

CHRIS BACKES
ANTONIA CORINI
ROELOF JAN DONNER
ANNA GERBRANDY
TOM HOUBEN
ANDREA KESSEN
RON LAAN
BERND VAN DER MEULEN
JOCHM SPAANS
JOHN TIEMAN
ASTER VELDKAMP

EINDREDACTIE:
CHRIS BACKES
JOHN TIEMAN
NATASJA TEESING

Met recht naar een circulaire economie

VERENIGING VOOR MILIEURECHT

2017 - 1

Het verbruik van fossiele en andere grondstoffen is eindig. Bovendien veroorzaakt het broeikasgassen en kost het energie. In Europa en Nederland wordt de circulaire economie gestimuleerd met als een van de belangrijkste doelen de hoeveelheid restafval terug te dringen, maar vooral het ontstaan van afvalstoffen te voorkomen. In het EU-actieplan 'Maak de cirkel rond' en het Rijksbreed-programma 'Nederland circulair in 2050' over de circulaire economie zijn initiatieven en maatregelen aangekondigd en in gang gezet.

Wat betekent de circulaire economie voor het huidige afvalstoffenrecht, het producten- en stoffenrecht en de samenhang tussen beide rechtsgebieden? En wat betekent het voor het mededingingsrecht, de richtlijn Eco-design en de Omgevingswet? Hoe kan het recht de transitie naar een circulaire economie bevorderen en welke juridische belemmeringen moeten worden weggenomen?

De in deze bundel opgenomen bijdragen laten zien dat de beoogde omslag naar een circulaire economie een veelheid van rechtsvragen opwerpt op verschillende rechtsterreinen. Het gaat om een verdere ontwikkeling van beleid, wetgeving en jurisprudentie, maar deels ook om principiële juridische vraagstukken die de grondslagen van menig rechtsgebied raken en ter discussie stellen. Deze bundel wil bijdragen aan het versnellen van het daarvoor noodzakelijk debat.

ISBN 978-94-6290-394-4



9 789462 903944 >

Boomjuridisch



Met recht naar een circulaire economie

Publicatie van de Vereniging voor Milieurecht

Met recht naar een circulaire economie

Auteurs

Chris Backes

Antonia Corini

Roelof Jan Donner

Anna Gerbrandy

Tom Houben

Andrea Keessen

Ron Laan

Bernd van der Meulen

Jochem Spaans

John Tieman

Aster Veldkamp

Eindredactie

Chris Backes

John Tieman

Natasja Teesing

VMR 2017-1

Boom juridisch

Den Haag

2017

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2017 Vereniging voor Milieurecht | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-394-4

ISBN 978-94-6274-719-7 (e-book)

NUR 820

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

Afkortingen	7
1 Inleiding <i>Chris Backes en John Tieman</i>	9
DEEL I Afschaffen of verder ontwikkelen van het afvalstoffenrecht?	15
2 Afval of grondstof in een circulaire economie – op zoek naar meer rechtszekerheid <i>John Tieman</i>	17
3 Circulaire economie gebaat bij non-circulaire rechtspraak <i>Ron Laan</i>	65
4 Het afvalstoffenbegrip in circulair perspectief: ervaringen uit de praktijk Naar meer vertrouwen en samenwerking tussen overheid en bedrijven <i>Tom Houben en Aster Veldkamp</i>	81
DEEL II Verhouding tussen afvalstoffenrecht en product- en stoffenrecht	93
5 Mest als grondstof en als afvalstof <i>Andrea Keessen</i>	95
6 Van afval naar grondstof; kan productregulering het afvalstoffenrecht vervangen? <i>Roelof Jan Donner</i>	115
7 Naar een circulaire voedselketen Juridische uitdagingen voor het inzetten van insecten als technologische sluitschakel <i>Bernd van der Meulen en Antonia Corini</i>	131
DEEL III Niet aan het (afval)stoffenrecht gerelateerde vragen	149
8 Circulaire economie: meer dan minder afval alleen <i>Jochem Spaans</i>	151
9 Faciliteert het omgevingsrecht innovaties op weg naar een circulaire economie? <i>Chris Backes</i>	167

10	Circulaire economie en de grondslagen van het mededingingsrecht	185
	<i>Anna Gerbrandy</i>	
	Lijst van VMR-publicaties	201
	Over de Vereniging voor Milieurecht	205

Afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AEEA	Afgedankte elektrische en elektronische apparatuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BBT	beste beschikbare technieken
Bor	Besluit omgevingsrecht
BREF	BBT referentiedocument
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
EELR	European Energy and Environmental Law Review
EFSA	Europese Voedselveiligheidsautoriteit
EFSI	Europees Fonds voor strategische investeringen
EIB	Europese Investeringsbank
ELNI	Environmental Law Network International
EU	Europese Unie
EVOA	Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen
EZ	Economische Zaken
FAO	Food and Agriculture Organization
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HvJ	Hof van Justitie
IE	Richtlijn inzake industriële emissies (2010/75/EU)
I&M	Infrastructuur en Milieu
ILT	Inspectie Leefomgeving en Transport
JM	Jurisprudentie milieurecht
KRA	Kaderrichtlijn afvalstoffen (2008/98/EU)
LAP	Landelijk afvalbeheerplan
M&M	Markt en Mededinging (tijdschrift)
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
MvT	Memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
Ow	Omgevingswet
PbEU	Publicatieblad EU
PBL	Planbureau voor de Leefomgeving
RIVM	Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu
Rli	Raad voor de leefomgeving en infrastructuur
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal Economische Raad
Stert.	Staatscourant
TO	Tijdschrift voor Omgevingsrecht
VANG	Van Afval naar Grondstof
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

VWS	Volksgezondheid Welzijn en Sport
Wab	Wet algemene bepalingen omgevingswet
Wm	Wet milieubeheer
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WTO	World Trade Organization

1 Inleiding

*Chris Backes en John Tieman**

Niet alleen fossiele, maar ook andere grondstoffen zijn eindig. Bovendien veroorzaakt het verbruik van grondstoffen broeikasgassen en kost het energie. Hierdoor wordt het steeds belangrijker om de beschikbare grondstoffen zo efficiënt mogelijk te gebruiken. Een speerpunt van zowel de Europese Commissie als de Nederlandse regering is daarom het bevorderen van een circulaire in plaats van een lineaire economie of keteneconomie. Met een circulaire economie wordt hier bedoeld een economie die is gericht op het optimaal inzetten en gebruiken van grondstoffen, materialen en producten in de verschillende fasen van de economische kringloop: van de winning en productie, naar consumptie en (her)gebruik, tot aan het weer terugwinnen van grondstoffen uit afvalstoffen. Deze verschillende schakels staan daarbij niet los van elkaar, zoals in een economie die is gericht op materiaalketenbeheer, maar worden integraal – ‘holistisch’ – bezien. De circulaire economie is kortom een economisch en industrieel systeem dat de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen als uitgangspunt neemt, waardevernietiging in het totale systeem minimaliseert en waardecreatie in iedere schakel van het systeem nastreeft.¹ Een van de belangrijke doelen is daarbij niet alleen het terugdringen van de hoeveelheid restafval, maar vooral het ontstaan van afvalstoffen zo veel mogelijk te voorkomen.

Dit roept talrijke vragen op, die niet alleen gaan over het afvalstoffenrecht, het producten- en stoffenrecht en de samenhang tussen beide rechtsgebieden, maar ook over menig ander rechtsterrein, waaronder het mededingingsrecht, de richtlijn Eco-design en de Omgevingswet. Daarnaast zijn fundamentele vragen aan de orde die gaan over de (belemmerende of stimulerende) rol van het recht en de grondslagen daarvan. De in deze bundel opgenomen bijdragen clusteren deze vragen in drie thema's, waarbij tevens wordt ingegaan op de initiatieven en maatregelen die zijn aangekondigd en in gang zijn gezet in het kader van het EU-actieplan ‘Maak de cirkel rond’ en het Rijksbreed programma ‘Nederland circulair in 2050’ over de circulaire economie.

* Prof. dr. C. Backes LL.M. is werkzaam als hoogleraar omgevingsrecht aan de Universiteit Utrecht, Centre for Water Oceans and Sustainability Law (UCWOSL). Mr. dr. J.R.C. Tieman is werkzaam bij de Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische zaken van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu.

1 In aansluiting op de omschrijving van de Raad voor de Leefomgeving en infrastructuur (Rli): rapport *Circulaire economie van wens naar uitvoering*, 2015. Circulaire economie is daarmee een zeer belangrijk, maar niet het enige instrument om het verbruik van eindige grondstoffen te verminderen. Daartoe behoort bijvoorbeeld ook het meer inzetten van biobased grondstoffen.

I Afschaffen of verder ontwikkelen van het afvalstoffenrecht?

Een belangrijk aandachtspunt is het (her)gebruik van producten en reststoffen die als niet primair bedoelde producten en stoffen bij de productie of consumptie ontstaan. In tegenwoordige termen gaat het dan vaak om het zo veel mogelijk en zo hoogwaardig mogelijk nuttig toepassen of recyclen van afvalstoffen. Daarbij komen klassieke thema's van het *afvalstoffenrecht* aan de orde. Een meer principiële vraag is echter of het afvalstoffenrecht, dat van oudsher ontworpen is voor een lineaire economie en met de Kaderrichtlijn afvalstoffen 2008/98/EG (hierna: KRA) verder is ontwikkeld ten behoeve van een keteneconomie met recycling, nog een adequaat kader vormt voor de overgang naar een (meer) circulaire economie. Een dergelijke economie is immers primair gericht op preventie van afval. Daarbij spelen vooral twee, met elkaar verbonden, vragen: (1) zijn de waarborgen die het afvalstoffenrecht wil bieden voor het behoud van een schoon milieu en de bescherming van de volksgezondheid nog nodig voor de regulering van circulaire processen en (2) werkt het afvalstoffenrecht thans belemmerend voor het zo efficiënt mogelijk gebruiken van grondstoffen en het optimaal inzetten van stoffen in productieketens en circulaire processen? Daarmee is de vraag naar de functie en de grenzen van het afvalstoffenrecht aan de orde. Moeten wij streven naar het afschaffen of ten minste zo veel mogelijk inperken van het afvalstoffenrecht of blijft het afvalstoffenrecht nodig, maar moet het verder worden ontwikkeld om de circulaire economie te faciliteren? Ook is aan de orde wie welke verantwoordelijkheden in het afvalstoffenrecht zou moeten hebben. Moet er niet, wil men de kansen van nieuwe ontwikkelingen naar meer circulaire processen ten volle benutten, meer ruimte voor het bestuur of voor rechterlijke rechtsvorming komen, of is de (materiële) wetgever aan zet?

Deze vragen kunnen alleen beantwoord worden als het afvalstoffenrecht in relatie wordt gebracht met het Europese en nationale *stoffenrecht*. Kunnen waarborgen die thans nog door het afvalstoffenrecht worden geboden niet beter worden overgenomen door het producten- en stoffenrecht en welke voor- en nadelen zou dat hebben? Een aantal bijdragen in deze bundel heeft deze vragen over de verdere ontwikkeling van het afvalstoffenrecht tot onderwerp.

John Tieman stelt in zijn bijdrage *'Afval of grondstof in een circulaire economie – op zoek naar meer rechtszekerheid'* dat de tijd is aangebroken dat niet langer de rechter maar de wetgever en het bestuur het voortouw nemen bij de afbakening van afvalstoffen ten opzichte van 'normale' grondstoffen. Volgens Tieman is het vooral nodig dat wetgever en bestuur de rechtspraktijk meer duidelijkheid geven over het onderscheid tussen handelingen van verwijdering en nuttige toepassing van afvalstoffen, die behoren bij een lineaire economie en een keteneconomie met recycling, en handelingen gericht op preventie en hergebruik met gewone stoffen en producten, welke behoren bij een circulair economisch systeem. Aan de hand van een grondige analyse van de ontwikkelingen in de rechtspraak en de KRA van het begrip afvalstof bespreekt hij in zijn bijdrage de voorstellen en maatregelen die zijn opgenomen in het EU Actieplan en het Rijksbreed programma om bedrijven meer rechtszekerheid te bieden over de vraag of sprake is van een afvalstof of grondstof. Die rechtszekerheid

is een essentiële voorwaarde ter bevordering van meer circulair gebruik van stoffen. Tieman doet suggesties tot aanpassing van het afvalstoffenrecht aan het circulair denkmodel die de huidige onzekerheid moeten verminderen.

Ron Laan bespreekt in zijn bijdrage *‘Circulaire economie gebaat bij non-circulaire rechtspraak’* juist de rol van de rechter in de transitie naar een meer circulaire economie. Volgens Laan is ‘non-circulaire rechtspraak’ nodig waarbij rechters bij de uitleg van het begrip afvalstof en andere begrippen en bepalingen uit de KRA en de EVOA binnen de aanzienlijke ruimte die het wettelijk kader zijns inziens laat keuzes durven te maken die ontwikkelingen richting een circulaire economie in gang zetten. Volgens Laan kan de toepassing van het afvalstoffenrecht verder worden teruggedrongen hetgeen de circulaire toepassing van stoffen zal bevorderen. Op de overheid rust de bewijslast als zij vindt dat het afvalstoffenrecht, naast andere juridische waarborgen, toch nodig is, aldus Laan.

Tom Houben en Aster Veldkamp wijzen er in hun bijdrage *‘Het afvalstoffenbegrip in circulair perspectief: ervaringen uit de praktijk’* in de eerste plaats op dat de circulaire economie gebaat is bij meer vertrouwen, openheid en samenwerking tussen overheid en bedrijven in discussies over de juridische status van een stof als afvalstof. Vanuit de circulaire premisse dat stoffenkringlopen bestaan en gesloten moeten worden bespreken zij in de tweede plaats aan de hand van ervaringen uit de praktijk dat de focus op alleen het afvalstoffenrecht vaak te beperkt is. Als in concrete gevallen bij discussies over de toepassing van het afvalstoffenrecht de juridische context wordt verbreed en mede wordt gekeken naar de waarborgen die ook het stoffen- en productenrecht in casu biedt voor de bescherming van het milieu en de (volks)gezondheid en het spaarzaam en efficiënt omgaan met hulpstoffen, zijn veel discussies over de toepassing van het afvalstoffenrechtelijk kader eenvoudiger, meer integraal en evenwichtig oplosbaar, zo menen de auteurs.

II Verhouding tussen afvalstoffenrecht en producten- en stoffenrecht

De ingewikkelde en dringend verder te doordenken relatie tussen het afvalstoffenrecht enerzijds en het producten- en stoffenrecht anderzijds is het onderwerp van de bijdragen van Keessen en Donner. Het producten- en stoffenrecht staat ook centraal in de bijdrage van Van der Meulen en Corini.

Andrea Keessen belicht de relatie tussen het meststoffenrecht en het afvalstoffenrecht. In haar bijdrage *‘Mest als grondstof en als afvalstof’* laat zij zien dat er verschillend kan worden gedacht en ook wordt gedacht (bijvoorbeeld door de Duitse deelstaat Nedersaksen enerzijds en Nederland en de Europese Commissie anderzijds) over de relatie tussen het afvalstoffenrecht en het meststoffenrecht. Er kan een overlap bestaan tussen het toepassingsbereik van de KRA en de Verordening dierlijke bijproducten. Dit beeld wordt bevestigd door de jurisprudentie. Deze overlap bestaat, zo stelt Keessen, zolang de fosfaatkringloop niet gesloten is en er een overaanbod van

meststoffen is. Keessen bespreekt dat het sluiten van deze kringloop op verschillende niveaus denkbaar is: lokaal, nationaal of internationaal.

Ook **Roelof Jan Donner** gaat in zijn bijdrage *‘Van afval naar grondstof; kan productregelgeving het afvalstoffenrecht vervangen?’* in op de relatie tussen het afvalstoffenrecht en het productenrecht. Hij illustreert deze discussie aan de hand van twee wetgevende voorstellen die de Europese Commissie heeft gedaan om het hergebruik van biotische reststromen te stimuleren. Het eerste voorstel is onderdeel van de wijzigingsvoorstellen voor de KRA en betreft een vrijstelling van diervoeder van de toepassing van deze richtlijn. Het tweede voorstel is de gedeeltelijke harmonisatie van de interne markt voor organische meststoffen in een herziening van de Europese meststoffenverordening. Op weg naar een circulair economisch systeem zal, zo stelt Donner, het afvalstoffenrecht steeds meer vervangen worden door een toets op het veilig (her)gebruik van grondstoffen in producten. Productregelgeving zal moeten voorzien in een integraal afwegingskader waarbinnen evenwicht ontstaat tussen het belang om te veranderen en te innoveren en het belang van de samenleving om risico's voor mens, dier en milieu zo klein mogelijk te houden. Het eind van de transitie is wellicht een ‘Grondstoffenwet’, waarin de wetgever de voorwaarden schept waaronder stoffen en materialen in de economie mogen blijven circuleren of moeten worden uitgefaseerd als afval.

