichte uitnodiging van amici is gekozen in plaats van voor een open internetconsultatie: de door de Afdeling geselecteerde amici zijn representatief voor de belangen die speelden in mijn zaak.					
Toelichting					
9. Indien in uw zaak voor een gerichte uitnodiging van amici is gekozen in plaats van voor een open internetconsultatie: het niveau van de inlichtingen van de amici was toereikend om de Afdeling goed te informeren over de vragen in mijn zaak.					
Toelichting					
10. Ik ben door de Afdeling voldoende in de gelegenheid gesteld om te reageren op het voornemen van de Afdeling om de amicus curiae in te zetten.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
11. Ik ben door de Afdeling voldoende in de gelegenheid gesteld om te reageren op de vragen die aan de amici zijn gesteld.					
Toelichting					
12. Voor zover van toepassing: de Afdeling heeft mijn inbreng ten aanzien van de inzet van de amicus curiae en de concrete vraagstelling, voldoende meegenomen.					
Toelichting					
13. Ik ben door de Afdeling voldoende in de gelegenheid gesteld om te reageren op de inlichtingen van de amici.					
Toelichting					
14. Ik vond het moeilijk te reageren op de inlichtingen van de amici vanwege de specifieke deskundigheid die hiervoor nodig is.					
Toelichting					
15. Ik vind het een gemis dat de amici niet in de gelegenheid zijn gesteld te reageren op mijn reactie op hun inlichtingen.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
16. Ik vind het een gemis dat de amici niet op zitting aanwezig waren.					
Toelichting					
17. De inzet van de amicus curiae moet expliciet worden geregeld in de wet, in de procesregeling of in een combinatie van beide.					
Toelichting					
18. De amici in mijn zaak zijn voldoende transparant geweest over het belang dat zij bij de uitspraak hebben.					
Toelichting					
19. Alleen de reacties van amici die transparant zijn geweest over het belang dat zij bij de uitspraak hebben, mogen door de Afdeling in haar oordeelsvorming worden betrokken.					
Toelichting					
20. Alle inlichtingen van de amici moeten openbaar worden gemaakt op de website van de Raad van State.					
Toelichting					
21. Het inzetten van de amicus curiae heeft tot een aanzienlijke vertraging van de procedure geleid.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
22. De vertraging van de procedure door het inzetten van de amicus curiae weegt niet op tegen de voordelen ervan.					
Toelichting					
23. De amicus curiae moet alleen worden ingezet in zaken waarin een conclusie wordt gevraagd aan de advocaat-generaal.					
Toelichting					
24. De amicus curiae moet alleen worden ingezet in zaken waarin uitspraak wordt gedaan door een grote kamer.					
Toelichting					
25. Om de verdedigingsrechten van procespartijen te beschermen, mag de Afdeling de amicus curiae alleen inzetten als procespartijen zich laten vertegenwoordigen door professionele rechtsbijstandverleners.					
Toelichting					

## 5 Questionnaire amici

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
1. Het is goed dat de Afdeling de amicus curiae inzet in zaken die gevolgen hebben voor de uitkomst in andere zaken.					
Toelichting					
2. Het is goed dat de Afdeling de amicus curiae heeft ingezet in de zaak waarin ik als amicus inlichtingen heb verstrekt.					
Toelichting					
3. Het inzetten van de amicus curiae moet uitsluitend tot doel hebben om de Afdeling voor te lichten over de mogelijke gevolgen van haar uitspraak in deze én andere zaken.					
Toelichting					
4. Het inzetten van de amicus curiae draagt bij aan de (maatschappelijke) acceptatie van de betreffende uitspraak van de Afdeling.					
Toelichting					



	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
5. Vanwege het gevaar van lobbyïsme moet de Afdeling de amicus curiae in een beperkt aantal zaken inzetten.					
Toelichting					
6. Omwille van de transparantie moet de Afdeling in haar motivering inzicht geven in wat zij met de inbreng van de amici heeft gedaan.					
Toelichting					
7. De Afdeling moet voortaan bij het uitnodigen van amici curiae altijd kiezen voor een open consultatie in plaats van voor het gericht uitnodigen van enkele amici.					
Toelichting					
8. Indien u gericht bent uitgenodigd als amicus inlichtingen te verstrekken: de door de Afdeling geselecteerde amici zijn representatief voor de belangen die speelden in de zaak.					
Toelichting					
9. Om de inlichting van een amicus op waarde te kunnen schatten, moeten de amici op voorhand aangeven of zij een concreet belang bij de uitspraak vertegenwoordigen, bijvoorbeeld omdat zij verwickeld zijn in een soortgelijke procedure.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
10. Het was mij voldoende duidelijk wat van mij als amicus werd verwacht in de procedure waarin ik inlichtingen heb verstrekt.					
Toelichting					
11. De door de Afdeling verstrekte informatie over de zaak en de in de zaak voorliggende vragen, waren voor mij voldoende duidelijk om inlichtingen te verstrekken.					
Toelichting					
12. In toekomstige gevallen dient de Afdeling in de uitnodiging aan de amici niet te volstaan met het voorleggen van de te beantwoorden rechtsvraag, maar dient zij heel gericht te vragen naar de gevolgen van verschillende mogelijke antwoorden op die rechtsvraag.					
Toelichting					
13. De door de Afdeling gegunde termijn voor het verstrekken van inlichtingen was te kort.					
Toelichting					
14. Ik had de door mij verstrekte inlichtingen graag toegelicht op zitting.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
15. Ik had graag willen reageren op de inlichtingen van de andere amici.					
Toelichting					
16. Ik had graag willen reageren op de reactie van procespartijen op mijn inlichtingen.					
Toelichting					
17. De inzet van de amicus curiae moet expliciet worden geregeld in de wet, in de procesregeling of in een combinatie van beide.					
Toelichting					
18. De Afdeling heeft mij vooraf voldoende op de hoogte gesteld van hoe zij gebruik zou maken van de door mij verstrekte inlichtingen.					
Toelichting					
19. De Afdeling is in haar uitspraak voldoende transparant geweest in het gebruik van mijn inlichtingen.					
Toelichting					
20. De Afdeling heeft mijn inlichtingen onvoldoende in haar uitspraak betrokken.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
21. Alle inlichtingen van de amici hadden in het geheel openbaar moeten worden gemaakt op de website van de Raad van State.					
Toelichting					
22. De Afdeling moet de inlichtingen van amici volledig geheim houden en dus niet met naam noemen in de uitspraak.					
Toelichting					
23. De amicus curiae moet alleen worden ingezet in zaken waarin een conclusie wordt gevraagd aan de advocaat-generaal.					
Toelichting					
24. De amicus curiae moet alleen worden ingezet in zaken waarin uitspraak wordt gedaan door een grote kamer.					
Toelichting					
25. De communicatie door de Afdeling met mij, waaronder bijvoorbeeld het toesturen van de uitspraak, is prettig en duidelijk verlopen.					
Toelichting					
26. Amici moeten voortaan online inlichtingen kunnen verstrekken.					
Toelichting					

	Helemaal mee oneens	Oneens	Neutraal	Eens	Helemaal mee eens
27. Ik zou dezelfde informatie hebben verstrekt als mij van tevoren was gezegd dat mijn inlichtingen openbaar zouden worden gemaakt op de website van de Raad van State.					
Toelichting					





