

8. Advies van vrienden en het EHRM aan de Belastingkamer

MR. A.J.C. PERDAEMS

De afgelopen jaren heeft de Belastingkamer van de Hoge Raad (hierna: Belastingkamer) een aantal nieuwe bevoegdheden gekregen. De Belastingkamer kan gebruikmaken van nieuwe bevoegdheden die voor de cassatierechter zijn gaan gelden en van nieuwe bevoegdheden die de hoogste bestuursrechter heeft gekregen. Dit komt doordat de Belastingkamer zowel cassatierechter is als hoogste bestuursrechter. Daarmee neemt de Belastingkamer een bijzondere positie in, zowel binnen de Hoge Raad als tussen de andere hoogste bestuursrechters. Wat voegen deze bevoegdheden in de praktijk toe? En wordt er wel alles uitgehaald? Deze vragen bespreek ik voor de adviesvraag aan het EHRM, de prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en de *amicus curiae*.

1. Adviesvraag aan het EHRM

De Belastingkamer van de Hoge Raad heeft sinds 1 juni 2019 de mogelijkheid om advies te vragen aan het EHRM. Op basis van het 16e Protocol bij het EVRM kunnen hoogste nationale rechters zogenoemde ‘advisory opinions’ aan het EHRM vragen. De adviesvraag moet gaan over principiële rechtsvragen met betrekking tot de interpretatie of toepassing van de rechten en vrijheden, neergelegd in het EVRM of de daartoe behorende protocollen. Ook moet het gevraagde advies relevant zijn in een aanhangige zaak. De Hoge Raad heeft tot op heden nog geen gebruikgemaakt van deze mogelijkheid.¹ Wel werd in het Urgenda-arrest door de Civiele Kamer van de Hoge Raad toegelicht waarom niet werd verzocht om een ‘advisory opinion’ aan het EHRM op grond van Protocol nr. 16.² Het ging om de vraag of, kort gezegd, ‘het recht op leven’ dat is gewaarborgd in art. 2 en 8 EVRM geen verplichting op Nederland legt omdat de uitstoot van broeikasgassen een wereldwijd karakter heeft. De Hoge Raad vroeg geen advies omdat het antwoord op deze vraag voldoende duidelijk is en het niet verplicht is om advies te vragen. Als bijkomend argument is genoemd dat partijen hadden verzocht in 2019 uitspraak te doen omdat het bevel van de rechtbank om de Nederlandse uitstoot van broeikasgassen met ten minste 25% te verminderen liep tot eind 2020.

De Hoge Raad heeft vrijheid om te bepalen of advies wordt gevraagd. De keuze ligt bij de (hoogste) nationale rechter.

Er bestaat ook geen verplichting tot het vragen van advies bij twijfel. Dit in tegenstelling tot de verplichting om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) te stellen als twijfel bestaat over de uitleg van het Unierecht. Daaronder kunnen overigens ook de in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie opgenomen rechtsbeginselen vallen, zoals het recht op eigendom, het recht op privacy en de onschuldpresumptie. Zodra het Unierecht van toepassing is³ en gesteld wordt dat rechten worden geschonden, kan dus toch de verplichting bestaan niet zelf een oordeel te geven, maar prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. De keuzevrijheid van de Hoge Raad is daardoor beperkter dan het lijkt zodra het EU-recht van toepassing is.

De Belastingkamer heeft tot op heden⁴ geen advies gevraagd aan het EHRM en ook niet toegelicht waarom dat niet is gedaan. Kennelijk vond de Belastingkamer het niet nodig om bijvoorbeeld in de box 3-procedure advies te vragen aan het EHRM. De Belastingkamer kwam zelf tot het oordeel dat sprake is van een schending van het eigendomsrecht en het discriminatieverbod.⁵ Gelet op de duidelijke schending kan ik dat goed volgen. Ook kwam de Belastingkamer recent zelf tot het oordeel dat de informatie die met de suppletieaangifte wordt verstrekt niet voor beboeting mag worden gebruikt omdat anders het verbod om mee te werken aan de eigen veroordeling wordt geschonden (*nemo tenetur*-beginsel).⁶

1 Zie een overzicht van de gevraagde adviezen op: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22PROTOCOL16%22%7D>.