Bernd van der Meulen en Antonia Corini belichten een heel andere obstakel voor een circulaire economie in het producten- en stoffenrecht. In hun bijdrage *‘Naar een circulaire voedselketen’* gaan deze auteurs in op de juridische uitdagingen voor het inzetten van insecten als voedingsmiddel. Insecten vormen de grootste dierlijke biomassa op aarde. In veel gevallen voeden zij zich met stoffen die door mensen als afval worden beschouwd, zoals mest, slachtafval en verliezen langs de voedselketen. Door het kweken van insecten die hetzij rechtstreeks, hetzij indirect door gebruik van insectenproteïnen als diervoeder dienen zou enerzijds een belangrijke bijdrage kunnen worden geleverd aan de toekomstige voedselvoorziening en zou anderzijds het circulair gebruik van mest en slachtafval kunnen worden bevorderd. Niet de techniek, maar de juridische obstakels verhinderen een doorbraak in deze ontwikkeling, zo stellen de auteurs. Zij laten zien dat dienaangaande het huidige producten- en stoffenrecht nog niet op deze ontwikkeling(smogelijkheden) is afgestemd en dat bij de toepassing bovendien grote verschillen tussen de EU-lidstaten bestaan en ook rechtsonzekerheid heerst. De auteurs bespreken de mogelijkheden deze problemen op te lossen door deregulering of juist door het ontwerpen van een toegespitst wettelijk kader en dus door verdere, specifiekere regulering.

III Niet aan het (afval)stoffenrecht gerelateerde vragen

Het onderwerp circulaire economie is veel breder dan het afvalstoffenrecht en zijn relatie tot het producten- en stoffenrecht. Het streven naar een circulaire economie raakt een grote diversiteit van rechtsvragen en stelt de fundamenteën van menig rechtsterrein ter discussie.

Dat wordt duidelijk in de bijdrage van **Jochem Spaans** ‘*Circulaire economie: meer dan minder afval alleen*’ die een overzicht geeft van de talrijke juridische vragen die in het EU-actieplan en in het Rijksbrede programma voor de circulaire economie aan de orde komen. Buiten het thema ‘van afval naar grondstof’ worden in beide programma’s weliswaar veel initiatieven aangeduid, zo stelt Spaans, maar nog weinig concrete stappen gezet. Spaans wijst erop dat zowel het EU-actieplan als het Rijksbrede programma, juist wat de acties buiten het afvalstoffenrecht en zijn relatie tot het stoffenrecht betreft, nog vele vragen open laten. Een voorbeeld daarvan is de relatie tussen de mogelijke plannen voor een veel verder gaande regulering van eisen aan het productontwerp en de zogeheten ‘nieuweaanpakwetgevingstechniek’ die ten aanzien van productvoorschriften in de EU wordt gehanteerd en juist pleit voor terughoudendheid bij de regulering van producten.

Chris Backes gaat op een aantal van deze initiatieven wat dieper in. Daarbij is zijn focus de vraag ‘*Faciliteert het omgevingsrecht innovaties op weg naar een circulaire economie?*’. Een klein beetje bijsturen en stimuleren is niet voldoende om de omslag naar een circulaire economie te bewerkstelligen. Vereist is een veelheid aan innovaties, het liefst radicale innovaties. Stimuleert het recht deze innovaties of staat het eerder daaraan in de weg? Deze vraag wordt uitgewerkt aan de hand van enkele voorbeelden. Ten eerste wordt nagegaan of de komst van de Omgevingswet mogelijkheden bevat ter bevordering van het streven naar een circulaire economie. Ten tweede worden enkele van de in het EU-actieplan aangekondigde aanpassingen van het EU-recht (buiten het afvalstoffenrecht) nader bekeken: zullen deze voorgenoemen wijzigingen innovatieve oplossingen ten behoeve van de circulaire economie bevorderen? Meer in het bijzonder wordt ingegaan op de regulering van milieubelastende activiteiten (thans nog inrichtingen geheten), de mogelijkheden van de Ecodesign-richtlijn en het bevorderen van innovaties voor de circulaire economie door middel van groen aanbesteden.

Niet alleen het EU- en nationaal aanbestedingsrecht, maar ook het EU- en nationaal mededingingsrecht is van groot belang voor de mogelijkheden om circulaire oplossingen in gang te zetten. **Anna Gerbrandy** laat in haar bijdrage ‘*Circulaire economie en de grondslagen van het mededingingsrecht*’ aan de hand van voorbeelden zien hoe het huidige mededingingsrecht circulaire oplossingen in de weg kan staan. Ook doet zij voorstellen om die tegenstrijdigheden, zo goed en zo kwaad mogelijk, op te lossen. Dat komt echter neer op het steeds weer, zo veel mogelijk, repareren van symptomen, terwijl de principiële spanning tussen het mededingingsrecht – dat in de huidige interpretatie is gericht op consumentenwelvaart – en het streven naar een circulaire economie – waarvan de positieve effecten zich niet direct laten berekenen of ‘vertalen’ in consumentenwelvaart-termen – blijft bestaan. Als niet ook de vertrekpunten en principiële doelstellingen van het mededingingsrecht opnieuw ter discussie worden gesteld, doordacht en herzien, zal het mededingingsrecht een duurzame circulaire economie in de weg blijven staan, aldus Gerbrandy.

De in deze bundel opgenomen reeks van deels zeer verschillende bijdragen laat zien dat de beoogde omslag naar een circulaire economie een veelheid van rechtsvragen

opwerpt op een veelheid van rechtsterreinen. Het gaat om een verdere ontwikkeling van beleid, wetgeving en jurisprudentie, maar, zoals in het bijzonder de bijdragen van Gerbrandy, Tieman en Donner laten zien, deels ook om principiële juridische vraagstukken die de grondslagen van menig rechtsgebied raken en ter discussie stellen. Deze bundel wil bijdragen aan het versnellen van het daarvoor noodzakelijk debat.

Alle bijdragen zijn herhaaldelijk bediscussieerd in de werkgroep die dit rapport heeft geschreven. De eindverantwoordelijkheid voor de teksten en de verdedigde standpunten ligt uiteraard uitsluitend bij de auteurs van de individuele bijdragen. De teksten zijn eind januari 2017 afgesloten.

DEEL I
**Afschaffen of verder ontwikkelen van het
afvalstoffenrecht?**

2 Afval of grondstof in een circulaire economie – op zoek naar meer rechtszekerheid

*John Tieman**

1 Inleiding

‘In een circulaire economie staat het hoogwaardig benutten van grondstoffen centraal, en niet afval’, aldus het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) in de Balans voor de Leefomgeving van september 2016.¹ Het PBL wijst er tegelijkertijd op dat de transitie naar een meer circulaire economie nog in de kinderschoenen staat en het idee van een volledig gesloten systeem op dit moment ‘een mobiliserend ideaalbeeld’ is. Het gebruik van nieuwe primaire grondstoffen en het ontstaan van reststromen kan waarschijnlijk nooit helemaal worden voorkomen. Een deel van het materiaalgebruik is inherent lineair en afvalbeleid, met stortverboden en recyclingdoelstellingen, blijft nodig. Het PBL wijst er dan ook op dat het bij de transitie naar een meer circulaire economie niet zozeer gaat ‘om een nieuw systeem, maar om verandering van een bestaand systeem, waarbij afspraken tussen en binnen ketens gaan veranderen’. Het PBL wijst er bovendien op dat bij de verandering in innovatierichting van lineair naar circulair gebruik van grondstoffen ‘de geschreven en ongeschreven regels, gewoonten en opvattingen, ofwel de socio-institutionele belemmeringen, een grotere uitdaging [zijn] dan de technische’.

Met name het afvalstoffenbegrip uit de Europese Kaderrichtlijn afvalstoffen 2008/98/EG – hierna: de KRA – vormt op dit moment zo’n belemmering. Het gaat dan niet alleen om de ruime reikwijdte daarvan – kortweg: alles waarvan de houder zich ontdoet, wil of moet ontdoen – maar vooral om het onduidelijke en onvoorspelbare onderscheid tussen de nuttige toepassing van afvalstoffen en de normale industriële en economische behandeling van producten en materialen die geen afvalstoffen zijn. In het bijzonder bij nieuwe circulaire bedrijfs- en verdienmodellen is het onderscheid tussen de ‘nuttige toepassing’ van afvalstoffen en handelingen die juist gericht zijn op het voorkomen van het ontstaan van afvalstoffen – ‘preventie’ en ‘hergebruik’ – lastig te maken.² Denk bijvoorbeeld aan tomatenloof dat gebruikt wordt als grondstof voor de productie van papier en karton. Ontdoet de teler zich van het loof en is dat loof daarmee een afvalstof bestemd voor nuttige toepassing? Of kan een tomatenteler

* Mr. dr. J.R.C. Tieman is werkzaam bij de Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische zaken van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 Zie <themasites.pbl.nl/balansvandeleeftomgeving/wp-content/uploads/pbl-2016-balans-van-de-leefomgeving-2016-1838.pdf>, p. 136-151.

2 Zie de definities van deze begrippen in artikel 3, onder punten 12, 13 en 15, van de KRA.

worden gezien als een tomatenplantenteler die naast tomaten ook tomatenloof als (bij)product levert? Een ander voorbeeld betreft een lampenfabrikant die ledverlichting in gebruik geeft aan een grote winkelketen, eigenaar blijft van de lampen, en betaald krijgt voor de levering van het licht als dienst. Zijn de lampen die deze fabrikant later terugneemt afvalstoffen bestemd voor nuttige toepassing (meer specifiek: ‘recycling’ of ‘voorbereiding voor hergebruik’) waarvan de winkelketen zich ontdoet, of niet?

De afvalstatus hoeft overigens op zichzelf niet aan de toepassing als grondstof in de weg te staan. Hier bestaat nogal eens misverstand over. Binnen het afvalstoffenrecht wordt onderscheid gemaakt tussen afvalstoffen die voor ‘verwijdering’ (*disposal*) en afvalstoffen die voor ‘nuttige toepassing’ (*recovery*) zijn bestemd. Waar afvalverwijdering in het kader van de in artikel 4 van de KRA neergelegde afvalstoffenhiërarchie zo veel mogelijk moet worden tegengegaan, is het met het oog op de bescherming en het efficiënte gebruik van de natuurlijke hulpbronnen zaak dat nuttige toepassing van afvalstoffen zo veel mogelijk wordt gestimuleerd. Ook afvalstoffen *kunnen* grondstof zijn. Dit gezegd hebbende moet evenzeer worden vastgesteld dat ondernemingen in de praktijk vaak liever niet met afvalstoffen te maken willen hebben. Niet alleen vanwege de negatieve associaties die de term afvalstof doorgaans nog steeds heeft, maar ook door de extra administratieve lasten die het afvalstoffenrecht met zich brengt. Wanneer sprake is van afvalstoffen zullen ondernemers immers de specifieke wettelijke procedures en verplichtingen in acht moeten nemen die gelden voor het omgaan met afvalstoffen. Het gaat hierbij onder meer om de in de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA)³ neergelegde informatie- en kennisgevingverplichtingen voor de import en export van afval en bijvoorbeeld de bepalingen die in hoofdstuk 10 van de Wet milieubeheer (Wm) zijn opgenomen voor de afgifte, ontvangst en inzameling van bedrijfsafval. Het begrip afvalstof fungeert als het ware als de sleutel voor de toepassing van deze verplichtingen en bepalingen. Met het oog op het stimuleren van nuttige toepassing ten opzichte van verwijdering voorziet het afvalstoffenrecht weliswaar in allerlei uitzonderingen en versoepelingen, maar de praktijk laat zien dat deze lang niet altijd voldoende zijn om de overgang naar een meer circulaire economie ook daadwerkelijk te stimuleren.⁴ Ondanks de uitzonderingen en versoepelingen geldt nog steeds het uitgangspunt dat handelingen met afvalstoffen in beginsel zijn verboden.⁵ Dat heeft ermee te maken dat milieubescherming van oudsher, en nog steeds, het primaire doel is van het afvalstoffenrecht. Het huidige afvalstoffenrecht is er dan ook in eerste instantie op gericht om het

3 Verordening (EG) nr. 1013/2006.

4 Voor de nodige praktijkvoorbeelden kan worden verwezen naar <www.ruimteinregels.nl/belemmeringen>. Zie hierover ook R. Ligtvoet, ‘Juridische belemmeringen voor de bio-economie: talking trash’, *Men R* 2015/7, p. 514-520.

5 Zie bijvoorbeeld het stort- en verbrandingsverbod (art. 10:2 Wm), het afgifteverbod (art. 10:37 Wm), het inzamelverbod (art. 10:45 Wm), het mengverbod (art. 10:54a Wm) en het overbrengingsverbod (art. 10:60 Wm en de EVOA).

milieu en de menselijke gezondheid te beschermen tegen de *nadelige* effecten die zijn verbonden aan de productie en het beheer van afvalstoffen.⁶

Problematisch is echter niet alleen dat het afvalstoffenrecht vooral een werend karakter heeft. Belangrijk is ook dat het geven van een duidelijk antwoord op de vraag of het afvalstoffenrecht überhaupt wel van toepassing is lang niet altijd eenvoudig is te geven. Voor het stimuleren van de overgang van een lineaire naar een meer circulaire economie is het van groot belang dat bedrijven vooraf voldoende zekerheid hebben over de juridische status van de materialen die ze voortbrengen of gebruiken. Zijn deze materialen afvalstoffen of niet? In weerwil van het feit dat met de herziening van de KRA in 2008 uitdrukkelijk is beoogd de definitie van het begrip afvalstof te verduidelijken en deze nader te specificeren door middel van een regeling voor ‘bijproducten’ en ‘einde-afval’,⁷ biedt de KRA ondernemers nog steeds onvoldoende houvast. Een bijkomend probleem is dat zich bij de uitleg van de afvaldefinitie en de regeling voor bijproducten en einde-afval ook lastige interpretatieverschillen tussen de verschillende EU-lidstaten kunnen voordoen. Dit zorgt niet alleen voor rechts-onzekerheid bij ondernemers, maar ook voor het ontbreken van het *level playing field* dat evenzeer nodig is om de overgang naar een circulaire economie te stimuleren. Daarbij geldt dat uiteraard ook het toezichthoudende en vergunningverlenende bevoegd gezag behoefte heeft aan meer duidelijkheid over het afvalstoffenbegrip.

De circulaire economie is dus vooral gebaat bij meer *rechtszekerheid* over de (afval) status van materialen. De grote vraag is nu hoe kan dit kan worden verwezenlijkt. Het bepalen van de inhoud en reikwijdte van het begrip afvalstof is op dit moment vooral een taak van de (Europese) rechter. Afvalstoffenrecht is op dit moment voor een groot deel jurisprudentierecht. Ook de rechtspraak over het begrip afvalstof geeft bedrijven en bevoegde autoriteiten echter onvermijdelijk onvoldoende duidelijkheid.

Aan de hand van een analyse van de ontwikkelingen in de rechtspraak en de KRA laat ik in paragraaf 2 van deze bijdrage dan ook zien waarom de zelfverkozen afhankelijkheid van de rechter bij de uitleg van het begrip afvalstof moet worden beëindigd en waarom het nodig is dat de (materiële) wetgever en het bestuur voortaan zelf meer het voortouw nemen bij de nadere afbakening van afvalstoffen ten opzichte van gewone producten en materialen.

Tegen deze achtergrond bespreek ik vervolgens in paragraaf 3 de voorstellen tot wijziging van de KRA die in december 2015 door de Europese Commissie zijn gepresenteerd in het kader van het EU-actieplan voor de circulaire economie en de maatregelen die in september 2016 door Nederland zijn aangekondigd in het Rijksbreed programma Circulaire Economie. In hoeverre zal met deze voorstellen en

6 Artikel 1 en overweging 6 van de considerans van de KRA. Zie reeds artikel 3 en overweging 3 van de considerans van de eerste richtlijn betreffende afvalstoffen uit 1975 (75/442/EEG).

7 Zie overwegingen 8, 10 en 22 van de KRA.

maatregelen een bijdrage worden geleverd aan het verkrijgen van meer rechtszekerheid over het onderscheid tussen afvalstoffen en grondstoffen?⁸

Deze bijdrage bouwt voort op en vormt een verdere doordenking van eerdere publicaties en voordrachten van mijn hand over de reikwijdte van het begrip afvalstof. Hiernaar zal in deze bijdrage verder niet steeds afzonderlijk worden verwezen.⁹

2 Uitleg begrip afvalstof: taak van de rechter?

2.1 Zich ontdoen?

In het rapport ‘Circulaire economie, van wens naar uitvoering’ (juni 2015) brengt de Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli) verschillende factoren in kaart die een belemmering vormen voor de overgang naar een circulaire economie. Een van de juridische belemmeringen die de Rli noemt, houdt verband met het begrip afvalstof en de interpretatieverschillen bij de toepassing en handhaving van de EVOA. De Rli stelt dat ‘de huidige wet- en regelgeving is gericht op een lineaire economie’ en dat Nederland bij de interpretatie en handhaving ‘strenger in de leer is’ dan andere lidstaten. Hierdoor ontbreekt het bedrijven aan een gelijk speelveld.¹⁰ Ook uit het rapport ‘Afval, duurzaam gebruik en beheer van biomassastromen’ (januari 2016) van de Commissie Duurzaamheidsvraagstukken Biomassa (de commissie-Corbey) komt het beeld naar voren dat Nederland het afvalstoffenbegrip ruimer invult dan andere lidstaten. Zo stelt de commissie-Corbey dat andere lidstaten, zoals Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, België en Duitsland, biotische reststromen ‘vaker als (bij)producten en niet als afval’ zouden kwalificeren.¹¹ Of het begrip afvalstof in Nederland inderdaad strenger wordt geïnterpreteerd dan in andere lidstaten zou nog eens goed moeten worden onderzocht. Een harde, op feiten gebaseerde onderbouwing voor deze stelling is mij in elk geval niet bekend. Dit laat onverlet dat het algemene beeld dat er tussen de EU-lidstaten momenteel verschillen bestaan in de wijze waarop het begrip afvalstof wordt toegepast natuurlijk niet uit de lucht is gegrepen.

