

moeten nastreven of ook andere doelen, zoals bijvoorbeeld rechtshandhaving? Zowel de Belgische als de Nederlandse leden wezen erop dat het niet nuttig is om deze doelen als elkaar uitsluitende doelen te zien. Harmonisatie is een doel op zichzelf. Belangrijke verworvenheden van harmonisatie, zoals een betere kenbaarheid en hanteerbaarheid van het recht en eenheid en eenvoud van het recht, leiden als vanzelf tot een betere rechtsbescherming en een verbetering van de relatie 'burger-bestuur'. De precieze doelen van harmonisatie dienen afhankelijk van de situatie te worden ingevuld. Bovendien wordt harmonisatie soms ingegeven door pragmatische argumenten: het is simpelweg efficiënter iets één keer dan twintig keer op te schrijven. Vastgesteld kan worden dat de uniforme regeling van de processuele en materiële eisen aan de besluitvorming in Nederland alom als 'winst' worden beschouwd ten opzichte van het pre-Awb-tijdperk, waarbij werd aangekend dat een belangrijke verklaring voor dit succes ligt in het feit dat de harmonisatie van bestuursrecht aanvankelijk bescheiden is aangepakt. De nadruk op de meer processuele eisen, zoals t.a.v. de motivering van besluiten en termijnen, dient daarbij niet te negatief te worden gewaardeerd. Wel werd op een keerzijde van die processuele nadruk gewezen: vergaande juridisering, zoals de bezwaarschriftprocedure in Nederland laat zien.

De Belgische preadviseurs gaven blijk van enige 'koudwatervrees' voor de harmonisatie van bestuursrecht: komt een algemene regeling wel voldoende tegemoet aan de ook gevoelde behoefte tot maatwerk? Dit bleek voor verschillende bij de totstandkoming van de Awb betrokken Nederlanders herkenbaar; het is een vrees die ook speelde bij de totstandkoming van de Awb. Toch overheerste in de vergadering bij de Nederlandse leden de overtuiging dat een harmonisatie van bestuursrecht veel goeds tot stand brengt: 'beter bestuur' dat voldoende ruimte laat voor op specifieke situaties afgestemde eisen. Zelfs de drie kernbegrippen van de Awb – bestuursorgaan, besluit, belanghebbende – dienen na verloop van tijd te worden aangepast om problemen van inflexibiliteit en juridisering te voorkomen, aldus de Nederlandse preadviseurs. Zij noemden als voorbeeld een eventueel in te voeren verzoekschriftprocedure (in plaats van vast te houden aan het 'schadebesluit'-begrip).

Bij de totstandkoming van de Awb is gekozen voor een gelaagde techniek: veel regels worden in lagere regelgeving nader geconcretiseerd. Een nadeel van die veel-lagige structuur is dat het voor de burger veelal niet duidelijk is op welk niveau de normstelling plaatsvindt. Die onduidelijkheid wordt bijvoorbeeld in het subsidierecht ervaren, waar de burger vaak met meerdere lagen – Awb, subsidiewet, verordening, beleidsregels – te maken krijgt. Het is daarom

zaak dat de bijzondere formele wetgever niet te veel ruimte laat voor de invulling van open normen in lagere regelgeving: er moet naar gestreefd worden de normen primair in de formele wet in te vullen. Zowel in Nederland als in België is dat overigens ook een beginsel van behoorlijke regelgeving.