2 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

3 Zie ook A.J.C. Perdaems, ‘Hoge Raad en grondrechten: EHRM of Hof van Justitie EU?’, *WFR* 2017/15.

4 1 februari 2022.

5 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

6 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1351.

De drempel om advies te vragen aan het EHRM lijkt hoog. Wellicht heeft dat te maken met de doorlooptijden bij het EHRM en het vereiste dat het principiële rechtsvragen moeten zijn met betrekking tot interpretaties of toepassing van de mensenrechten. Niettemin levert het sneller duidelijkheid op als de Hoge Raad advies aan het EHRM zou vragen dan wanneer na het arrest van de Hoge Raad een klacht bij het EHRM wordt ingediend. Zo lopen er voor zover mij bekend procedures bij het EHRM over de uitleg die de Hoge Raad geeft aan het nemo tenetur-beginsel en wilsafhankelijk materiaal⁷ en over het tot 2017 geldende box 3-stelsel.

Mijns inziens is het belangrijk dat de Belastingkamer de adviesvraag gaat gebruiken

Als in een cassatieprocedure het standpunt wordt ingenomen dat mensenrechten worden geschonden zoals het eigendomsrecht (art. 1 EP bij het EVRM), het recht op privacy of het nemo tenetur-beginsel dan kunnen partijen de Hoge Raad verzoeken advies te vragen aan het EHRM. Uit het Urgenda-arrest blijkt dat de Hoge Raad de mening van partijen over bijvoorbeeld tijdsduur meeweegt. Maar ook los van een procedure is het belangrijk om in de literatuur mogelijke schendingen van mensenrechten te signaleren. Daardoor kan de Hoge Raad worden getriggerd om in een aanhangige procedure advies te vragen aan het EHRM. Mijns inziens is het belangrijk dat de Belastingkamer de adviesvraag gaat gebruiken.

Uiteindelijk levert dat eerder rechtszekerheid op dan wanneer de belastingplichtige een klacht bij het EHRM moet indienen. Ook kan het voor de belastingplichtige juist minder belastend zijn als hij niet zelf een klachtenprocedure bij het EHRM hoeft te doorlopen maar dat dit via de Hoge Raad loopt.

2. Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

De Hoge Raad kan sinds enkele jaren eerder in het proces bereikt worden door feitenrechters. Sinds 1 januari 2016 kunnen feitenrechters prejudiciële vragen stellen aan de Hoge Raad. Hierdoor kan sneller zekerheid over rechtsvragen worden verkregen. Van deze mogelijkheid wordt mondjesmaat gebruikgemaakt. Een belangrijk voordeel van deze procedure is dat een aanzienlijke procesversnelling kan worden bereikt. De rechtbank stelt vragen aan de Hoge Raad en kan de antwoorden daarna direct toepassen. In het ideale geval is de procedure daarna afgerond.

Voorwaarden zijn:

- de voorgelegde vraag moet een rechtsvraag zijn;
- de rechtsvraag moet potentieel in een groot aantal vergelijkbare zaken spelen;
- beantwoording van de vraag moet nodig zijn om in de voorliggende zaak te kunnen beslissen.

De voorwaarde dat de rechtsvraag potentieel in een groot aantal gevallen speelt, is in de praktijk een drempel. Alleen al dit bewijs leveren is ingewikkeld omdat de belastingplichtige niet weet in welke zaken de rechtsvraag nog meer speelt. In mijn eerdere bijdrage aan *TFB*⁸ heb ik betoogd deze voorwaarde, die overigens niet in de wet is vastgelegd, minder stringent uit te leggen. Bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij het criterium dat in strafzaken zal worden gebruikt. Daar wordt het criterium of aan het antwoord op de rechtsvraag bijzonder gewicht kan worden toegekend, gelet op het met de vraag gemoeide zaaksoverstijgend belang. De toets of een zaaksoverstijgend belang aanwezig is, is makkelijker uitvoerbaar en sluit beter aan bij de behoefte in de praktijk om bij een zaaksoverstijgend belang snel duidelijkheid van de Hoge Raad te krijgen.