8 De tegenstelling ‘afval of grondstof’ is strikt genomen niet juist. Ook grondstoffen kunnen immers afvalstoffen zijn (wanneer de houder zich ervan ontdoet). Omwille van de leesbaarheid gebruik ik in deze bijdrage soms toch deze termen in plaats van de juridisch meer zuivere tegenstelling ‘afvalstof of niet-afvalstof’.

9 Zie met name J.R.C. Tieman, *Naar een nuttige toepassing van het begrip afvalstof* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 2003; J.R.C. Tieman, ‘Meer of minder afval? Het onderscheid tussen afvalstoffen en grondstoffen onder de vernieuwde Kaderrichtlijn Afvalstoffen 2008/98/EG’, *TO* 2014/2, p. 33-47, Annotatie *AB* 2016, 338; en J.R.C. Tieman in: E. de Lorijn en E. de Bruijne, ‘Circulaire economie en recht, Verslag van een VMR Themamiddag’, *M en R* 2016/45, p. 293-294.

10 Zie <www.rli.nl/publicaties/2015/advies/circulaire-economie-van-wens-naar-uitvoering>, p. 77-79. Zie ook het rapport van de Sociaal-Economische Raad, *Werken aan een circulaire economie: geen tijd te verliezen*, 2016/05: <www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2010-2019/2016/circulaire-economie.aspx>.

11 Zie <www.corbey.nl/adviezen/duurzaamheid-overig/afval-duurzaam-gebruik-en-beheer-van-biomassastromen>, p. 3, 11 en 33-34.

Niet voor niets is vanwege het ontbreken van een gelijk speelveld bij de uitleg van het begrip afvalstof een regeling over zogeheten ‘indelingsgeschillen’ in de EVOA opgenomen. Die regeling houdt in dat wanneer de bevoegde autoriteiten in het land van verzending en het land van ontvangst het niet eens zijn over de vraag of al dan niet sprake is van een afvalstof, het betrokken materiaal voor de toepassing van de EVOA als afvalstof moet worden behandeld (artikel 28 lid 1). Het oordeel van het ‘strengste’ land geldt dan dus. Paradoxaal genoeg is deze geschillenregeling naar aanleiding van het arrest *ASA Abfall Service* in de EVOA opgenomen in het belang van degene die (afval)materialen naar aan ander land wil overbrengen. Achtergrond hierbij is dat de toepassing van de EVOA-kennisgevingsprocedure een gedeelde verantwoordelijkheid is van alle bij de overbrenging betrokken lidstaten, en het risico op uiteenlopende kwalificaties daarmee, zoals het Hof van Justitie in het *ASA*-arrest oordeelde, ‘inherent’ is aan de systematiek van de EVOA.¹² Met de geschillenregeling is aldus gewaarborgd dat alle betrokken landen hun medewerking zullen moeten verlenen aan het in behandeling nemen en beoordelen van een EVOA-kennisgeving, ook in het geval een van deze landen eigenlijk van mening is dat geen sprake is van een afvalstof en een kennisgeving om die reden niet in behandeling zou willen nemen. De geschillenregeling doet echter niet af aan het recht van het land van bestemming om het overgebrachte materiaal na aankomst volgens zijn eigen wetgeving te behandelen. Ook maakt de regeling expliciet duidelijk dat het belanghebbenden vrij staat om indelingsgeschillen ‘langs gerechtelijke weg te regelen’ (lid 4). De EVOA-wetgever accepteert kortom dat er tussen de EU-lidstaten verschillende interpretaties van het begrip afvalstof bestaan, lost dit voor de toepassing van de EVOA op praktische wijze op, maar legt de meer principiële inhoudelijke stellingname over de (afval) status vervolgens nadrukkelijk in handen van de rechter.

De hoofdoorzaak van het ontbreken van een *level playing field* en het gebrek aan rechtszekerheid bij de uitleg van het begrip afvalstof is eerst en vooral de onduidelijke definitie van dit begrip zelf, zoals neergelegd in artikel 3 onder 1 van de KRA.¹³ In de kern is deze definitie dezelfde als de definitie van het begrip afvalstof uit de eerste richtlijn afvalstoffen uit 1975 en de latere wijzigingsrichtlijn uit 1991.¹⁴ Onder afval in de juridische zin des woords moet al veertig jaar lang worden verstaan: ‘elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen, of zich moet ontdoen’. Weliswaar stond in 2008 bij de herziening van de KRA nadrukkelijk een verduidelijking van de afvalstoffendefinitie centraal, maar

12 HvJ 27 februari 2002, zaak C-6/00 (*ASA Abfall Service*), AB 2002, 425, m.nt. Backes. Dit arrest betrof interpretatieverschillen over het onderscheid tussen afvalstoffen bestemd voor verwijdering en afvalstoffen bestemd voor nuttige toepassing onder de werking van de vorige EVOA (Verordening 259/93/EG). Ook voor deze indelingskwestie biedt artikel 28 van de EVOA in het derde lid een oplossing: bij interpretatieverschillen moeten de lidstaten de strengere bepalingen inzake verwijdering toepassen.

13 Zie ook artikel 1.1 lid 1 Wm en artikel 2 onder 1 EVOA.

14 Zie artikel 1 onder a Richtlijn 75/442/EEG en artikel 1 onder a Richtlijn 91/156/EEG. De in 1991 gewijzigde Richtlijn afvalstoffen is later opnieuw vastgesteld bij Richtlijn 2006/12/EG.

opvallend genoeg bevat de KRA nog steeds geen omschrijving van de term ‘zich ontdoen’ (*discard*).

De invulling van het begrip afvalstof is daarmee door de Europese wetgever in feite in handen gesteld van de rechter. Dat is interessant, omdat de taak van de rechter in ons staatsbestel als toepasser van de wet ter beslechting van geschillen en als toetsers van (materiële) wetgeving zelf aan hoger recht en rechtsbeginselen¹⁵ er in beginsel niet op is gericht om de *inhoud* van de wet zelf te bepalen. Waar de wet lacunes vertoont, past het echter wel bij de rechtsvormende taak van de rechter om deze lacunes op te vullen. Het begrip afvalstof is hier een zeer sprekend voorbeeld van. De nadere vormgeving van het begrip afvalstof (‘ontdoen’) heeft de afgelopen twintig jaar namelijk primair plaatsgevonden in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Terugkijkend blijken met name de conclusies van advocaat-generaal Jacobs en advocaat-generaal Alber eind jaren negentig van de vorige eeuw een belangrijke inspiratiebron te zijn geweest voor de nadere inhoudelijke afbakening van het afvalstoffenbegrip door het Hof.

2.2 Nadere duiding van het afvalstoffenbegrip door het Europese Hof van Justitie

2.2.1 *Tombesi en Inter-Environnement Wallonie*

De Europese rechter is lange tijd heel terughoudend geweest in de nadere duiding van de definitie van het begrip afvalstof. Zo formuleerde het Hof van Justitie aanvankelijk alleen *negatieve* afbakeningscriteria, criteria die door de lidstaten niet kunnen worden gehanteerd om bepaalde stoffen of voorwerpen van het begrip afvalstof uit te sluiten.¹⁶ Een poging om het Hof te verleiden tot een nadere verduidelijking en inperking van het begrip afvalstof is eind jaren negentig met name gedaan door advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusies in de zaken *Tombesi* en *Inter-Environnement Wallonie*.¹⁷ Jacobs wees erop dat er in Europa algemene consensus zou bestaan over het feit dat materialen die direct zonder voorafgaande bewerking kunnen worden gebruikt voor een bepaald proces geen afvalstoffen zouden zijn wanneer ze voldoen aan de normale gezondheids- en milieueisen. Omdat deze materialen ‘volledig substitueerbaar’ zijn met andere materialen zou er geen behoefte zijn aan een ‘bijkomende regeling’ of toezicht bovenop die welke geldt voor het product in de plaats waarvan zij worden gebruikt, aldus Jacobs.

15 Zie bijvoorbeeld HR 4 oktober 2005, *M en R* 2006, 24, m.nt. Hendriks, waarin de Hoge Raad een beroep op het strafrechtelijke *lex certa*-beginsel afwijst.

16 Zie onder meer de arresten HvJ 28 maart 1990, gevoegde zaken C-206/88 en C-207/88 (*Vessoso en Zanetti*), *M en R* 1992, 45, m.nt. Jans en HvJ 10 mei 1995, zaak C-422/92 (*Commissie tegen Duitsland*), *M en R* 1995, 137, m.nt. Jans.

17 ECLI:EU:C:1996:399 en ECLI:EU:C:1997:216.

Het Hof wees deze benadering echter uitdrukkelijk van de hand.¹⁸ Dat had er waarschijnlijk mee te maken dat de consensus over deze benadering binnen de lidstaten (ook toen al) misschien toch niet zo groot was als Jacobs deed voorkomen.¹⁹ Het Hof is daarom voorzichtig en blijft in deze zaken nog dicht bij de milieudoelstellingen en bepalingen van de Afvalstoffenrichtlijn zelf, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen afvalstoffen bestemd voor ‘verwijdering’ (*disposal*) enerzijds en afvalstoffen bestemd voor ‘nuttige toepassing’ (*recovery*) anderzijds. Het Hof oordeelde verwijzend naar eerdere rechtspraak dat vanwege dit onderscheid duidelijk is dat ook stoffen en voorwerpen die ‘voor economisch hergebruik geschikt’ zijn onder het begrip afvalstof vallen en dat ‘het loutere feit dat een stof rechtstreeks of onrechtstreeks in een industrieel productieproces is opgenomen’ niet betekent dat deze stof niet onder het afvalstoffenbegrip valt. Het Hof oordeelde in dat verband dat

‘niets in de afvalstoffenrichtlijn erop wijst dat zij geen betrekking zou hebben op de handelingen tot verwijdering of nuttig gebruik van afvalstoffen in het kader van een industrieel productieproces wanneer dergelijke handelingen geen gevaar blijken te vormen voor de gezondheid van de mens of voor het milieu’.

Bovendien, zo stelt het Hof, geldt de Afvalstoffenrichtlijn niet alleen ‘voor de verwijdering en de nuttige toepassing van afvalstoffen door gespecialiseerde ondernemingen, doch eveneens voor de verwijdering en nuttige toepassing van afvalstoffen door de onderneming die ze heeft geproduceerd, op de plaats van productie’. Het Hof accepteert daarbij uitdrukkelijk dat met deze uitleg de grens tussen nuttige toepassing van afvalstoffen en normale industriële handelingen lastig te trekken is:

‘Zulks doet niet af aan het onderscheid dat, zoals de Belgische, de Duitse, de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht hebben aangevoerd, moet worden gemaakt tussen de nuttige toepassing van afvalstoffen in de zin van richtlijn 75/442, zoals gewijzigd, en de normale industriële behandeling van producten die geen afvalstoffen zijn, hoe moeilijk dit onderscheid overigens ook moge zijn.’

18 HvJ 25 juni 1997, gevoegde zaken C-304/94, C-330/94, C-342/94 en C-224/95 (*Tombesi e.a.*), *M en R* 1997, 100, m.nt. Van Rossem en HvJ 18 december 1997, zaak C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*), *M en R* 1998, 65, m.nt. Van Rossem en Jans.

19 Zie Tieman 2003, a.w., p. 223-228. De benadering van A-G Jacobs was vooral gebaseerd op opvattingen van het Verenigd Koninkrijk en Nederland, terwijl andere lidstaten zoals Oostenrijk en Denemarken aangaven dat van een ruimere uitleg van het begrip afvalstof moet worden uitgegaan. De door Jacobs voorgestelde benadering heeft ook een basis in de literatuur, waarbij expliciet de naam van Fluck wordt genoemd: J. Fluck, ‘The Term “Waste” in EU Law’, *EELR* 1994, p. 79-84.

2.2.2 *Arco Chemie*

In het arrest *ARCO Chemie* uit 2000 trekt het Hof deze behoudende lijn verder door.²⁰ Onder verwijzing naar de aan de Afvalstoffenrichtlijn ten grondslag liggende beginselen van een hoog niveau van milieubescherming, preventief handelen en voorzorg oordeelt het Hof in dit arrest nadrukkelijk dat het begrip afvalstof ruim ('niet restrictief') moet worden uitgelegd. De omstandigheid dat een stof of voorwerp 'op milieuhygiënisch verantwoorde wijze en zonder ingrijpende bewerking nuttig kan worden toegepast' betekent volgens het Hof niet dat geen sprake kan zijn van een afvalstof. De gevolgen van de bewerking van die stof voor het milieu zijn volgens het Hof namelijk 'niet van invloed' op de kwalificatie van deze stof als afvalstof.

Met dit oordeel nam het Hof expliciet afstand van de destijds in Nederland in de rechtspraak en het beleid gehanteerde interpretatie van het begrip afvalstof.²¹ Deze interpretatie is volgens het Hof te beperkt. Het Hof laat zich ook hier niet verleiden door de poging van advocaat-generaal Alber om het begrip afvalstof nader in te perken en te verduidelijken.²² Alber stelde in zijn conclusie voor dat voor het onderscheid tussen afvalstoffen en niet-afvalstoffen naar de 'geest en het doel' van de KRA moet worden gekeken en 'de inherent aan afvalstoffen verbonden risico's' (*abfalltypische Gefahrenpotential*) bij de beoordeling moeten worden betrokken. In navolging van advocaat-generaal Jacobs stelt Alber voor dat wanneer door nuttige toepassing een secundaire grondstof is verkregen die 'vergelijkbaar' is aan een primaire grondstof er geen noodzaak meer aanwezig is om die grondstof als afvalstof te beschouwen:

'Wordt een stof aldus nuttig toegepast of geschikt gemaakt voor hergebruik, dat een stof ontstaat die geen aan afvalstoffen inherente risico's meer met zich brengt en derhalve bij inzet in een normaal productieproces niet milieugevaarlijker is dan, althans even milieugevaarlijk is als een primaire grondstof, dan kan die stof niet meer als afvalstof worden aangemerkt in die zin, dat controle of een vergunning voor hergebruik nodig is. De nationale rechter respectievelijk de vergunningverlenende instantie dient dan na te gaan, of de desbetreffende stof nog aan afvalstoffen inherente – dat wil zeggen de gevaren van vergelijkbare primaire grondstoffen te boven gaande – risico's met zich brengt, zodat toezicht overeenkomstig de richtlijn noodzakelijk blijft.'

Ook deze benadering wijst het Hof in lijn met eerdere rechtspraak echter uitdrukkelijk van de hand, althans als bepalend criterium. Volgens het Hof ontnemt namelijk zelfs een 'voltooid nuttige toepassing' waarmee een 'aan een grondstof gelijkwaardig product' wordt verkregen met 'dezelfde eigenschappen en kenmerken als een grondstof' 'niet noodzakelijkerwijs' de hoedanigheid van afvalstof. Het Hof volgt hier de letterlijke tekst van de KRA en wijst erop dat volgens de definitie van het

20 HvJ 15 juni 2000, gevoegde zaken C-418/97 en C-419/97 (*ARCO Chemie*), AB 2001, 311, m.nt. Backes, *M en R* 2000, 84.

21 Zie hierover ook J.R.C. Tieman, 'Het ruime begrip afvalstof', *M en R* 2000/9, p. 229-236.

22 ECLI:EU:C:1999:286.

begrip afvalstof alleen bepalend is of de houder zich van een stof of voorwerp ontdoet, wil of moet ontdoen.

In het arrest *ARCO Chemie* formuleert het Hof vervolgens nog wel een aantal *positieve* afbakeningscriteria, een soort boodschappenlijstje met criteria die de lidstaten kunnen hanteren om te bepalen of aan een stof of voorwerp wél het karakter van afvalstof is verbonden. Het Hof waakt er echter voor om deze criteria als doorslaggevend aan te merken. De door het Hof genoemde omstandigheden, zoals de maatschappelijke opvattingen, het feit dat sprake is van een residu, en het ondergaan van een gebruikelijke afvalverwerkingshandeling, kunnen volgens het Hof alleen een aanwijzing, een indicatie, vormen voor het bestaan van een afvalstof. Bepalend is volgens het Hof louter en alleen of een houder zich van een stof of voorwerp ontdoet, wil of moet ontdoen. Het Hof benadrukt dat de vraag of sprake is van een afvalstof in dat kader steeds *case by case* moet worden beantwoord op basis van alle feiten en omstandigheden van het concrete geval. Hierbij mag volgens het Hof geen afbreuk worden gedaan aan de milieudoelstellingen van de Afvalstoffenrichtlijn.