Van toenemend en niet meer weg te denken belang is de invloed van Europees recht op nationaal bestuursrecht. In België blijkt in het wetsvoorstel voor een Algemene wet bestuursrecht niet of nauwelijks aandacht te zijn voor Europeesrechtelijke aspecten. Een voordeel van het maken van een Awb in deze tijd zou kunnen zijn dat daarin van begin af aan rekening kan worden gehouden met Europese invloeden, maar het is niet nuttig, zo betoogden de Nederlandse preadviseurs, om te wachten op een Euro-Awb alvorens met de harmonisatie-operatie te beginnen; deze zal waarschijnlijk nog decennia op zich laten wachten. Wel werd aangetekend dat bij specifieke bepalingen al rekening dient te worden gehouden met Europeesrechtelijke jurisprudentie. Een Awb op nationaal niveau heeft als belangrijk voordeel dat het eigen recht 'Europa-up-to-date' kan worden gehouden, zoals de Nederlandse regeling van de bestuurlijke boete laat zien: daarbij is gestreefd naar een 'Europa-conforme' regeling. Daarmee wordt voorkomen dat individuele ambtenaren op verschillende bestuursniveaus zich ieder afzonderlijk van de vaak complexe Europese regels op de hoogte moeten stellen. Als de algemene regel immers 'Europa-conform' is, dan is ook de uitvoering van die algemene regel op beschikkingsniveau dat. Benadrukt dient te worden dat de Europese invloed ver reikt en ook speelt op het niveau van de beginselen, zoals het vertrouwens-, evenredigheids- en openbaarheidsbeginsel, en mogelijk zelfs op de invulling van een kernbegrip als 'bestuursorgaan'.

De vergadering besloot met het wijzen op een gewenst neveneffect – maar geen doelstelling – van een harmonisatie van het bestuursrecht in Nederland, namelijk dat er een zogenaamde 'culturele evolutie van het bestuursrecht' heeft plaatsgevonden: er is stellig een bestuursrechtelijk discours ontstaan in zowel de wetenschap als de praktijk. Toch dient niet te worden vergeten dat er ook nog cruciale verbeterpunten zijn, zoals de bezwaarprocedure die nog te weinig wegheeft van informeel vooroverleg, de beslistermijnen waaraan bestuursorganen zich nog onvoldoende houden en de één-loket-gedachte bij complexe besluiten. Ook voor deze problemen geldt echter dat het Nederlandse bestuursrecht nog verder van huis zou zijn geweest zonder een Awb. ■

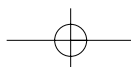
Michiel Tjepkema
(Universiteit Leiden)

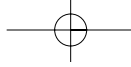
Wet MOT: De Wijkerslooth's vrijwaring gestuit door artikel 12 Sv?

In afwachting van de in september 2005 op handen zijnde wetswijziging van de Wet Identificatie bij Dienstverlening (WID) en de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (Wet MOT) vrijwaart de voorzitter van het College van Procureurs-generaal J.L. de Wijkerslooth advocaten van strafrechtelijke vervolging inzake schending van artikel 272 Sr. Deze vrijwaring geldt in situaties waarbij achteraf blijkt dat een advocaat onterecht melding heeft gemaakt van ongebruikelijke transacties. Het is echter ten eerste de vraag of de toezegging van De Wijkerslooth en de wetswijziging in 2005 voldoende garanties tot vrijwaring biedt.

Op 4 december 2001 vaardigden het Europees Parle-

ment en de Europese Commissie richtlijn 2001/97/EG uit tot wijziging van richtlijn 91/308/EEG met als doel het voorkomen van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld. Uiterlijk op 15 juni 2003 diende de wijzigingsrichtlijn in de Europese lidstaten te zijn verwerkt. De discussie spitste zich toe op de vraag in hoeverre een lidstaat inbreuk mag maken op de zwijgplicht en het verschoningsrecht van bijvoorbeeld de advocaat zoals onder andere geregeld in artikel 218 Sv. Overweging 17 van de Wijzigingsrichtlijn maakt onderscheid tussen twee type werkzaamheden van de advocaat. Het eerste type zijn de 'eigenlijke' werkzaamheden, te weten het bepalen





van de rechtspositie van de cliënt, alsmede het in verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen van de cliënt met inbegrip van het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. Het tweede type betreft werkzaamheden die ook door andere juridische adviseurs kunnen worden uitgevoerd. Hierbij valt te denken aan het verstrekken van belastingadvies, het verzorgen van belastingaangiften, bijstand bij de aan- of verkoop van onroerende zaken, het oprichten van vennootschappen of het aan- en verkopen dan wel overnemen van ondernemingen alsmede het adviseren bij contractonderhandelingen.