Met het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kan tijdswinst in een procedure worden behaald

Een procedure die zich had geleend voor prejudiciële vragen aan de Hoge Raad was de box 3-procedure. Aangezien in geschil was of op regelniveau sprake was van een schending van het eigendomsrecht en/of het discriminatieverbod, was dit een rechtsvraag die kon worden voorgelegd. Het zaaksoverstijgend belang lijkt mij duidelijk. Ook in de procedures die ongetwijfeld gaan volgen over de gevolgen van selectie van te controleren aangiften in het project 1043 en door opname in de database Fraude Signalering Voorziening kunnen wellicht prejudiciële vragen worden gesteld. De Hoge Raad⁹ heeft recent een aantal rechtsregels gegeven maar denkbaar is dat zich andere situaties voordoen waarvoor de feitenrechter meer duidelijkheid wenst. Ook procedures over tariefindeling in de omzetbelasting lenen zich voor prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Maar denk ook aan de uitleg van een wettelijke bepaling of toepassing van overgangsrecht. En natuurlijk procedures waarin de uitleg van Europees recht speelt zoals het Handvest. De feitenrechter kan zelf een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie maar kan dit ook aan de Hoge Raad overlaten. Het voordeel daarvan is dat een Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad in een conclusie een analyse kan geven van de ontwikkelingen in de jurisprudentie en de mogelijkheden van beantwoording van de vraag en de gevolgen

⁷ De Lége against The Netherlands, Application no. 58342/15, communicated on 24 November 2017.

⁸ A.J.C. Perdaems, 'Vragen staat vrij: prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', *TFB* 2020/22.

⁹ HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, *NLF* 2021/2419 met annotatie van A.J.C. Perdaems.

die daarbij horen. Ook wordt dan voorkomen dat de Hoge Raad jaren later alsnog prejudiciële vragen aan het HvJ EU gaat stellen. Met het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kan tijdswinst in een procedure worden behaald.

Als het geschil ziet op een rechtsvraag dan zullen na beantwoording van de vraag door de Hoge Raad hoger beroep en cassatie niet meer nodig zijn. Tijdswinst kan worden behaald door bij het instellen van beroep in een afzonderlijke brief hierop te wijzen en de rechter te verzoeken de vragen met voorrang te behandelen. De Hoge Raad geeft ook voorrang aan de prejudiciële vragen die worden voorgelegd. De feitenrechter zou dat mijns inziens ook moeten doen. Juist vanwege het zaaksoverstijgend belang dat aanwezig is bij het verkrijgen van duidelijkheid over de rechtsvraag. Hier is wat mij betreft nog tijdswinst te behalen.

Overigens is het volgens de minister van Justitie en Veiligheid niet mogelijk voor de Hoge Raad om advies te vragen aan het EHRM als de procedure via een prejudiciële vraag van de feitenrechter bij de Hoge Raad terechtkomt.¹⁰ Er zou geen sprake zijn van een aanhangige zaak. Deze uitleg is volgens mij strenger dan de bedoeling is volgens de toelichting bij Protocol nr. 16. Daaruit blijkt dat de procedure niet is bedoeld voor vragen die niet in een concrete procedure spelen. Als een prejudiciële vraag wordt gesteld over een schending van mensenrechten dan speelt die vraag in de betreffende procedure waardoor volgens mij aan de voorwaarde is voldaan dat de zaak aanhangig is. Mijns inziens kan de feitenrechter dus via een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad advies aan het EHRM laten vragen over de gestelde schending van mensenrechten. Het is dan de Hoge Raad die beslist of advies wordt gevraagd.

3. Amicus curiae

Voor de hoogste bestuursrechters is met ingang van 1 juli 2021 de Wet amicus curiae en kruisbenoemingen in werking getreden.¹¹ De Belastingkamer is naast cassatierechter ook hoogste bestuursrechter waardoor deze wet ook van toepassing is voor de Belastingkamer. Via deze route heeft de Belastingkamer bevoegdheden die de civiele en de strafkamer niet hebben. Deze wet heeft twee wijzigingen tot gevolg. De Hoge Raad kan derden om inspraak vragen en andere hoogste bestuursrechters kunnen zitting nemen in de Hoge Raad. Bij de Hoge Raad hebben voor zover ik heb kunnen nagaan nog geen andere rechters zitting genomen.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34235 (R2053), nr. 7, p. 6 en 7.

¹¹ Besluit van 10 juni 2021, houdende wijziging van het Besluit orde van dienst gerechten en het Besluit rechtspositie Raad van State, Algemene Rekenkamer en Nationale ombudsman in verband met kruisbenoemingen tussen de hoogste rechtscolleges alsmede vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 14 oktober 2020 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren in verband met enkele wijzigingen in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bij de hoogste rechtscolleges (amicus curiae en kruisbenoemingen) (Stb. 2020, 416).