2.2.3 *Palin Granit en Brady*

Opmerkelijk is dat het Hof in het arrest *Palin Granit* uit 2002 ineens wel een bepalend en negatief (beperkend) afbakeningscriterium voor zogenoemde ‘bijproducten’ van productieprocessen formuleert. Waar het Hof in *Inter-Environnement Wallonie* in reactie op de conclusie van advocaat-generaal Jacobs nog uitdrukkelijk had geoordeeld dat ‘in beginsel geen enkel type residu, industrieel restproduct of andere bij productieprocessen ontstane stof van het begrip afvalstof mag worden uitgesloten’, en het Hof in *ARCO Chemie* de status van residu alleen zag als positieve aanwijzing voor het bestaan van een afvalstof, vond het Hof het in de zaak *Palin Granit* kennelijk wel nodig om bijproducten onder voorwaarden van het afvalstoffenbegrip uit te zonderen. Deze uitzondering is later door het Hof bevestigd in onder andere de arresten *Avesta Polarit* en *Saetti en Frediani*.²³

Het gaat bij bijproducten om goederen, materialen of grondstoffen die vrijkomen door een productieproces dat niet in de eerste plaats op het ontstaan daarvan is gericht. Het Hof oordeelde dat geen sprake is van een afvalstof maar van een bijproduct wanneer het gebruik van zo’n goed, materiaal of grondstof ‘niet slechts mogelijk maar zeker is, zonder voorafgaande bewerking en als voorzetting van het productieproces’. In een dergelijk geval is volgens het Hof geen sprake van een last waarvan de houder zich wil ontdoen maar is zij een echt product. Er is volgens het Hof namelijk ‘geen enkele rechtvaardigingsgrond’ om de bepalingen van de Afvalstoffenrichtlijn, ‘die zijn bedoeld om voor verwijdering of nuttige toepassing van afvalstoffen te zorgen, toe te passen op goederen, materialen of grondstoffen die, los van enige bewerking,

23 HvJ 18 april 2002, zaak C-9/00 (*Palin Granit*), NJ 2002, 461, HvJ 11 september 2003, zaak C-114/01 (*Avesta Polarit*), AB 2004, 271, m.nt. Backes, JM 2003, 119, m.nt. Douma en HvJ 15 januari 2004, zaak C-235/02 (*Saetti en Frediani*), AB 2004, 273, m.nt. Tieman.

economisch gezien, de waarde van producten hebben en als zodanig zijn onderworpen aan de wettelijke regeling die op deze producten van toepassing is’.

Waar het Hof spreekt van een ‘productieproces’ moet de uitzondering voor bijproducten overigens niet worden beperkt tot alleen industriële of fabrieksmatige productieprocessen, zoals de winning van graniet (*Palin Granit* en *Avesta Polarit*) of olieraffinage (*Saetti en Frediani*). De uitzondering kan blijkens de rechtspraak van het Hof bijvoorbeeld ook worden toegepast bij agrarische productieprocessen. Ook dierlijke mest kan een bijproduct zijn, zo blijkt uit de arresten *Commissie tegen Spanje* en *Brady*.²⁴

De voor het eerst in het arrest *Palin Granit* geformuleerde uitzondering voor bijproducten is in het licht van de eerdere terughoudende koers van het Hof opvallend te noemen. Dat is te meer het geval omdat de tekst van de toenmalige KRA voor deze uitzondering indertijd geen aanknopingspunten bood. Bovendien gaf de casus waarin het Hof uitspraak deed ook geen aanleiding voor het formuleren van een dergelijk nieuw bepalend criterium. Het Hof stelt in deze zaak immers vast dat van een afvalstof wel degelijk sprake is, nu het betreffende ganggesteente van de Finse granietgroeve voor onbepaalde tijd werd opgeslagen in afwachting van *mogelijk* – en dus niet zeker – verder hergebruik. In navolging van de (gelet op het *ARCO*-arrest terughoudende) conclusie van advocaat-generaal Jacobs in deze zaak²⁵ had het Hof zich dan ook kunnen beperken tot het oordeel dat de houder van het ganggesteente onder deze omstandigheden moet worden geacht zich van het gesteente te ontdoen of het voornemen te hebben zich daarvan te ontdoen. Het Hof kiest echter een andere lijn en formuleert zonder verdere uitleg de uitzondering voor bijproducten met bepaalde voorwaarden om dergelijke producten van het afvalstoffenbegrip uit te kunnen zonderen.

In het arrest *Brady* heeft het Hof later wel verduidelijkt dat het in eerste instantie aan de houder van een stof of voorwerp is om aan te tonen dat aan deze voorwaarden is voldaan.

‘Aangezien het erom gaat een bedoeling te bewijzen [kan] in de regel alleen de houder van de producten bewijzen dat het niet zijn voornemen is om zich te ontdoen van deze producten, maar om hergebruik ervan mogelijk te maken onder voorwaarden waarin deze producten kunnen worden aangemerkt als bijproduct’,

aldus het Hof. De bewijslast voor het bestaan van een bijproduct (niet-afvalstof) ligt dus nadrukkelijk op de houder. Deze bewijslast mag volgens het Hof echter niet tot gevolg hebben dat het ‘buitensporig moeilijk’ wordt om te bewijzen dat aan de uitzonderingsvoorwaarden is voldaan.²⁶

24 HvJ 8 september 2005, gevoegde zaken C-416/02 en C-121/03 (*Commissie tegen Spanje*), *JM* 2006, 20, m.nt. Tieman, *M en R* 2006, 3, m.nt. Van Rijswijk en HvJ 3 oktober 2013, zaak C-113/12 (*Brady*), *JM* 2013, 153, m.nt. Van der Meulen.

25 ECLI:EU:C:2002:24.

26 Zie hierover ook de bijdrage van Houben en Veldkamp.

2.2.4 *Shell*

Belangrijk is dat het Hof deze uitzondering voor bijproducten in het arrest *Shell* uit 2013 vervolgens op analoge wijze toepast op andere materialen die niet vrijkomen bij een productieproces, maar zich bevinden in de consumptie- of gebruiksfase.²⁷ In deze zaak gaat het om een non-conform product (*off spec* dieselbrandstof) dat door de klant aan de verkoper werd geretourneerd met het oog op terugbetaling van de aankoopprijs krachtens de koopovereenkomst. Het Hof overwoog niet alleen dat de klant zich in dit geval niet van zo'n product ontdoet, maar dat ook de verkoper (Shell) die dit non-conforme product terugneemt zich daar niet van ontdoet, wanneer hij daadwerkelijk voornemens is dit product weer op de markt te brengen zonder dat vooraf een van de in de KRA bedoelde procedés voor de nuttige toepassing van afvalstoffen behoeft te worden benut. Op een zelfde wijze als in het arrest *Palin Granit* oordeelde het Hof dat het 'geenszins gerechtvaardigd' is om goederen, stoffen of producten die de houder, ongeachte enige nuttige toepassing, onder gunstige omstandigheden wil exploiteren, te onderwerpen aan de bepalingen van de KRA. Volgens het Hof heeft voor de vraag of sprake is van een afvalstof 'bijzondere aandacht' of de stof in kwestie voor de houder ervan geen nut heeft of meer heeft, zodat deze stof een last is waarvan hij zich wil ontdoen. Als dit laatste het geval is, bestaat volgens het Hof een risico dat de houder zich van de stof ontdoet op een manier die nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben, bijvoorbeeld door de stof onbeheerd achter te laten of ongecontroleerd te lozen of te verwijderen. Dergelijke voorwerpen of stoffen vallen onder het begrip afvalstof en zijn daarom onderworpen aan de bepalingen van de KRA, aldus het Hof.

Het Hof oordeelt vervolgens dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een afvalstof. Volgens het Hof is hiervoor 'doorslaggevend' dat Shell de betrokken partij dieselbrandstof van de klant heeft teruggenomen met het oog op bewerking door menging (*blenden*) en het weer terugbrengen op de markt. Het mengen wordt daarbij door het Hof niet gezien als een handeling van nuttige toepassing. Dat 'herraffinage en ander hergebruik van olie' in bijlage II van de KRA onder R9 uitdrukkelijk als handeling van nuttige toepassing wordt genoemd, en het Hof in het arrest *ARCO Chemie* nog van oordeel was dat het ondergaan van zo'n gebruikelijke afvalverwerkingshandeling een aanwijzing vormt voor het bestaan van een afvalstof, maakt dat volgens het Hof niet anders. Het Hof wijst er daarentegen nog wel op dat de omstandigheid dat de handel in producten zoals de betrokken partij *off spec* dieselbrandstof in het algemeen niet als handel in afvalstoffen wordt beschouwd, mede gelet op de niet onaanzienlijke marktwaarde, een nadere aanwijzing vormt dat deze partij juist geen afvalstof is.

27 HvJ 12 december 2013, gevoegde zaken C-241/12 en C-242/12 (*Shell*), AB 2014, 114, m.nt. Dans en Van der Veen, *M en R* 2014, 42, m.nt. Boot en Walraven, *JM* 2014, 16, m.nt. Van der Meulen. De zaak *Shell* speelde onder Richtlijn 2006/12/EG, zodat het Hof niet verwijst naar de inmiddels in 2008 in artikel 5 van de KRA gecodificeerde voorwaarden van het arrest *Palin Granit*.

Het Hof wijkt hiermee af van de conclusie van advocaat-generaal Jääskinnen. Jääskinnen ging er in het licht van de op de beginselen van preventie en voorzorg gestoelde voorzichtige benadering uit het arrest *ARCO Chemie* nog van uit dat in de onderhavige zaak wel sprake was van een afvalstof.²⁸ Jääskinnen wees er met name op dat de dieselbrandstof tijdens het transport door Shell naar de (Belgische) klant door een ongewild incident en dus onbedoeld was verontreinigd met een andere stof. Zodoende was er geen informatie aanwezig over de precieze kenmerken van de *off spec* olie waardoor er mogelijk risico's bestonden voor de menselijke gezondheid en het milieu. Het Hof is echter minder voorzichtig. Volgens het Hof was Shell zich er tijdens het transport naar de klant niet van bewust dat zij door het ongewilde incident houdster was geworden van een stof die niet overeenstemde met de in de overeenkomst met de klant afgesproken specificaties. Ofschoon het Hof nog wel degelijk wijst op de verplichting uit het arrest *ARCO Chemie* om het begrip afvalstof ruim uit te leggen,²⁹ neemt het Hof vervolgens aan dat er door de contractuele context waarin de *off spec* dieselbrandstof werd geleverd en vervolgens werd teruggeleverd aan Shell voldoende zekerheid was om ervan uit te kunnen gaan dat de door de advocaat-generaal gesignaleerde potentiële risico's voor de volksgezondheid en het milieu zich hier niet feitelijk zouden kunnen verwezenlijken. Vanwege de contractuele context en de marktwaarde van de partij dieselbrandstof is er volgens het Hof met andere woorden geen concreet milieuprobleem aanwezig dat noopt tot toepassing van het afvalstoffenrecht, in casu de EVOA.

2.2.5 *Het Europees Hof als rechtsvormer*

Uit bovenstaande analyse blijkt dat de bakens bij de uitleg van het afvalbegrip met name zijn gezet door de Europese rechter. Deze bakens liggen niet muurvast. Het Hof van Justitie blijkt oog te hebben voor de ontwikkelingen in de samenleving en de maatschappelijke context waarin het afvalstoffenrecht zich begeeft. Ook blijkt het Hof geleidelijk aan gevoelig voor de kritiek uit de samenleving op het in beginsel nog steeds ruime maar onduidelijke afvalstoffenbegrip, gezien de latere uitzondering van het begrip afvalstof voor bijproducten in het arrest *Palin Granit* en de analoge toepassing daarvan buiten de sfeer van productieprocessen in het *Shell*-arrest. Deze uitzondering van het afvalstoffenbegrip stond destijds niet in de KRA zelf. Het gaat dus om een vondst van de Europese rechter zelf. De term 'zich ontdoen' als open norm biedt de rechter ook de nodige speelruimte om dat te doen. Het Hof stelt bij de invulling van deze term met behulp van de teleologische interpretatiemethode het maatschappelijke doel van de wet meer en meer op de voorgrond. Het Hof zoekt nadrukkelijk aansluiting bij de maatschappelijke context en de doelstellingen van de Afvalstoffenrichtlijn door de vraag voorop te stellen of er in het licht van deze doelstellingen een concrete noodzaak aanwezig is om een stof of voorwerp als afvalstof aan te merken. Er moet volgens het Hof vanuit oogpunt van milieubescherming een *concrete rechtvaardigingsgrond* aanwezig zijn om op een stof of voorwerp het etiket

28 ECLI:EU:C:2013:405.

29 Het Hof wijst hiervoor ook op het arrest *Commune de Mesquer* van 24 juni 2008, C-188/07, AB 2008, 275, m.nt. Backes.

afvalstof te plakken. De bewijslast dat sprake is van een bijproduct wordt hierbij nadrukkelijk op de houder van een stof of voorwerp gelegd.

Met deze meer pragmatische benadering lijkt het Hof inmiddels afscheid te hebben genomen van de op voorzorg en preventief handelen gestoelde voorzichtige en meer formalistische benadering die het Hof ruim vijftien jaar geleden tot aan het arrest *ARCO Chemie* nog hanteerde. Niet meer ‘bij twijfel afval’ maar ‘wat gaat er vanuit milieubeschermingsoogpunt werkelijk mis als op een stof of voorwerp niet het afval-etiket wordt geplakt?’ Interessant is dat het Hof daarbij in feite teruggrijpt op het gedachtegoed dat door de advocaten-generaal Jacobs en Alber eind jaren negentig is ontwikkeld. Ook Jacobs en Alber stelden indertijd immers al voor dat er volgens de ‘geest en het doel’ van de KRA vanuit oogpunt van de bescherming van het milieu en de gezondheid van de mens geen noodzaak is om een stof of voorwerp als afvalstof aan te merken wanneer deze ‘volledig substitueerbaar’ of ‘vergelijkbaar’ is aan een primaire grondstof. Wanneer dat het geval is, is er geen behoefte aan de ‘bijkomende regeling’ van het afvalstoffenrecht.

2.3 Codificatie van rechtspraak in de KRA en bewijsregelingen

2.3.1 Bijproducten en einde-afvalfase

De Europese wetgever heeft de uitzondering voor bijproducten, die in feite een *lex specialis* vormt ten opzichte van de definitie van het begrip afvalstof, in 2008 gecodificeerd in de KRA zelf.³⁰ Ook dit illustreert dat de wetgever in feite de touwtjes in de handen van de rechter legt bij de uitleg van het begrip afvalstof en hierop zo nodig reageert door de rechtspraak te codificeren.³¹

Artikel 5 KRA

In lijn met de in paragraaf 2.2.3 genoemde arresten van het Hof geeft artikel 5 aan dat een stof die of voorwerp dat het resultaat is van een productieproces dat niet in de

30 Zeer kritisch hierover is L. Krämer, ‘Remarks on the Waste Framework Directive’, *ELNI* 2010/1, p. 3: ‘The EU found another way of satisfying economic operators by creating the notion of by-products (Art. 5) and deciding on the ‘end-of-waste’ status (Art. 6)’. Volgens Krämer was de reikwijdte van de door het Hof geformuleerde uitzondering voor bijproducten – ‘an arguable reasoning’, aldus Krämer – beperkt, maar geldt deze ingevolge artikel 5 van de KRA nu voor ‘all industrial processes’.

31 Dit kan uiteraard twee kanten op, want anders dan bij de uitzondering voor bijproducten is gebeurd, kan de wetgever er uiteraard ook voor kiezen om niet codificerend maar corrigerend op te treden. Zie bijvoorbeeld de correctie van de *Van de Walle*-uitspraak (HvJ 7 september 2004, zaak C-1/03, *NJ* 2005, 13) in artikel 2 lid 1 onder b KRA. In het arrest *Van de Walle* oordeelde het Hof dat ook verontreinigde grond onder de reikwijdte van het begrip afvalstof valt, zelfs wanneer deze grond niet is afgegraven. Thans is evenwel in de KRA bepaald dat ‘bodem (in situ) met inbegrip van niet-uitgegraven verontreinigde grond en duurzaam met de bodem verbonden gebouwen’ als afvalstof van de werkingssfeer van de KRA is uitgezonderd. Zie hierover ook Krämer 2010, a.w., p. 2.

eerste plaats is bedoeld voor de productie van die stof of dat voorwerp een bijproduct en geen afvalstof is wanneer:

- a. het zeker is dat die stof of dat voorwerp zal worden gebruikt;
- b. de stof of het voorwerp onmiddellijk kan worden gebruikt zonder enige verdere verwerking anders dan die welke bij normale productiepraktijken gangbaar is;
- c. de stof of het voorwerp wordt geproduceerd als een integraal onderdeel van een productieproces; en
- d. verder gebruik rechtmatig is, met andere woorden de stof of het voorwerp voldoet aan alle voorschriften inzake producten, milieu en gezondheidsbescherming voor het specifieke gebruik en zal niet leiden tot over het geheel genomen ongunstige effecten op het milieu of de menselijke gezondheid.