Artikel 6.3 lid 3 van de Wijzigingsrichtlijn geeft de lidstaat een keuzemogelijkheid om de eigenlijke taken van advocaten vrij te stellen van meldingsplicht. De Nederlandse regering had, vooruitlopend op de Wijzigingsrichtlijn in de Wijzigingswet 2001, in artikel 1 Wet MOT opgenomen dat eigenlijke werkzaamheden van advocaten niet onder de meldingsplicht zouden vallen. Daarmee was de kritiek niet uit de lucht. De Nederlandse Orde van Advocaten pleitte voor een extensieve interpretatie van overweging 17. Hiermee zouden ook de niet-eigenlijke juridische werkzaamheden onder de beroepsgeheimhoudingsplicht vallen. Zover wilde de regering niet gaan. In het ontwerpbesluit voor de toepassing van de WID werden de niet-eigenlijke diensten onder de Meldingsplicht gebracht. De Raad van State deelde het standpunt van de regering. De Raad overwoog dat de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen leerde dat een overweging (i.c. overweging 17) niet als bindend gekwalificeerd diende te worden. Van een ruime uitleg van overweging 17 die prevaleert boven artikel 6 lid 3 kon geen sprake zijn. Daarmee was voor de Raad de zaak beslist.

So far so good. Maar wat dient te gebeuren als een advocaat achteraf onterecht melding maakt van een verdachte transactie? In dat geval kan een advocaat op grond van artikel 272 Sr worden vervolgd. De regering had in de toelichting op het besluit tot aan-

wijzing van instellingen en diensten in het kader van de WID en Wet MOT gesteld dat, zolang de nieuwe wetswijziging er niet is, vrijwaring als strafvorderlijke beleidslijn zal gelden op basis van afspraken tussen het OM en de betrokken beroepsgroepen. Deze zinsnede was aanleiding voor de Deken van de Nederlandse Orde van Advocaten om op 26 maart 2003 J.L. de Wijkerslooth een bevestiging van deze vrijwaring te vragen. Namens het College van Procureurs-generaal bevestigde De Wijkerslooth op 8 juli 2003 dat het OM de beleidslijn van de regering zou volgen en 'uiterste behoedzaamheid' in acht zou nemen.

De toezegging van De Wijkerslooth om advocaten verregaand te vrijwaren op grond van het opportuniteitsbeginsel voor schending van artikel 272 Sr houdt echter geen rekening met artikel 12 Sv. Wat gebeurt er indien een rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 12 Sv een 'artikel 12-procedure' tegen een sepotbeslissing van de officier van justitie instelt? Deze beklagregeling houdt in dat wanneer een strafbaar feit, zoals schending van artikel 272 Sr, niet wordt vervolgd of vervolging niet wordt voortgezet, de rechtstreeks belanghebbende daarover schriftelijk beklag kan doen bij het Gerechtshof. In deze procedure komt de opportuniteit van de niet-vervolgving door het Gerechtshof niet aan bod. Het Gerechtshof hanteert wel een eigen volledige onafhankelijke opportuniteitstoetsing en is daarbij vrij in haar beoordeling van de feiten. Daarbij hoeft het Gerechtshof zich niets aan te trekken van een afspraak tussen het College van Procureurs-generaal en de Nederlandse Orde van Advocaten. Zij kan in de beklagprocedure alsnog besluiten tot een vervolgingsbevel. De rechtszekerheid voor de advocaat is door het voorgenomen sepotbeleid van het College van Procureurs-generaal dus niet in alle omstandigheden gewaarborgd. Het is bovendien de vraag of in de wetswijziging van de WID en MOT rekening wordt gehouden met artikel 12 Sv. ■

Harry Veenendaal
(student Nederlands Recht UU)