Dat is ook niet verwonderlijk gelet op de beperkingen van de cassatieprocedure. Wel nemen raadsheren van de Hoge Raad al langere tijd zitting bij andere hoogste bestuursrechters. Hier ga ik in deze bijdrage niet nader op in.

De mogelijkheid om andere dan partijen in de procedure te betrekken is geregeld in art. 8:12b Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). De Belastingkamer kan een amicus curiae (vriend van de Hoge Raad) in de gelegenheid stellen om schriftelijke opmerkingen te maken in een lopende procedure. De achterliggende gedachte is dat met de inbreng van derden een bijdrage kan worden geleverd aan de rechtsontwikkeling. Het doel van de inbreng van meedenkers is om de rechter een beter, breder beeld te geven van de mogelijke maatschappelijke gevolgen van een te nemen beslissing.¹² Deze procedure is bedoeld voor een beperkt aantal zaken waarin de inzet daadwerkelijk toegevoegde waarde kan brengen voor de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters. Verwacht wordt dat het per hoogste bestuursrechter, dus ook voor de belastingkamer van de Hoge Raad, zal gaan om maximaal tien tot vijftien zaken per jaar.¹³ Tot op heden heeft de Hoge Raad nog geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid, voor zover dat in gepubliceerde bronnen valt na te gaan. Ook de andere hoogste bestuursrechters hebben nog geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.¹⁴

De Hoge Raad is geen feitenrechter; daarmee zijn de mogelijkheden om een inbreng aan derden te vragen beperkter

Hoe werkt de procedure?

Het is aan de rechter om te bepalen of anderen dan partijen in de gelegenheid worden gesteld een bijdrage aan de procedure te leveren.¹⁵ Als de rechter een inbreng wil vragen dan worden de volgende stappen doorlopen:

- Stap 1: Voorleggen voornemen aan partijen. De rechter dient het voornemen om opmerkingen van derden te vragen aan partijen voor te leggen.¹⁶
- Stap 2: Reactie op voornemen door partijen. De partijen kunnen schriftelijk op het voornemen reageren. Daarbij kunnen wensen voor de vraagstelling worden gegeven of suggesties voor bepaalde te benaderen personen worden gedaan. Ook kunnen suggesties worden gedaan over de stukken die ter beschikking worden gesteld aan de derde dan wel openbaar worden gemaakt.¹⁷ In de memorie van toelichting (hierna: MvT) wordt niet genoemd dat partijen de rechter kunnen verzoeken geen inbreng aan derden te vragen. Mijns inziens bestaat die

¹² Kamerstukken II 2019/20, 35550, nr. 3, blz. 1.

¹³ Kamerstukken II 2019/20, 35550, nr. 3, blz. 5.

¹⁴ Op 30 januari 2022 blijkt uit de gepubliceerde uitspraken dat de amicus curiae nog niet is ingezet.

¹⁵ Art. 8:12b lid 1 Awb en art. 29 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

¹⁶ Art. 8:12b lid 3 Awb.

¹⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35550, nr. 3, blz. 17.

mogelijkheid wel omdat partijen er belang bij kunnen hebben geen derden bij hun procedure te betrekken, bijvoorbeeld vanwege geheimhouding of omdat gevreesd wordt voor een inbreng waar bepaalde belangen van de derden achter kunnen zitten. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak heeft ook aandacht gevraagd voor het uitnodigingsbeleid in relatie tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. In reactie daarop is opgemerkt dat de rechter zorgvuldig de voordelen van het vragen van de inbreng afweegt tegen de mogelijke nadelen waarbij de beginselen van een behoorlijke procesvoering in acht moeten worden genomen. Indien een partij gemotiveerde bezwaren heeft tegen de inbreng door een bepaalde derde dan zou dat er mijns inziens toe moeten leiden dat de rechter aan die derde geen inbreng vraagt.