Met voorwaarde b heeft de Europese wetgever overigens wel een belangrijke nuancering aangebracht op het arrest *Palin Granit* nu immers niet de voorwaarde uit dat arrest geldt dat het gebruik ‘zonder voorafgaande bewerking’ dient plaats te vinden, maar dat de stof of het voorwerp onmiddellijk kan worden gebruikt ‘zonder enige verdere verwerking anders dan die welke bij normale productiepraktijken gangbaar is’.³² Dit betekent dat het enkele feit dat voorafgaand aan het (zekere en rechtmatige) gebruik nog een bepaalde fysische of chemische bewerking nodig is, niet noodzakelijkerwijs impliceert dat geen sprake kan zijn van een bijproduct en dus sprake is van een afvalstof. Een vergelijking moet worden gemaakt met hetgeen bij normale productiepraktijken gangbaar is (zie ook paragraaf 3.3.3).

Artikel 6 KRA

Ook uit de regeling van de zogeheten einde-afvalfase die in 2008 is opgenomen in artikel 6 van de KRA blijkt dat de wetgever het voortouw duidelijk bij de rechter legt. Artikel 6 bepaalt dat sommige specifieke afvalstoffen niet langer afvalstoffen zijn, wanneer zij een behandeling voor nuttige toepassing, waaronder een recyclingsbehandeling, hebben ondergaan en voldoen aan specifieke criteria die opgesteld moeten worden onder de volgende voorwaarden:

- a. de stof of het voorwerp wordt gebruikelijk toegepast voor specifieke doelen;
- b. er is een markt voor of vraag naar de stof of het voorwerp;
- c. de stof of het voorwerp voldoet aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen; en tevens
- d. het gebruik van de stof of het voorwerp heeft over het geheel genomen geen ongunstige effecten voor het milieu of de menselijke gezondheid.

Anders dan artikel 5 bevat artikel 6 strikt genomen geen directe *lex specialis* ten opzichte van de afvalstoffendefinitie voor het vraagstuk op welk moment een afvalstof, na voltooiing van een handeling van nuttige toepassing, het karakter van afvalstof weer verliest. De voorwaarden van artikel 6 vormen namelijk alleen een basis voor de totstandkoming van Europese einde-afvalcriteria, en zijn dus anders dan de voorwaarden van artikel 5 zelf niet rechtstreeks toepasselijk bij de beoordeling in een

32 Rectificatie Nederlandse taalversie KRA, *PbEU* 2012, L 99/35.

concreet geval of een stof of voorwerp in het einde-afvalstadium is beland. Het Hof is hier in het arrest *Lapin* duidelijk over.³³ Op dit moment zijn op Europees niveau alleen voor de recycling van ijzer-, staal- en aluminiumschroot, glas en koperschroot einde-afvalcriteria vastgesteld.³⁴ Daar waar op basis van de voorwaarden van artikel 6 geen criteria zijn vastgesteld, moet de einde-afvalstatus nog steeds worden bepaald op basis van ‘de toepasselijke rechtspraak’ (lid 4). Dit laat zien dat het bepalen van het moment dat sprake is van een voltooide nuttige toepassing³⁵ door de Europese wetgever uitdrukkelijk aan de rechter wordt over gelaten.

Maatstaf van gelijkwaardigheid

In de Europese rechtspraak is het vraagstuk van de einde-afvalfase op dit moment nog niet volledig uitgekristalliseerd. In het arrest *ARCO Chemie* oordeelde het Hof dat zelfs een door nuttige toepassing verkregen gelijkwaardige stof nog een afvalstof kan zijn (zie paragraaf 2.2.2). In het arrest *Mayer Parry Recycling* uit 2003 sprak het Hof echter uit dat een door recycling verkregen gelijkwaardige stof ‘naar zijn aard’ geen afvalstof meer is.³⁶ Op het moment dat door recycling materialen of producten worden verkregen ‘met eigenschappen die vergelijkbaar zijn met die van het materiaal waar zij uit voortkomen’ verliezen de verschillende door de Europese wetgever voorziene controles voor afvalstoffen hun bestaansreden, aldus het Hof. Het arrest *Mayer Parry Recycling* had specifiek betrekking op de richtlijn Verpakking en verpakkingsafval³⁷ zodat niet helemaal zeker is of deze interpretatie ook buiten de sfeer van deze richtlijn kon worden gevolgd. Bovendien was van een voltooide nuttige toepassing in de zaak *Mayer Parry Recycling* feitelijk geen sprake, aangezien het desbetreffende metalen verpakkingsafval dat werd omgevormd tot een secundaire grondstof nog resterende verontreinigingen bevatte, zodat pas bij het daaropvolgende gebruik van dit ‘klasse 3B’-materiaal voor de vervaardiging van blokken, platen en rollen van staal de einde-afvalfase was bereikt. Van een gelijkwaardige secundaire grondstof was derhalve geen sprake.³⁸ De benadering uit het arrest *Mayer Parry Recycling* dat een door nuttige toepassing verkregen gelijkwaardige stof naar zijn aard geen afvalstof is, blijkt in de praktijk inmiddels echter leidend te zijn, althans in de Nederlandse rechtspraak (zie paragraaf 2.4).

33 HvJ 7 maart 2013, zaak C-9/00 (*Lapin*), AB 2013, 247, m.nt. Tieman, JM 2013, 65, m.nt. Van der Meulen.

34 Verordening (EU) nr. 333/2011, Verordening (EU) nr. 1179/2012 en Verordening (EU) nr. 715/2013. Zie hierover A. van Rossem, ‘Einde-afvalfase, (te) strenge criteria voor secundaire grondstoffen?’, *M en R* 2013/7, p. 399-405.

35 Niettegenstaande het feit dat artikel 6 lid 1 KRA spreekt van ‘nuttige toepassing, waaronder een recyclingsbehandeling’ is het verkrijgen van de einde-afvalstatus niet beperkt tot ‘recycling’ (art. 3 onder 17) alleen. Een ‘nuttige toepassing’ (art. 3 onder 15) kan immers ook bestaan uit ‘voorbereiding voor hergebruik’ (art. 3 onder 16). Zie ook overweging 22 van de considerans van de KRA.

36 HvJ 19 juni 2003, zaak C-444/00, JM 2003, 99, m.nt. Tieman.

37 Richtlijn 94/62/EEG.

38 In dezelfde zin HvJ 11 november 2004, zaak C-457/02 (*Niselli*).

In de latere rechtspraak van het Hof zelf is de maatstaf van gelijkwaardigheid of vergelijkbaarheid voor het vraagstuk van de einde-afvalfase overigens niet meer terug te vinden. Zo voert het Hof in het arrest *Lapin* uit 2013 ineens de maatstaf van *bruikbaarheid* ten tonele, zonder naar het arrest *Mayer Parry* te verwijzen. Het Hof oordeelt in dit arrest dat ook een als gevaarlijk aangemerkte afvalstof niet langer een afvalstof in de zin van de KRA is

‘wanneer zij door middel van een behandeling voor nuttige toepassing bruikbaar kan worden gemaakt zonder dat dit gevaar oplevert voor de menselijke gezondheid en nadelige gevolgen heeft voor het milieu, en voorts niet wordt geconstateerd dat de houder van het betrokken voorwerp zich ervan ontdoet dan wel voornemens of verplicht is zich ervan te ontdoen’.

Onder verwijzing naar het *ARCO*-arrest stelt het Hof vast dat dit ‘aan de hand van alle omstandigheden van het geval’ moet worden nagegaan.

Anders dan sinds het arrest *Palin Granit* voor bijproducten het geval is, zijn voor het vraagstuk van de einde-afvalfase op dit moment dus nog geen duidelijke maatstaven tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van het Hof. Niettemin kan worden gesteld dat het uitgangspunt dat een door nuttige toepassing aan een grondstof gelijkwaardige (of vergelijkbare dan wel bruikbare) stof geen afvalstof meer is, in feite wel degelijk besloten ligt in de voorwaarden van artikel 6 van de KRA. In zekere zin geven deze voorwaarden immers aan, in lijn met de beschreven algemene tendens in de rechtspraak van het Hof, welke omstandigheden relevant zijn voor het oordeel dat het vanuit oogpunt van milieubescherming niet langer gerechtvaardigd is om op een stof of voorwerp het etiket afvalstof te plakken. Problematisch blijft echter wel dat volgens de huidige redactie van artikel 6 aan deze voorwaarden zelf strikt genomen niet direct getoetst kan worden.

Voorwaarden artikelen 5 en 6

Wat verder nog opvalt, is dat de voorwaarden over de einde-afvalfase ook iets anders zijn geformuleerd dan die van artikel 5 van de KRA. Dat betreft dan niet zozeer het feit dat de voorwaarden 5(b) en (c) ontbreken in artikel 6. Dat deze twee voorwaarden niet voor de einde-afvalfase gelden, hangt er logischerwijze mee samen dat de regeling van de einde-afvalfase in artikel 6 is gekoppeld aan een handeling van ‘nuttige toepassing’. Zo’n afvalverwerkingshandeling vormt het spiegelbeeld van de ‘normale productiepraktijken’ en ‘productieprocessen’ waarop de regeling van bijproducten in artikel 5 van de KRA ziet. Voor wat betreft de overige voorwaarden lijken de verschillen tussen de artikelen 5 en 6 echter minder goed te verklaren. Zo komen de voorwaarden 6(c) en (d) in feite overeen met de voorwaarde van ‘rechtmatig gebruik’ in 5(d). Niet duidelijk is dan waarom voorwaarde 5(d) voor bijproducten verwijst naar voorschriften met betrekking tot producten, milieu en gezondheidsbescherming, terwijl voorwaarde 6(c) voor de einde-afvalstatus alleen technische voorschriften en productwetgeving noemt en dus niet verwijst naar milieu- en gezondheidsvoorschriften. Ook is onduidelijk waarom de voorwaarde van ‘zeker gebruik’ in voorwaarde 5(a) niet is opgenomen in artikel 6. Althans niet expliciet, want de voorwaarden 6(a)

en (b) komen in essentie met de voorwaarde van zeker gebruik overeen. Wanneer een stof of voorwerp gebruikelijk wordt toegepast voor een specifiek doel en er een markt voor of vraag naar is, zal immers tevens kunnen worden gesteld dat het gebruik van deze stof of dit voorwerp afdoende is zeker gesteld.³⁹

Het lijkt er niet op dat de Europese wetgever met de verschillende bewoordingen ook inhoudelijke verschillen heeft willen aanbrengen. Gelijktrekking en (verdere) uniformering van de in artikelen 5 en 6 opgenomen voorwaarden is daarom gewenst.

2.3.2 *Consumptiefase*

Waar de KRA voor zowel het *begin* van de economische kringloop – de productie-fase – als het *einde* van de kringloop – de einde-afvalfase – sinds 2008 voorziet in een specifieke regeling die het begrip afvalstof nader invult, bevat de KRA geen *lex specialis* voor het bepalen van de afvalstatus in de tussenliggende fase van consumptie of gebruik. Een equivalent van de artikelen 5 en 6 van de KRA ontbreekt in de KRA voor de consumptiefase. De voor de hand liggende reden is daarvoor dat in de rechtspraak van het Hof voor deze fase nog geen bestendige voorwaarden zijn ontwikkeld. In het arrest Niselli uit 2004 overwoog het Hof bovendien nog nadrukkelijk dat de uitzondering voor bijproducten uit het arrest *Palin Granit* hier niet geldt omdat consumptieresiduen ‘niet kunnen worden aangemerkt als “bijproducten” die worden verkregen bij een productieproces of door delving en die verder in het productieproces kunnen worden hergebruikt’. Ook een ‘daarmee verwante zienswijze’ kon volgens het Hof niet worden aanvaard ‘aangezien dergelijke residuen niet kunnen worden gekwalificeerd als tweedehandsgoederen die zonder voorafgaande bewerking zeker en op een vergelijkbare wijze worden hergebruikt’.⁴⁰

Het *Shell*-arrest uit 2013 laat zien dat het Hof inmiddels een andere koers vaart. De uitzondering voor bijproducten uit het arrest *Palin Granit* wordt hier immers wel toegepast, bij wijze van analogie, op de consumptiefase. Bij de totstandkoming van de huidige KRA in 2008 was het vanzelfsprekend nog niet duidelijk dat het Hof later die kant op zou gaan en de Europese wetgever zag indertijd kennelijk ook zelf geen reden om een regeling voor de consumptiefase in de KRA op te nemen.

39 Vgl. de conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak *Mayer Parry*, ECLI:EU:C:2002:420, punt 104: ‘Theoretisch kan weliswaar niet worden uitgesloten, dat ook het door recycling verkregen materiaal afval is. Wanneer bijvoorbeeld binnen afzienbare tijd geen vraag naar het gerecycleerde materiaal zou bestaan en de opslagkosten hoger zouden zijn dan de later eventueel te behalen winst, is het denkbaar dat het recyclingbedrijf zich van zijn producten wil ontdoen. Het is echter in de praktijk uiterst onwaarschijnlijk dat de houder van een met veel kosten en moeite gerecycleerd materiaal zich hiervan wil ontdoen.’

40 HvJ 11 november 2004, zaak C-457/02 (*Niselli*). Zie hierover J.R.C. Tieman, ‘Niselli: laatste stukje in puzzel begrip afvalstof’, *NTER* 2005/2, p. 25-31.

2.3.3 Bewijsregelingen AEEA-richtlijn en EVOA en einde-afvalfase

De Richtlijn betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur – de AEEA-richtlijn – bevat wel een specifieke regeling die met name voor het afvalvraagstuk in de consumptiefase van belang is.⁴¹ In bijlage VI van deze richtlijn zijn zogeheten ‘minimumvoorschriften voor de overbrenging’ opgenomen waaraan de houder van elektrische en elektronische apparatuur (‘EEA’), zoals koffiezetapparaten, computers en wasmachines, moet voldoen om aan te tonen dat de apparaten die hij overbrengt geen afvalstoffen zijn. De bevoegde autoriteiten kunnen de houder om bepaalde bewijsstukken vragen, zoals facturen, contracten, testrapporten, verklaringen en dergelijke, waaruit blijkt dat de apparaten bestemd zijn voor onmiddellijk hergebruik en helemaal functioneel zijn of worden overgebracht voor reparatie met het oog op hergebruik. Op grond van artikel 23 lid 2 van de AEEA-richtlijn dienen de lidstaten er zorg voor te dragen dat ‘de overbrenging van gebruikte EEA waarvan vermoed wordt dat het AEEA is’, geschiedt met inachtneming van de in bijlage IV opgenomen minimumvoorschriften. In feite wordt met deze minimumvoorschriften specifiek voor het onderscheid tussen ‘AEEA’ (afvalstoffen) en ‘EEA’ (geen afvalstoffen) in het kader van de overbrenging van dergelijke apparaten een nadere invulling gegeven aan het begrip afvalstof uit de KRA. De definitie van ‘AEEA’ in artikel 3 lid 1 onder e van de AEEA-richtlijn verwijst immers expliciet naar de definitie van het begrip afvalstof uit de KRA.

Met ingang van 1 januari 2016 is een soortgelijke bewijsregeling als die van de AEEA-richtlijn in meer algemene zin opgenomen in artikel 50 lid 4bis en 4ter van de EVOA.⁴² Deze regeling houdt in dat degene die in het bezit is van stoffen of voorwerpen of het transport regelt bewijsstukken inzake herkomst en bestemming, functionaliteit en passende verpakking moet verstrekken waaruit blijkt dat geen sprake is van afvalstoffen. De bevoegde autoriteiten ‘kunnen concluderen dat een stof of voorwerp een afvalstof is’ wanneer deze bewijsstukken niet of niet tijdig worden verstrekt of ontoereikend zijn. In dergelijke gevallen ‘wordt de verplaatsing van de betrokken stof of het betrokken voorwerp, of de overbrenging van de betrokken afvalstoffen, door die autoriteiten als een illegale overbrenging beschouwd’. Ook hiermee wordt in feite een specifieke invulling gegeven aan het begrip afvalstof uit de KRA, althans een oplossing geboden voor de onduidelijkheden die de afvalstoffendefinitie geeft voor het bepalen van de afvalstatus in onder meer de consumptiefase. Evenals de voorwaarden van de artikelen 5 en 6 van de KRA maken de omstandigheden die de EVOA noemt immers duidelijk wanneer het vanuit oogpunt van bescherming van het milieu en de volksgezondheid al dan niet gerechtvaardigd is om een stof of voorwerp als afvalstof te beschouwen. Het is aan de houder van een stof of voorwerp zelf om aan de hand van contracten, verklaringen en dergelijke over de *herkomst* en *bestemming* en *functionaliteit* duidelijk te maken dat hij zich niet van die stof of dat voorwerp ontdoet en daar ook niet het voornemen toe heeft.

41 Richtlijn 2012/19/EU.

42 Verordening (EU) nr. 660/2014 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1013/2006.

De bewijsregeling van de EVOA geldt niet alleen voor consumptieresiduen. Waar sprake is van de overbrenging van bijproducten en einde-afvalstoffen moet de houder niet aan de hand van de afvalstoffedefinitie ('ontdoen'), maar specifiek aan de hand van de artikelen 5 en 6 KRA aantonen dat geen sprake is van afvalstoffen. Voor bijproducten gaat het dan concreet om de vier voorwaarden van artikel 5 lid 1 van de KRA, zoals reeds volgt uit het arrest *Brady* (paragraaf 2.2.3). Specifiek bewijs voor de einde-afvalfase van afvalstoffen waarvoor op basis van de voorwaarden van artikel 6 lid 1 einde-afvalstoffencriteria zijn vastgesteld, moet mede worden geleverd aan de hand van een zogeheten 'conformiteitsverklaring'. Deze verklaring moet door de producent of importeur worden opgesteld en voor elke afzonderlijke 'zending' aan de volgende houder worden overgedragen. Een afschrift van de verklaring moet minimaal één jaar na afgifte door de producent of importeur worden bewaard en op verzoek aan de bevoegde autoriteiten ter beschikking gesteld.⁴³ Voor de meeste afvalstoffen zijn op dit moment nog geen specifieke einde-afvalcriteria vastgesteld. Het bewijs dat sprake is van een einde-afvalstof zal voor die afvalstoffen niet aan de hand van de voorwaarden van het eerste lid van artikel 6 KRA, maar op grond van het vierde lid van artikel 6 aan de hand van de maatstaf van gelijkwaardigheid moeten worden geleverd (paragraaf 2.3.1).

De formulering van artikel 6 lid 4 van de KRA roept in dit verband overigens vragen op. De KRA bevat zelf geen bewijsregeling ten aanzien van de definitie van het begrip afvalstof en de uitzonderingen voor bijproducten en einde-afval. Dat lidstaten bij afwezigheid van Europese einde-afvalcriteria per geval en rekening houdend met de toepasselijke rechtspraak kunnen 'beslissen' of een bepaalde afvalstof niet langer een afvalstof is, lijkt te suggereren dat voor de einde-afvalstatus altijd een formeel *besluit* met bijpassende bewijslast voor de overheid nodig is. Of de wetgever dat bij de herziening van de KRA in 2008 ook werkelijk heeft bedoeld, is echter zeer de vraag. De toelichting op de KRA, die spreekt van 'passende procedures' (overweging 22), laat ook ruimte voor een andere interpretatie op grond waarvan het, in lijn met de bewijsregeling die inmiddels in de EVOA is opgenomen, in eerste instantie aan de houder zelf is om aan te tonen dat een afvalstof het stadium van einde-afval heeft bereikt. Het is wenselijk dat de Europese wetgever hierover meer duidelijkheid schept. Alleen ten aanzien van de uitzondering voor bijproducten heeft het Hof tot nu toe immers expliciet aangegeven dat de bewijslast op de houder rust.

2.4 Nederlandse rechtspraak over het begrip afvalstof

Met de rechtspraak van het Hof van Justitie en de gedeeltelijke codificatie daarvan in de KRA is het begrip afvalstof enigszins ingekaderd maar nog heel breed en zeker niet vastomlijnd. Als gevolg daarvan zijn in de nationale rechtspraak geregeld en onvermijdelijk verschillende benaderingen waarneembaar, in het bijzonder in de lagere strafrechtspraak maar (inmiddels) ook tussen de rechtspraak van de

43 Zie voor de einde-afvalstatus van metaalschroot bijvoorbeeld artikel 5 en bijlage III van Verordening (EU) nr. 333/2011.

strafkamer van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het voert te ver om daar op deze plaats uitvoerig op in te gaan, maar gewezen kan onder meer worden op een aantal strafrechtelijke uitspraken uit 2004 over de (afval)status van plantenrestanten als bodemverbeteraar⁴⁴ en meer recent een aantal arresten van de gerechtshoven in Den Haag en Den Bosch over de (afval)status van als grondstof toegepaste of voor hergebruik bestemde balen oud papier, huishoudelijke apparaten, gemalen kunststof doppen, zogenoemd anodeslib en carbon black.⁴⁵ De verschillende uitkomsten in deze strafzaken – wel of geen afvalstof – hangen uiteraard samen met de specifieke feiten en omstandigheden die zich in deze zaken hadden voorgedaan. Of sprake is van een afvalstof of niet moet immers steeds *case by case* worden beoordeeld op basis van de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval (paragraaf 2.2.2). Voor de nadere duiding van het begrip afvalstof gaat het echter niet zozeer om de casuïstiek op zichzelf, maar om de *maatstaven* die de rechter hanteert om de specifieke feiten en omstandigheden te beoordelen en te selecteren op hun juridische relevantie.

Het valt dan op dat door de rechter in de ene strafzaak hiervoor wel, zij het soms impliciet, aansluiting wordt gezocht bij de verdere ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Justitie, terwijl in andere zaken alleen wordt gewezen op de ruime uitleg van het begrip afvalstof uit het arrest *ARCO Chemie* en bijvoorbeeld niet naar het arrest *Palin Granit*. Het ene gerechtshof (Den Bosch) lijkt soms ook strenger dan het andere gerechtshof (Den Haag). De arresten van het Haagse gerechtshof over de balen oud papier en de huishoudelijke apparaten – beide volgens het gerechtshof geen afval – zijn later door de Hoge Raad vernietigd vanwege de te beperkte uitleg die het gerechtshof hierin volgens de Hoge Raad geeft aan het begrip afvalstof.⁴⁶ Het oordeel van het Gerechtshof Den Bosch over het anodeslib en over het carbon black – volgens het gerechtshof beide wel een afvalstof – werd daarentegen door de Hoge Raad in stand gelaten.⁴⁷ Aldus is te zien dat de Hoge Raad in het strafrecht als cassatierechter

44 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 mei 2004, *M en R* 2004, 75 (tomatenloof), Gerechtshof Arnhem 26 februari 2004, *M en R* 2004, 74 (preirestanten) en Rb. Breda 29 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR6716 (maïsrestanten). Zie hierover A.M.C.C. Tubbing, 'Preirestanten en tomatenloof: wat doen we ermee?', *M en R* 2005/2, p. 80-82.

45 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2010, *M en R* 2011, 19, m.nt. Van Ham (anodeslib), Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV8864 (kunststof doppen), Gerechtshof 's-Gravenhage 9 maart 2012, *JM* 2012, 91, m.nt. Van der Meulen (balen papier), Gerechtshof 's-Gravenhage 20 april 2012, *JM* 2012, 92, m.nt. Van der Meulen (huishoudelijke apparaten) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *M en R* 2013, 124, m.nt. Hendriks, *JM* 2013, 79, m.nt. Van der Meulen (carbon black).

46 HR 3 december 2013, *M en R* 2014, 36, *JM* 2014, 14, m.nt. Van der Meulen (balen papier) en HR 3 december 2013, *M en R* 2014, 43, m.nt. Boot en Walraven, *JM* 2014, 15, m.nt. Van der Meulen (huishoudelijke apparaten).

47 HR 17 april 2012, *AB* 2012, 57, m.nt. Tieman, *JM* 2012, 36, m.nt. Van der Meulen (anodeslib) en HR 13 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:49 (carbon black). Naar mijn weten is tegen het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch over de kunststof doppen geen cassatie bij de Hoge Raad ingesteld.

een belangrijke taak heeft om bij te dragen aan een meer eenduidige interpretatie van het begrip afvalstof en aan te geven op basis van welke juridische maatstaven de feiten en omstandigheden moeten worden beoordeeld. Het is dan uiteraard wel zaak dat de Hoge Raad hierbij op één lijn zit met de bestuursrechter, zoals met name de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavingszaken over de afvalstatus van carbon black illustreren.⁴⁸ In zijn algemeenheid blijkt dat ook het geval. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak zoekt voor de uitleg van het begrip afvalstof expliciet aansluiting bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Einde-afvalfase

Voor de benadering van het vraagstuk van de einde-afvalstatus past de Hoge Raad in de arresten over anodeslib en oud papier bijvoorbeeld evenals de Afdeling bestuursrechtspraak de maatstaf van gelijkwaardigheid (of vergelijkbaarheid of bruikbaarheid) toe die door het Europese Hof is geformuleerd in de arresten *ARCO Chemie*, *Mayer Parry Recycling*, *Niselli* en *Lapin*.⁴⁹ In deze zaken wordt via de band van artikel 6 lid 4 van de KRA noodgedwongen naar deze ‘toepasselijke rechtspraak’ verwezen, omdat er voor de betreffende afvalstoffen geen Europese einde-afvalcriteria zijn ontwikkeld en de voorwaarden die zijn neergelegd in het eerste lid van artikel 6 van de KRA – in tegenstelling tot wat soms in de lagere strafrechtspraak wordt geoordeeld⁵⁰ – niet rechtstreeks toepasselijk zijn (paragraaf 2.3.1). De Hoge Raad heeft om die reden nadrukkelijk geoordeeld dat de regeling van de einde-afvalfase in artikel 6 van de KRA geen ‘verandering van inzicht van de wetgever’ laat zien. Ik heb wel de indruk dat de Hoge Raad in de toepassing van de maatstaf van gelijkwaardigheid op een specifiek geval mogelijk wat strenger is dan de Afdeling. De Afdeling accepteert bijvoorbeeld nog resterende verontreinigingen – waaruit blijkt dat het niet zozeer gaat om gelijkheid maar om gelijkwaardigheid – en acht van belang of al dan niet vanwege deze verontreinigingen *extra* voorzorgsmaatregelen voor de bescherming van mens en milieu moeten worden getroffen.⁵¹ Zo overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak over de einde-afvalstatus van zogenoemde fluxolie van het bedrijf North Refinery dat vaststaat dat de hierin nog resterende verontreinigingen niet van invloed zijn op de samenstelling van het geproduceerde hoogovenslak, ruwijzer en hoogovengas, en deze verontreinigingen bij de inzet van de fluxolie dan ook een te verwaarlozen rol spelen. De effecten van toepassing van de fluxolie zijn, zo oordeelt de Afdeling, ‘vergelijkbaar met die van andere producten zoals poederkool en zware

48 Zie voor het strafrecht Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *M en R* 2013, 124, m.nt. Hendriks, *JM* 2013, 79, m.nt. Van der Meulen en HR 13 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:49, voor het bestuursrecht Rb. Oost-Brabant 10 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BY8337 en ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2464.

49 HR 17 april 2012, *AB* 2012, 57, m.nt. Tieman, *JM* 2012, 36, m.nt. Van der Meulen (anodeslib) en HR 3 december 2013, *M en R* 2014, 36, *JM* 2014, 14, m.nt. Van der Meulen (balen papier).

50 Zie Gerechtshof Amsterdam 19 augustus 2015, *M en R* 2016, 7, m.nt. Van Ham.

51 ABRvS 19 november 2014, *M en R* 2015, 25, m.nt. Douma, *JM* 2015, 1, m.nt. Flietstra (fluxolie). Zie ook reeds ABRvS 29 oktober 2008, *AB* 2009, 56, m.nt. Tieman.

stookolie die bij de staalproductie worden ingezet ter vervanging van cokes'. Onder verwijzing naar het *Shell*-arrest concludeert de Afdeling dat de fluxolie

‘geen last is voor North Refinery waarvan zij voornemens is zich te ontdoen. North Refinery produceert deze stof juist welbewust om deze onder economisch gunstige omstandigheden te verhandelen. Het risico dat North Refinery zich van de fluxolie zal ontdoen door deze stof onbeheerd achter te laten, ongecontroleerd te lozen of te verwijderen, moet dan ook als verwaarloosbaar worden aangemerkt. Verder moet worden geconcludeerd dat de fluxolie zonder bijzondere handelingen als reductiemiddel in de staalindustrie kan worden ingezet en daar ook daadwerkelijk wordt ingezet, en dat deze inzet wat milieugevolgen betreft vergelijkbaar is met de inzet van andere als reductiemiddel gebruikte stoffen’.

Retourlogistiek

Ook op andere terreinen dan het vraagstuk van de einde-afvalfase werkt het *Shell*-arrest van het Hof van Justitie uit 2013 inmiddels door, tenminste in de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁵² De rechtspraak moet zich nog verder ontwikkelen, maar begin 2016 tekende zich een opvallend verschil in benadering af tussen de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak bij de beoordeling van zogeheten retourlogistiek. In een arrest van 29 maart 2016 oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van een voor export naar Kameroen bestemde restantpartij elektronische apparaten dat sprake is van afvalstoffen waarop de EVOA van toepassing is.⁵³ De maatstaf die de Hoge Raad hiervoor hanteert, is dat het gaat om verkooprestanten en apparaten die onder garantie door consumenten bij winkeliers retour zijn gebracht (zoals frituuses, klokken en koffiezetapparaten) die ‘onbruikbaar of overmatig zijn geworden voor het doel waarvan zij door de houder waren bestemd, te weten de verkoop aan consumenten’. De Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk dat het *Shell*-arrest hier toepassing mist, omdat in dat arrest immers niet was uitgesloten ‘dat het product door de houder conform de oorspronkelijke bestemming opnieuw op de markt zou worden gebracht’. Met deze maatstaf van het *gebruik conform de oorspronkelijke bestemming* past de Hoge Raad een maatstaf toe die ook in het verleden door de Afdeling bestuursrechtspraak is gehanteerd.⁵⁴

Inmiddels is echter duidelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze op het arrest *ARCO Chemie* gebaseerde maatstaf⁵⁵ als gevolg van het *Shell*-arrest niet meer hanteert. Dat blijkt met name uit een uitspraak van 3 februari 2016 over de export van

52 Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 april 2014, *AB* 2014, 235, m.nt. Tieman en Van der Veen.

53 HR 29 maart 2016, *AB* 2016, 338, m.nt. Tieman. Het arrest is een vervolg op een eerder arrest van de Hoge Raad van 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1564, *M en R* 2014/43. In dat arrest vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 20 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW5109, waarin het gerechtshof oordeelde dat geen sprake was van afvalstoffen.

54 Onder meer in ABRvS 20 maart 2001, *AB* 2001, 157 (gebruikte autobanden) en ABRvS 16 maart 2001, *M en R* 2001, 111 (oud brood).

55 Zie Tieman 2003, a.w., 2003, p. 317-358 en p. 450-467.

een uit waterkokers, strijkijzers, ventilatoren en scheerapparaten bestaande partij elektronische apparaten naar Tanzania.⁵⁶ Onder expliciete verwijzing naar het *Shell*-arrest oordeelt de Afdeling dat het door de consumenten retourneren van elektronische apparaten met het oog op terugbetaling van de aankoop prijs krachtens de koopovereenkomst (dan wel het ruilen tegen een ander artikel) niet kan worden beschouwd als het zich ontdoen van afvalstoffen. Anders dan de Hoge Raad oordeelt de Afdeling bovendien dat het leveren van deze apparaten door de winkeliers aan de importeurs moet worden beschouwd ‘als een voortzetting van het distributieproces in het normale handelsverkeer’. Hetzelfde geldt volgens de Afdeling voor de voorraadrestanten die de winkeliers aan de importeurs hebben geretourneerd. De omstandigheid dat de winkeliers de apparaten ‘niet meer rechtstreeks aan consumenten konden verkopen’, maakt volgens de Afdeling in tegenstelling tot de Hoge Raad niet dat ‘deze voor de winkeliers een last waren waarvan zij zich moesten ontdoen’. Op het moment dat de apparaten bij de importeur en vervolgens bij het exporterende bedrijf werden aangeleverd, was geen sprake van afvalstoffen. Aangezien het grootste deel van de bij het bedrijf aangetroffen partij niet behoeft te worden bewerkt of gerepareerd en omdat de specifieke partij als één, niet te scheiden partij moet worden aangemerkt, is gebruik zonder voorafgaande bewerking voldoende zeker, aldus de Afdeling. De Afdeling wijst er verder op dat de partij ‘een zekere marktwaarde vertegenwoordigt’, zoals blijkt uit de door het bedrijf overgelegde facturen. Ten slotte zijn er, zo besluit de Afdeling, ‘anderszins geen aanwijzingen aanwezig, zoals risico’s voor het milieu, op grond waarvan niettemin moet worden geoordeeld dat de apparaten, nadat deze aan het bedrijf zijn geleverd, het karakter van een afvalstof hebben verkregen’.

Het lijkt dus, met name voor de (lagere) strafrechter, soms lastig om de ontwikkelingen in de (Europese) afvalstoffenrechtspraak op de voet te volgen. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak zelf lijkt in de benadering van het begrip afvalstof overigens niet altijd even consistent. In een uitspraak van 28 oktober 2015 over lege tonercartridges gaat de Afdeling er impliciet van uit dat deze cartridges afvalstoffen zijn waarvan consumenten zich hebben ontdaan.⁵⁷ De cartridges worden na gebruik in het kader van retourlogistiek door individuele consumenten op de post gedaan en door PostNL in bulkzendingen bij de fabrikanten afgeleverd. De Afdeling maakt niet duidelijk waarom aangenomen moet worden dat de gebruikers zich inderdaad van de cartridges zouden hebben ontdaan en op basis van welke maatstaf dat dan moet worden beoordeeld. De Afdeling verwijst alleen naar wetgeschiedenis uit de EVOA, waaruit de Afdeling afleidt dat in de EVOA een ondergrens van 20 kg wordt gehanteerd met de bedoeling om retourlogistiek van de informatieverplichtingen van de EVOA uit te zonderen. In deze uitzondering ligt inderdaad de veronderstelling besloten dat volgens de EVOA-wetgever sprake is van afval. De vraag is echter of die veronderstelling wel in lijn is met het begrip afvalstof uit de KRA. Op basis waarvan moet worden beoordeeld of consumenten zich van een cartridge ontdoen? Dat

⁵⁶ ABRvS 3 februari 2016, *AB* 2016, 336.