- Stap 3: Rechter beslist of hij derden om een inbreng vraagt en zo ja, op welke wijze. Er kan worden gekozen voor verschillende werkwijzen, variërend van het benaderen van specifieke personen tot open internetconsultaties.¹⁸ Ook de wijze waarop de inbreng plaats kan vinden en door wie, is voorbehouden aan de rechter. De rechter kan kiezen of wordt gewerkt met een specifieke vraagstelling aan de derde. De rechter dient ook te beslissen hoe wordt omgegaan met stukken, omdat het mogelijk is om derden kennis te laten nemen van stukken. Niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken hoeven te worden verstrekt.¹⁹ Dit roept een aantal vragen op, zoals hoe deze mogelijkheid zich verhoudt tot het uitgangspunt dat de belastingprocedure achter gesloten deuren plaatsvindt.²⁰ En hoe verhoudt dit zich tot de geheimhoudingsplicht²¹ van de inspecteur? Een oplossing kan worden gevonden in anonimisering van de stukken. Ook kan worden gedacht aan onderteekening van een geheimhoudingsverklaring door de derde waarbij dan tevens kan worden verklaard dat geen belangen bij de voorliggende vraag aanwezig zijn. Stukken zouden mijns inziens pas aan de *amicus curiae* mogen worden verstrekt na toestemming van partijen. Voordat toestemming wordt gegeven, worden partijen in de gelegenheid gesteld de ter beschikking te stellen stukken te beoordelen op bijvoorbeeld volledige anonimisering. Als wordt gekozen voor inbreng door derden via een openbare internetconsultatie dan zal het verstrekken van stukken mijns inziens niet verder mogen gaan dan de reeds gepubliceerde uitspraken.
- Stap 4: Inbreng door derden.
- Stap 5: Inbreng naar partijen.
- Stap 6: Partijen reageren schriftelijk op inbreng. Nadat de *amicus curiae* zijn inbreng heeft gegeven, worden partijen in de gelegenheid gesteld daarop schriftelijk te

reageren.²² Hiermee wordt het vereiste van hoor en wederhoor gewaarborgd.

- Stap 7: Rechter bepaalt of de derden die een inbreng hebben geleverd ter zitting worden uitgenodigd om over hun opmerkingen te worden gehoord. Partijen worden hiervan in de uitnodiging van de zitting op de hoogte gesteld. Art. 29c AWR is aangepast zodat ook de Hoge Raad partijen en de derden ter zitting kan uitnodigen.
- Stap 8: Zitting met partijen en de derden. Partijen kunnen ter zitting reageren op de opmerkingen en toelichtingen van de *amicus curiae*.²³ Het uitnodigen van de *amicus curiae* ter zitting kan volgens mij toegevoegde waarde bieden als bijvoorbeeld bij de rechter vragen bestaan over de toepassing van een regeling in de praktijk. De rechter kan dan gerichte vragen stellen en doorvragen.

Belastingkamer is geen feitenrechter

De *amicus curiae* wordt ingevoerd voor de hoogste bestuursrechter. Een verschil tussen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven enerzijds en de Hoge Raad anderzijds is dat de Hoge Raad geen feitenrechter is. Daarmee zijn de mogelijkheden voor de Hoge Raad om een inbreng aan derden te vragen mijns inziens beperkter dan voor de andere hoogste bestuursrechters.

De inbreng die de Hoge Raad vraagt, zal dan vermoedelijk met name zien op de uitleg van wettelijke bepalingen, maar heeft de Hoge Raad daar derden voor nodig?

Mag de Hoge Raad ook vragen hoe arresten in de praktijk worden toegepast of wat de gevolgen zijn van een bepaalde uitleg van een wettelijke bepaling in de praktijk? Of mag de Hoge Raad bijvoorbeeld nagaan hoe steekproeven door de inspecteur worden genomen en hoe een statisticus daar tegenaan kijkt? Ik denk dat de Hoge Raad dan al snel om feitelijke informatie vraagt dan wel in ieder geval feitelijke informatie ontvangt. Dat strookt niet met het uitgangspunt dat in beginsel in cassatie geen ruimte meer is voor een onderzoek van feitelijke aard. De gevraagde input zou kunnen worden gekwalificeerd als feiten van algemene bekendheid waar de Hoge Raad wel acht op mag slaan. Dat zijn feiten die niet voor betwisting vatbaar zijn.²⁴ Dat hiervan sprake is, ligt niet voor de hand omdat voor feiten van algemene bekendheid doorgaans geen deskundige nodig is. In ieder geval zullen partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld op de input die de derde levert te reageren waardoor door hen op de feitelijke input kan worden gereageerd. Ik vraag mij af hoe de Hoge Raad daarmee om zal gaan. Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad de input gebruikt voor het formuleren van rechtsregels en de proce-

18 *Kamerstukken II* 2019/20, 35550, nr. 3, blz. 16.