⁵⁷ ABRvS 28 oktober 2015, *AB* 2016, 337. De Afdeling oordeelt overigens dat van een overtreding van de EVOA geen sprake is omdat de individuele overbrengingen vallen onder de ondergrens van 20 kg die is neergelegd in artikel 3 lid 2 EVOA.

de cartridges niet conform de oorspronkelijke bestemming (als inktcartridge in een printer) worden aangewend, lijkt niet langer als de maatstaf te kunnen worden gehanteerd. Verwijzend naar het *Shell*-arrest zou daarentegen gesteld kunnen worden dat het ‘geenszins gerechtvaardigd’ is om op de lege tonercartridges het etiket afval te plakken. Niet dat in het kader van een retoursysteem nooit en te nimmer sprake kan zijn van afval, maar wanneer er geen sprake is van een concreet milieurisico en het retoursysteem juist door de fabrikanten is opgezet om de cartridges te behouden, deze kennelijk ook een zekere marktwaarde vertegenwoordigen, en door dit systeem de fabrikanten en consumenten bijdragen aan het behoud van de natuurlijke hulpbronnen, zou kunnen worden betoogd dat een dergelijke rechtvaardiging niet aanwezig is. Waarom zou dit retoursysteem niet, in lijn met de uitspraak van de Afdeling van 3 februari 2016, onder deze omstandigheden kunnen worden gezien als een voorzetting van het consumptie- of distributieproces in het normale handelsverkeer?

Bewijslast

Opvallend hierbij is overigens dat in bovenstaande zaken zowel de Hoge Raad als de Afdeling bestuursrechtspraak geen aandacht besteedt aan de bewijsregeling met minimumvoorschriften voor overbrenging uit de AEEA-richtlijn. In de uitspraak van 3 februari 2016 overweegt de Afdeling zelfs met zoveel woorden dat deze richtlijn ‘niet het toetsingskader vormt voor de vraag of sprake is van een afvalstof’. De minimumvoorschriften uit de AEEA-richtlijn zijn als gezegd echter wel degelijk relevant voor de beoordeling van de afvalstatus. Hetzelfde geldt voor de bewijsregeling van artikel 50 lid 4bis en 4ter EVOA (paragraaf 2.3.3). Afgewacht moet worden hoe de rechter daar in toekomstige gevallen verder mee om zal gaan, waarbij gelet op de strafrechtelijke bewijsregels en -beginselen met name interessant zal zijn hoe in strafzaken zal worden geoordeeld over de ‘omkering’ van de bewijslast. In bestuursrechtelijke zaken lijkt de Afdeling in elk geval, niet alleen voor bijproducten, maar ook daarbuiten,⁵⁸ in lijn met het arrest Brady op het spoor te zitten dat het op de weg van de houder ligt om aannemelijk te maken dat geen sprake is van een afvalstof. Dit komt met name naar voren in een uitspraak van de Afdeling over carbon black.⁵⁹ In de gelijktijdig lopende strafzaak over carbon black komen het Gerechtshof Den Bosch en de Hoge Raad echter eveneens tot het oordeel dat niet gebleken is dat aan de voorwaarden voor bijproducten is voldaan, zodat zich hier vooralsnog geen grote verschillen lijken voor te doen.⁶⁰

2.5 Uitleg begrip afvalstof: van rechter naar wetgever en bestuur

Uit het voorgaande blijkt dat het begrip afvalstof zowel aan de voorkant (is sprake van ontdoen?) als aan de achterkant (is sprake van einde-afval?) niet duidelijk is afgebakend. De Europese wetgever laat steken vallen en wijst vervolgens – soms

58 ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:386 (autowrakken).

59 ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2464. Zie Tieman 2014, a.w., p. 45-46.

60 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 april 2013, *M en R* 2013, 124, m.nt. Hendriks, *JM* 2013, 79, m.nt. Van der Meulen en HR 13 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:49.

zelfs uitdrukkelijk⁶¹ – naar de rechter om de gaten te dichten. Het Europees Hof van Justitie vult deze lacunes zo goed en kwaad als het gaat in, maar de rechtspraak kan met dit plak- en knipwerk niet altijd even goed uit de voeten. Dat geldt niet alleen voor bedrijven en de bevoegde instanties, maar evengoed ook voor de rechter zelf. Illustratief is de verzuchting in 2008 van de Engelse rechter Lord Justice Carnwath over de bruikbaarheid van de definitie van het begrip afvalstof en de rechtspraak van het Hof:

‘A search for logical coherence in the Luxembourg case-law is probably doomed to failure. A fundamental problem is the court’s professed adherence to the Article 1(a) definition, even where it can be of no practical relevance.’⁶²

Ook de rechter zelf is dus op zoek naar meer duidelijkheid. Alleen al daarom zou de door de wetgever zelfverkozen afhankelijkheid van de rechter bij de uitleg van het begrip afvalstof en de term ‘zich ontdoen’ moeten worden heroverwogen. Ook voor de realisatie van een circulaire economie is dat nu echt broodnodig. Voor een circulaire economie zijn innovaties nodig, moet worden afgestapt van de gebruikelijke (lineaire) bedrijfs- en verdienmodellen en moeten nieuwe technische mogelijkheden worden ontwikkeld. De rechter tracht bij de nadere duiding van het afvalstoffenbegrip wel degelijk aansluiting te zoeken bij de maatschappelijke, technische en economische ontwikkelingen, maar de rechter is hierin beperkt en loopt per definitie achter deze ontwikkelingen aan. Waar bedrijven voor hun investeringsbeslissingen vooraf voldoende zekerheid wensen over de (afval)status van materialen die ze voortbrengen of gebruiken, kan een rechter die zekerheid alleen achteraf geven.⁶³ Bovendien komen lang niet alle zaken voor de rechter.⁶⁴

Daarbij is het voor bedrijven, maar ook voor het bevoegd gezag, lang niet zeker of een rechter in een bepaalde zaak zal oordelen in de geest van de wet of naar de letter daarvan. Weliswaar hebben we gezien dat de (Europese) rechter bij de uitleg van het afvalstoffenbegrip de teleologische in plaats van de grammaticale interpretatiemethode hanteert, maar juist dát maakt de uitkomst van een bepaalde rechtszaak onvermijdelijk onzeker en onvoorspelbaar. Zo kwamen na het arrest *ARCO Chemie* de door het Hof geformuleerde uitzonderingen op het ruime afvalstoffenbegrip in de arresten *Palin Granit* en *Shell* voor velen, waaronder niet in de laatste plaats ikzelf,

61 Artikel 6 lid 4 KRA en artikel 28 lid 4 EVOA.

62 Carnwath LJ in de zaak *R(OSS) Group Ltd. v. Environment Agency* (2007).

63 Zie ook de Europese Commissie in de Mededeling ‘EU-wetgeving: betere resultaten door betere toepassing’, COM(2016) 8600: ‘Een duidelijke juridische formulering en toegankelijke teksten dragen bij tot rechtszekerheid en een betere toepassing. Als wetgeving duidelijk en toegankelijk is, kan zij doeltreffend worden uitgevoerd, kunnen burgers en economische actoren hun rechten en verplichtingen beter begrijpen en kan de rechterlijke macht ervoor zorgen dat deze worden gehandhaafd.’

64 Zie hierover ook de bijdrage van Laan in deze bundel.

nogal als een verrassing.⁶⁵ Ook de hierboven genoemde verschillen in de nationale rechtspraak over bijvoorbeeld retourlogistiek illustreren het onvoorspelbare karakter van de rechtspraak over het begrip afvalstof. Duidelijk is bovendien dat er door de lacunes in het Europese kader verschillen in benadering van het afvalstoffenbegrip tussen de lidstaten zullen zijn. Dat de nationale rechters in de verschillende lidstaten voortaan één gezamenlijke lijn zullen trekken in hun benadering van het afvalstoffenbegrip bij circulaire bedrijfs- en verdienmodellen is wenselijk, maar zal op korte en middellange termijn alleen al uit praktisch oogpunt niet realistisch zijn. Het voor de circulaire economie benodigde gelijke speelveld zal in elk geval niet door de rechter kunnen worden bewerkstelligd.

Uiteraard heeft de rechter in ons staatsbestel uiteindelijk het laatste woord. De (materiële) wetgever en het bestuur zouden voortaan echter zelf meer het voortouw moeten nemen in de nadere duiding van het afvalstoffenbegrip. Dat voorkomt dat deze bedrijven nog langer primair zijn aangewezen op het doorlopen van een onzekere, dure en tijdrovende rechtsgang om (achteraf) van de rechter antwoord te krijgen op de vraag of ze te maken hebben met een afvalstof of een grondstof. De vraag rijst dan ook in hoeverre de voorstellen en maatregelen die op Europees niveau en door Nederland zijn aangekondigd in het EU-actieplan voor de circulaire economie en het Rijksbreed programma Circulaire Economie zullen bijdragen aan meer rechtszekerheid en een meer uniforme interpretatie van het begrip afvalstof. Pakken de EU en Nederland de handschoen op?

3 Het afvalstoffenbegrip in het EU-actieplan en het Rijksbreed programma Circulaire Economie

3.1 Afval bestaat niet?

In het verlengde van de rapporten van de Rli en de commissie-Corbey over de circulaire economie (zie paragraaf 2.1), wordt in het Rijksbreed programma Circulaire Economie *Nederland circulair in 2050*⁶⁶ opgemerkt dat er behoefte is aan een ‘beter toegesneden en samenhangend begrippenkader voor afval’. Het ‘kritischer beoordelen van het etiket “afval” voor reststromen en voor geretourneerde producten wordt in het programma genoemd als een van de interventies in het kader van het wegnemen van belemmeringen en het bieden van ruimte in wet- en regelgeving die voor de transitie naar een meer circulaire economie nodig zijn. Ook wordt gewezen op de noodzaak van verduidelijking van de afvaldefinitie en betere toepassing van de regeling voor bijproducten en einde-afval uit de KRA.

⁶⁵ Zie over de potentiële betekenis van het arrest *Palin Granit* echter reeds Tieman 2003, a.w., p. 330-335.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33, bijlage en <www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/14/bijlage-1-nederland-circulair-in-2050>.

Een beter toegesneden en samenhangend begrippenkader is in het kader van de circulaire economie met name nodig om het onderscheid te verduidelijken tussen de nuttige toepassing van afvalstoffen en handelingen die te maken hebben met afvalpreventie en hergebruik. Met het PBL (zie paragraaf 1) kan worden gezegd dat het niet nodig is om hiervoor een heel nieuw (juridisch) systeem te ontwerpen, maar wel dat er veranderingen nodig zijn in het bestaande systeem van de KRA en de wijze waarop dat systeem in de praktijk wordt toegepast.⁶⁷ Dat geldt ook voor de definitie van het begrip afvalstof in artikel 3 van de KRA. Evenals in een lineair economisch ‘take-make-dispose’ systeem blijft het onverkort van belang te waarborgen dat stoffen of voorwerpen die uit de economische keten weglekken op milieuhygiënisch verantwoorde wijze worden verwijderd (*disposal*). Milieubescherming en bescherming van de menselijke gezondheid tegen de aan afvalstoffen verbonden nadelige gevolgen is en blijft ook in een circulaire economie een van de belangrijkste doelstellingen van het afvalstoffenrecht. Aan het afvalstoffenrecht is evenwel van oudsher nog een andere belangrijke doelstelling verbonden, namelijk de bescherming en het efficiënt gebruik van de natuurlijke hulpbronnen.⁶⁸ In de KRA zijn daartoe van meet af aan niet alleen maatregelen opgenomen die de (milieuhygiënisch verantwoorde) nuttige toepassing (*recovery*) van afvalstoffen zo veel mogelijk stimuleren, maar ook maatregelen die zijn gericht op het voorkomen van het ontstaan van afvalstoffen door preventie en hergebruik.

Hoewel als sluitstuk van het traject dat in 2003 is ingezet met de mededeling van de Europese Commissie ‘Naar een thematische strategie inzake afvalpreventie en afvalrecycling’⁶⁹ bij de herziening van de KRA in 2008 ook afvalpreventie en hergebruik zeer zeker de aandacht hadden, valt op dat destijds toch vooral de nadruk lag op het bevorderen van de nuttige toepassing van afvalstoffen. Het bewijs daarvoor kan met name worden gevonden in de nieuwe definities die erop gericht waren om het onderscheid tussen afvalverwijdering en nuttige toepassing van afvalstoffen te verduidelijken (artikel 3), de nieuwe regeling van de einde-afvalfase voor het bepalen van het moment van voltooiing van het recyclingproces (artikel 6), en de opname van de verplichting voor de EU-lidstaten tot het behalen van kwantitatieve doelstellingen (‘recyclingpercentages’) voor de nuttige toepassing van specifieke afvalstromen (artikel 11). De herziening van de KRA in 2008 en de implementatie daarvan in de Wm⁷⁰ was er dan ook met name op gericht om een ‘Europese recyclingmaatschappij met een hoge grondstoffenefficiëntie’ te realiseren.⁷¹

In feite stond de herziening van de KRA in 2008 dus in het teken van een verschuiving in Europa van een lineaire economie naar een economie gericht op recycling. Afvalrecycling is en blijft ook nu van belang, maar een circulair economisch systeem

67 Zie hierover ook de bijdrage van Houben en Veldkamp.

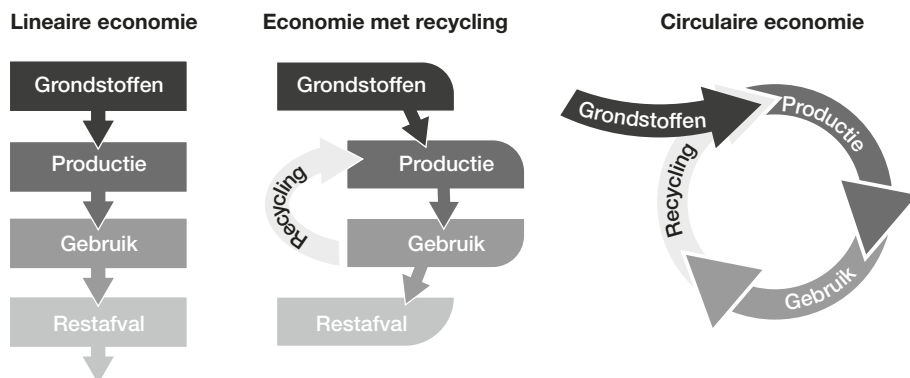
68 Artikel 1 KRA. Zie reeds de considerans en artikel 3 van de oorspronkelijke Afvalstoffenrichtlijn 75/442/EEG.

69 COM(2003) 301.

70 Kamerstukken II 2009/10, 32 392, nrs. 1-3 e.v.

71 Artikel 11 lid 2 en considerans punten 28, 29 en 41.

draait om veel meer dan dat alleen. Het gaat in een circulaire economie anders dan in een recycling-economie niet zozeer om materiaalketenbeheer,⁷² maar om het voorkomen van het ontstaan van afvalstoffen. Het gaat erom dat de afzonderlijke onderdelen van de keten van productie, gebruik en afval worden gesloten om, zoals de Europese Commissie het zegt in het EU-actieplan voor de circulaire economie, de ‘cirkel rond te maken’.⁷³



Bron: Ministerie van Infrastructuur en Milieu

Een circulair economisch systeem komt er in de kern, in zijn ideaaltypische vorm, op neer dat afval niet bestaat.⁷⁴ Het gevaar van het weglekken van stoffen of voorwerpen uit de economische keten dat kenmerkend is voor een lineaire economie en een keteneconomie met recycling is afwezig in een circulair economisch systeem. Een dergelijk systeem is er namelijk op gericht dat stoffen en voorwerpen zo veel mogelijk voor en door de economie zelf behouden blijven. Anders dan een keteneconomie met recycling gaat het in een circulaire economie dan ook niet zozeer om het zo veel mogelijk bevorderen van de nuttige toepassing van afvalstoffen, met andere woorden: het *terugbrengen* van waardevolle materialen in de economische keten, maar om maatregelen die erop zien dat waardevolle materialen überhaupt de keten niet verlaten. Het gaat dus niet zozeer om *waste recovery*, terugwinning van afvalstoffen, maar om *waste prevention*, om afvalpreventie en hergebruik, als hoogste treden van de afvalstoffenhiërarchie.⁷⁵ Een circulaire economie kan in zijn ideaaltypische betekenis dan ook het beste worden gekenschetst als een hergebruik-economie. Bij ‘hergebruik’ gaat het immers nadrukkelijk om handelingen die niet plaatsvinden

72 ‘Naar een materiaalketenbeleid’ is niet voor niets de titel van het LAP2, het tweede Landelijk afvalbeheerplan (tweede wijziging), zie <www.lap2.nl/beleidskader/>. Zie ook A.M.C.C. Tubbing, ‘Op weg van afvalstoffenbeheer naar materiaalketenbeheer’, *M en R* 2011/2, p. 82-89.