19 *Kamerstukken II* 2019/20, 35550, nr. 3, blz. 17.

20 Met uitzondering van de procedures waarin een boetebeschikking is genomen.

21 Art. 67 AWR.

22 Art. 8:12b lid 4 Awb.

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

24 Zie ook M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, par. 2.4.2.4.d.

ture zal verwijzen naar de feitenrechter zodat de feitenrechter deze nieuwe informatie in zijn oordeel kan betrekken.

Een recent voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad over het gebruik van de database FSV.²⁵ In de procedures waarin de Hoge Raad tot op heden heeft geoordeeld, heeft de Hoge Raad geen oordeel kunnen geven omdat bij het hof te weinig naar voren was gebracht door een gebrek aan informatie. Naar aanleiding van Kamervragen is veel informatie over dit project openbaar geworden. De Hoge Raad heeft in deze procedures geoordeeld dat deze informatie niet kan worden betrokken bij zijn oordeel als cassatierechter over de hofuitspraak. De Hoge Raad heeft kennelijk geen mogelijkheid gezien om informatie boven water te krijgen via de *amicus curiae*. Wel heeft de Hoge Raad gehint op een verzoek om herziening bij het hof. De Hoge Raad blijft daarbij bij zijn rol als cassatierechter.

A-G Wattel heeft recent in een conclusie over de gedifferentieerde premiepercentage Werkhervattingskas overwogen om de Hoge Raad de suggestie te doen derden bij de procedure te betrekken. Zijn toelichting laat goed zien hoe lastig het voor de Belastingkamer als cassatierechter zal zijn om hiervan gebruik te maken:²⁶

‘8.17 Gezien de civielrechtelijke, sociaal-verzekeringrechtelijke en feitelijke ondoordringbaarheid van deze zaak heb ik overwogen om u te suggereren om, alvorens kloeke besluiten te nemen, in deze zaak te experimenteren met de nieuwe regeling van de *amicus curiae* (art. 8:12b Awb juncto art. 29 AWR), met name met de afstemming met de partijen daarover, zoals ter zake van de vraag welke gedingstukken dan in welke (geanonimiseerde) vorm aan die amici ter beschikking zouden moeten worden gesteld. Het zou verhelderend kunnen zijn om te weten hoe de moeilijk toegankelijke regels in de praktijk worden begrepen en toegepast. Juist de feitelijke ondoordringbaarheid en civielrechtelijke onzekerheid pleiten echter ook tegen het raadplegen van vrienden, nu mijns inziens de feiten en de civielrechtelijke situatie duidelijk moeten zijn voordat er zinvol sociaal-verzekeringstechnische amici bij gehaald kunnen worden, die immers zullen moeten weten over welke feitelijke en civielrechtelijke configuratie zij moeten adviseren. Ik zie ook niet meteen welke dergelijke amici uitgenodigd zouden moeten worden (het UWV?), terwijl openstelling van de zaak op de website voor commentaar van iedereen denkelijk niet tot meer inzicht zal leiden dan de Borgersbrieven van de partijen en het vrije schootveld dat de vakpers op deze conclusie heeft, nog daargelaten dat er in deze zaak maar weinig recht te ontwikkelen valt.’

Ik ben benieuwd of de Hoge Raad in deze procedure ‘vrienden’ gaat uitnodigen en zo niet of de Hoge Raad in het arrest ingaat op deze suggestie van de A-G. Het blijft voor

mij de vraag op welke wijze de Hoge Raad de *amicus curiae* gaat inzetten gelet op het feit dat de Hoge Raad geen feitenrechter is.

Als de feitenrechter prejudiciële vragen aan de Hoge Raad stelt dan bestaat reeds de mogelijkheid voor derden om inbreng te leveren. Via de website van de Hoge Raad kan eenieder in de gelegenheid worden gesteld om te reageren.²⁷ Een verschil met de *amicus curiae* is dat bij de prejudiciële procedure niet de mogelijkheid bestaat het dossier aan derden te verstrekken. Ook is een belangrijk verschil dat de bij de prejudiciële procedure de feiten nog niet zijn volledig zijn vastgesteld door de feitenrechter. De feitenrechter gaat immers het antwoord van de Hoge Raad toepassen in de betreffende procedure. In de prejudiciële procedure worden via de website van de Hoge Raad niet veel reacties ingediend als inbreng wordt gevraagd. Ik verwacht dat de inzet van de *amicus curiae* juist specifiek gebruikt zal worden als de Hoge Raad bijvoorbeeld een toelichting van een statisticus wenst te verkrijgen in een procedure waarin steekproeven zijn gebruikt.

Partijen kunnen een belangrijke rol spelen door proactief te verzoeken om vragen aan de ‘vriend’ van de Hoge Raad te stellen

4. Bijzondere positie Belastingkamer

De Belastingkamer heeft een aantal nieuwe bevoegdheden gekregen. Deze hebben ten doel de rechtsontwikkeling te verbeteren en te versnellen. Doordat advies kan worden gevraagd aan het EHRM kan sneller duidelijkheid worden verkregen over de uitleg van mensenrechten. En doordat feitenrechters prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kunnen stellen, kan de Hoge Raad eerder een oordeel geven over zaakoverstijgende rechtsvragen. Juist doordat de oordelen waarin rechtsontwikkeling plaatsvindt voor vele belastingplichtigen kunnen gelden, zijn bevoegdheden ontwikkeld waardoor de Hoge Raad hulp van derden kan invoeren. Niet alleen als een prejudiciële vraag wordt gesteld maar ook in een reguliere cassatieprocedure kan de Hoge Raad een *amicus curiae* de mogelijkheid geven om inspraak te leveren. Dat kan zelfs tijdens een zitting bij de Hoge Raad waarbij vragen aan de ‘vriend’ van de Hoge Raad kunnen worden gesteld. Deze bevoegdheden zullen niet vaak worden gebruikt omdat deze alleen kunnen worden ingezet als zich belangrijke rechtsvragen voordoen. Niettemin is het voor de praktijk belangrijk om deze mogelijkheden goed in beeld te hebben zodat om toepassing kan worden verzocht. Partijen kunnen hier een belangrijke rol in spelen door proactief te verzoeken om toepassing van deze bevoegdheden.

25 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, NLF 2021/2419 met annotatie van A.J.C. Perdaems.

26 A-G Wattel, conclusie van 15 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1183.

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

Dat kan zelfs al bij de feitenrechter omdat de feitenrechter via prejudiciële vragen een rechtsvraag aan de Hoge Raad kan voorleggen.

Tot slot valt op dat de bevoegdheden tussen de Belastingkamer en de andere hoogste bestuursrechters niet gelijk lopen. Zo kunnen feitenrechters geen prejudiciële vragen stellen aan andere hoogste bestuursrechters. Dat is mijns inziens ook logisch omdat de andere hoogste bestuursrechters ook feitenrechter en de tweede instantie zijn, daar waar de Hoge Raad geen feitenrechter is en de derde instantie is in een procedure. De hoogste bestuursrechters bewaken de rechtsontwikkeling en rechtseenheid via hoger beroep. Ook de bevoegdheden tussen de Belastingkamer en de andere kamers van de Hoge Raad lopen niet gelijk. Voor de mogelijkheid om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen, wordt dat op termijn gelijkgetrokken omdat dat ook mogelijk wordt in strafzaken. Het inschakelen van een

amicus curiae is alleen mogelijk voor de Belastingkamer. Omdat de Belastingkamer geen feitenrechter is, zal het toepassen van deze bevoegdheid mijns inziens complex zijn. Ik ben dan ook benieuwd of, en zo ja, op welke wijze de Belastingkamer deze bevoegdheid gaat inzetten. De Belastingkamer reageerde positief op de mogelijkheid om 'vrienden' om input te vragen dus we gaan het zien.²⁸ Als in de praktijk blijkt dat dit toegevoegde waarde biedt dan zou deze bevoegdheid kunnen worden doorgetrokken naar de civiele en strafkamer van de Hoge Raad.

Dit artikel is afgesloten op 10 februari 2022.

Over de auteur

Mr. A.J.C. (Angélique) Perdaems

Advocaat bij Hertoghs advocaten, gespecialiseerd in het voeren van fiscale procedures.

²⁸ Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35550, nr. 3, bijlage 'Advies van de Hoge Raad'.