73 Mededeling van de Commissie ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, COM(2015)614.

74 Zie ook de Mededeling van de Commissie ‘Naar een circulaire economie: Een afvalvrij programma voor Europa’, COM(2014) 348.

75 Artikel 4 KRA.

met afvalstoffen. Dit ter onderscheiding van handelingen van nuttige toepassing (of terugwinning) die juist per definitie wel zijn gekoppeld aan afvalstoffen.⁷⁶ Met het PBL kan worden gesteld dat het voor een dergelijke hergebruikseconomie waar afval niet meer bestaat, vereist is dat afspraken tussen en binnen de verschillende ketens gaan veranderen. Met name zijn afspraken nodig tussen de afzonderlijke actoren (producenten, consumenten) in de productie- en gebruiksfase om de keten te sluiten en de cirkel daadwerkelijk gesloten te krijgen.⁷⁷ Afgestapt moet worden van de ‘wegwerpmaatschappij’ die niet alleen kenmerkend is voor een lineair systeem maar ook voor een recyclingseconomie. Naast veranderingen in het maatschappelijke systeem zal ook het juridische systeem deze actoren, zoals de in paragraaf 1 genoemde tomatenplantenteler en de lampenfabrikant, voldoende ruimte moeten bieden voor en voldoende duidelijk en voorspelbaar moeten zijn over de juridische status van de nieuwe circulaire bedrijfs- en verdienmodellen die zij ontwikkelen.

De vraag is nu hoe de maatregelen uit het EU-actieplan, waaronder de voorstellen tot wijziging van de KRA⁷⁸ en een vijftal andere afvalstoffenrichtlijnen,⁷⁹ en het Rijksbreed programma tegen deze achtergrond moeten worden gewaardeerd. Bieden deze maatregelen en voorstellen meer duidelijkheid over de definitie van het begrip afvalstof waar het gaat om de afgrenzing tussen de nuttige toepassing van afvalstoffen die behoren bij een recyclingseconomie en handelingen gericht op preventie en hergebruik die centraal staan in een circulaire economie?

3.2 Afvalstoffedefinitie

Het eerste dat opvalt aan het voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van de KRA is dat de definitie van het begrip afvalstof zelf ongemoeid is gelaten. Het voorstel staat vooral in het teken van verhoging van de kwantitatieve doelstellingen voor recycling (en voorbereiding voor hergebruik) en verbetering van de voorschriften om deze percentages uniform te berekenen.⁸⁰ Weliswaar bevat het voorstel van de Commissie ook een aantal wijzigingen van de artikelen over bijproducten en einde-afvalfase (zie paragraaf 3.3) maar aan de definitie van het begrip afvalstof zelf wordt niets veranderd. Er is geen nadere duiding van de term ‘zich ontdoen’ (*discard*) en ook een regeling voor de consumptie- of gebruiksfase ontbreekt (paragraaf 3.4). Dat niet gekozen is voor een ‘revolutie’ maar voor ‘evolutie’ binnen de bestaande

76 Zie artikel 3 onder punten 13 en 15 KRA. In het algemeen spraakgebruik en beleids teksten worden de termen hergebruik en nuttige toepassing/recycling soms door elkaar gebruikt. Zie bijvoorbeeld p. 15-17 van het Rijksbreed programma Circulaire Economie.

77 Zie hierover ook de bijdrage van Gerbrandy.

78 COM(2015) 595.

79 Voorstel COM(2015) 593 tot wijziging van de Autowrakkenrichtlijn 2000/53/EG, de Richtlijn (afgedankte) batterijen en accu's 2006/66/EG en de AEEA-richtlijn 2012/19/EU, voorstel COM(2015) 594 tot wijziging van de Stortrichtlijn 1999/31/EEG en voorstel COM(2015) 596 tot wijziging van de Richtlijn verpakking en verpakkingsafval 94/62/EEG.

80 Zie artikel 11 KRA en Besluit 2011/753.

kaders van de KRA⁸¹ mag na ruim veertig jaar en eerdere vergeefse pogingen overigens nauwelijks verbazen. Toch is een nadere verduidelijking van de afvalstoffen-definitie in de KRA op dit moment misschien minder revolutionair dan het op het eerste gezicht lijkt.

Zo heeft Nederland in de fase van voorbereiding van de voorstellen van de Europese Commissie een interessante suggestie gedaan tot nadere duiding van de term ‘zich ontdoen’.⁸² Dit Nederlandse voorstel sluit aan bij de in paragraaf 2 beschreven ontwikkeling in de rechtspraak over het afvalstoffenbegrip, de conclusies van advocaten-generaal Jacobs en Alber die daarvoor als basis hebben gediend, en de (gedeeltelijke) codificatie daarvan in de artikelen 5 en 6 van de KRA. Het Nederlandse voorstel – dat dus niet door de Commissie is overgenomen – komt er in de kern op neer dat in de definitie van het begrip afvalstof een expliciete koppeling wordt gelegd met de dubbele doelstelling van de KRA: milieubescherming én efficiënt gebruik van de natuurlijke hulpbronnen. In lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, die bepaalt dat er steeds een concrete rechtvaardigingsgrond aanwezig moet zijn om een stof of voorwerp als afvalstof te bestempelen (paragraaf 2.2.5), zijn drie voorwaarden geformuleerd die aangeven wanneer van een dergelijke rechtvaardigingsgrond geen sprake is. Dat is volgens het voorstel het geval wanneer het gebruik van een stof of voorwerp *zeker* is, *rechtmatig* en bijdraagt aan het *efficiënt gebruik van hulpbronnen*. Wanneer vaststaat dat aan deze drie criteria is voldaan, hetgeen in lijn met het arrest *ARCO Chemie* (paragraaf 2.2.2) steeds van geval tot geval moet worden bepaald, is volgens het voorstel geen sprake van ‘zich ontdoen’ en daarmee geen sprake van afval.

De voorwaarden van ‘zekerheid’ en ‘rechtmatigheid’ komen overeen met de voorwaarden die in de artikelen 5 lid 1 onder a en d, en 6 lid 1 onder a tot en met d van de KRA zijn opgenomen voor bijproducten en de einde-afvalfase (paragraaf 2.3.1). De bestaande rechtspraak over deze twee voorwaarden kan derhalve worden gecontinueerd. De voorwaarde van *zekerheid* brengt in essentie met zich dat het, gegeven de economische context waarin de transactie plaatsvindt, in voldoende mate waarschijnlijk moet zijn dat een stof of voorwerp voor een specifiek doel zal worden gebruikt. Wanneer dat het geval is, blijktens bijvoorbeeld contracten, specificaties en bindende toezeggingen van afnemers, kan worden gesteld dat er geen specifiek inherent aan afvalstoffen verbonden risico aanwezig is dat de stof of het voorwerp onbeheerd wordt achtergelaten of ongecontroleerd wordt geloosd of verwijderd met nadelige gevolgen voor mens en milieu. De maatstaf van zekerheid waarborgt daarnaast dat waardevolle materialen niet weglekken uit de keten, maar voor de economie behouden blijven. Toepassing van het afvalstoffenrecht, gericht op de milieuhygiënisch verantwoorde verwijdering van afvalstoffen en het bij voorkeur door middel

81 Aldus J. Langendorff in: E. de Lorijn en E. de Bruijne 2016, a.w., p. 293.

82 *Kamerstukken II* 2014/15, 22 112, nr. 1979 en *Kamerstukken II* 2015/16, 30 872, nr. 201. Zie hierover ook het rapport van de commissie-Corbey, a.w., p. 6, 32 en 42.

van nuttige toepassing weer terugbrengen van afvalstoffen in de keten, is in zo'n geval niet gerechtvaardigd.

Het is daarbij wel vereist dat het gebruik ook *rechtmatig* is. Rechtmatig in die zin dat aan alle voor het gebruik geldende voorschriften inzake producten, milieu en gezondheidsbescherming is voldaan en het gebruik bovendien over het geheel genomen ook niet zal leiden tot ongunstige effecten op het milieu of de menselijke gezondheid. Aldus legt de voorwaarde van rechtmatigheid een directe koppeling met de voor normale producten geldende normstelling.⁸³ Wanneer aan de normale voor producten geldende wet- en regelgeving is voldaan, met andere woorden: wanneer de betreffende stoffen of voorwerpen volledig substitueerbaar of vergelijkbaar zijn aan normale producten, kan eveneens worden gesteld dat er geen rechtvaardiging is om de betreffende stoffen of voorwerpen te onderwerpen aan de bijkomende voorschriften van de KRA. Is het gebruik van een stof of voorwerp echter niet rechtmatig, bijvoorbeeld vanwege bepaalde voor het milieu en de mens schadelijke en niet toegestane verontreinigingen, dan is toepassing van het afvalstoffenrecht wel gerechtvaardigd,⁸⁴ hetzij om ervoor te zorgen dat deze afvalstoffen op milieuhygiënisch verantwoorde wijze worden verwijderd, hetzij om te waarborgen dat deze afvalstoffen door middel van nuttige toepassing alsnog geschikt worden gemaakt om, als einde-afvalstof, te mogen terugkeren in de economische keten.

De derde voorwaarde van *resource efficiency* sluit nadrukkelijk aan bij de doelstelling van de KRA (artikel 1) om de natuurlijke hulpbronnen te beschermen en het efficiënt gebruik daarvan te verbeteren. Deze voorwaarde is niet direct afkomstig uit de rechtspraak van het Hof, maar ligt impliciet besloten in de voorwaarden die zijn neergelegd in de artikelen 5 lid 1 onder d, en 6 lid 1 onder c en d van de KRA. Daarin wordt immers niet alleen verwezen naar productnormen, maar wordt in algemene zin ook vereist dat er 'over het geheel genomen geen ongunstige effecten voor het milieu of de menselijke gezondheid' mogen zijn. Gesteld kan worden dat van een dergelijk ongunstig milieueffect sprake is wanneer van de natuurlijke hulpbronnen op niet-efficiënte wijze gebruik wordt gemaakt. Het efficiënt gebruik van de natuurlijke hulpbronnen is ook in een circulaire economie van groot belang.⁸⁵ Het gaat er immers niet zozeer om dat stoffen of voorwerpen nog worden gebruikt, maar dat zij op zo hoogwaardig en rationeel mogelijke wijze worden gebruikt. In het kader van de afvalstoffenhiërarchie dient hierbij het 'over het geheel genomen

83 In dat kader is van belang op te merken dat, zoals in het EU-actieplan is aangekondigd, de Commissie de *interface* tussen de wetgeving voor chemische stoffen, producten en afval nader zal onderzoeken, met name waar het gaat om de vermindering van de aanwezigheid van zorgwekkende chemische stoffen en de betere traceerbaarheid daarvan.

84 Bijvoorbeeld ABRvS 10 december 2014, *JM* 2015, 29, m.nt. Van der Meulen, *Men R* 2015, 70, m.nt. Douma (Solvenol 3H) en ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:483 (energiepellets).

85 Zie ook de Mededeling van de Commissie 'Stappenplan voor efficiënt hulpbronnen-gebruik in Europa', COM(2011)571 en de Mededeling 'De rol van energietेरugwinning uit afval in de circulaire economie' COM(2017) 34.

beste milieuresultaat' voorop te staan (artikel 4 lid 2 KRA). Dat kan betekenen dat het gerechtvaardigd kan zijn om bijvoorbeeld resthout dat bestemd is om te worden toegepast als brandstof toch als afvalstof aan te merken, in het geval deze toepassing op zichzelf weliswaar zeker en rechtmatig is, maar in het kader van de afvalstoffenhiërarchie het beste milieuresultaat wordt bereikt met materiaalgebruik. Het plakken van het etiket 'afvalstof' is dan gerechtvaardigd om dergelijk hoogwaardiger gebruik van reststromen zeker te stellen door middel van de specifieke afvalstoffenrechtelijke sturingsvoorschriften, waaronder voor Nederland de minimumstandaarden voor verwerking die zijn opgenomen het Landelijk afvalbeheerplan.

3.3 Bijproducten en einde-afvalfase

3.3.1 Voorwaarden bijproductstatus en einde-afvalstatus

Het voornaamste winstpunt van het voorstel van de Europese Commissie is gelegen in de wijziging van de regeling van de einde-afvalfase. Voorgesteld wordt om de aanhef van het eerste lid van artikel 6 van de KRA in die zin aan te passen dat de lidstaten de opdracht krijgen om ervoor te zorgen (*'shall ensure'*) dat 'afval dat een behandeling voor nuttige toepassing heeft ondergaan niet langer als afval wordt beschouwd indien het aan de volgende voorwaarden voldoet (...)'. Het belangrijke effect van een dergelijke wijziging is dat de vier voorwaarden van artikel 6 lid 1 dan niet alleen de basis vormen voor het opstellen van einde-afvalcriteria, maar bij afwezigheid van dergelijke criteria ook zelf rechtstreeks⁸⁶ toepasselijk zullen zijn voor de beoordeling in een concreet geval of een stof of voorwerp in het einde-afvalstadium is beland. In de huidige formulering van artikel 6 is dat blijkens het arrest *Lapin* niet mogelijk. Het vierde lid van artikel 6 KRA verwijst voor de beoordeling van de einde-afvalfase thans immers naar de 'toepasselijke rechtspraak', waarbij lastig is dat de rechtspraak over de einde-afvalfase op dit moment nog niet volledig is uitgekristalliseerd (paragraaf 2.3.1). Het voorstel van de Commissie zal dan ook leiden tot een volwaardige *lex specialis* voor het bepalen van de einde-afvalstatus in de KRA.

Het voorstel van de Commissie verduidelijkt tevens dat een afvalstof niet alleen door een handeling van recycling de einde-afvalstatus kan krijgen, maar ook door andere handelingen van nuttige toepassing, zoals voorbereiding voor hergebruik. De zinsnede 'waaronder een recyclingsbehandeling' in de aanhef van artikel 6 lid 1 van de KRA is in het voorstel geschrapt. Een inhoudelijke wijziging (verruiming) lijkt hiermee overigens niet te zijn beoogd. Reeds uit punt 22 van de considerans van de huidige KRA blijkt immers dat een nuttige toepassing voor het bereiken van de einde-afvalfasestatus 'beperkt kan blijven tot een controle van de afvalstof, waarbij wordt nagegaan of zij voldoet aan de criteria om niet langer als afvalstof te gelden.' Dit duidt erop dat ook voorbereiding voor hergebruik tot de einde-afvalstatus kan leiden. Of ook andere vormen van nuttige toepassing, zoals opvulling (*'backfilling'*),

86 De rechtstreekse werking van de voorwaarden ontslaat de lidstaten uiteraard niet van de verplichting om deze in de nationale wetgeving om te zetten.

kunnen leiden tot de einde-afvalstatus maakt het voorstel niet helder, maar lijkt niet uitgesloten.⁸⁷

Aan de voorwaarden van artikel 6 zelf wordt in het voorstel van de Commissie niet gesleuteld. Hetzelfde geldt voor de voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 5. Dat is opvallend omdat de voorwaarden in beide artikelen soms anders zijn geformuleerd, zonder dat daarmee inhoudelijke verschillen lijken te zijn beoogd. Alleen de voorwaarde in artikel 6 lid 1 onder a, dat de stof of het voorwerp gebruikelijk wordt toegepast voor specifieke doelen (*'is commonly used'*) is in het voorstel gewijzigd. In het voorstel luidt deze voorwaarde dat de stof of het voorwerp voor specifieke doelen kan worden gebruikt (*'can be used'*). Deze wijziging lijkt wel enige verruiming van de einde-afvalfase te bieden, in die zin dat ook bij toepassingen die (nog) niet gebruikelijk zijn de einde-afvalstatus aan de orde kan zijn. Het voorstel roept door het woordje 'kan' echter ook de vraag op of deze verruiming niet te ver gaat, in die zin dat een louter hypothetisch gebruik al voldoende is voor het einde-afvalstadium. Niet duidelijk is dan ook waarom niet is aangesloten bij bijvoorbeeld de voorwaarde van zekerheid die voor bijproducten is neergelegd in artikel 5 lid 1 onder a van de KRA.

3.3.2 Europese en nationale criteria bijproductstatus en einde-afvalstatus

Ten behoeve van meer rechtszekerheid en uniformiteit is het goed dat de KRA duidelijke voorwaarden bevat voor de beoordeling van de bijproduct- en einde-afvalstatus. Het is echter tevens wenselijk dat wordt voorzien in de mogelijkheid om deze voorwaarden, die uit de aard der zaak nog heel algemeen zijn, nader te specificeren. De huidige KRA bevat zowel voor bijproducten (artikel 5 lid 2) als voor de einde-afvalfase (artikel 6 lid 1 en 2) de mogelijkheid om voor specifieke rest- of afvalstromen op Europees niveau specifieke geharmoniseerde bijproductcriteria of einde-afvalcriteria vast te stellen. Deze mogelijkheid blijft behouden, al schrappt het voorstel voor de einde-afvalfase de verplichting om dergelijke criteria in elk geval voor granulaten, papier, glas, metaal, banden en textiel vast te stellen. Het opstellen van Europese *End-of-waste criteria* blijkt een langdurig en moeizaam proces, en met deze wijziging lijkt de Commissie wat meer flexibiliteit te willen inbouwen bij de ontwikkeling van dergelijke criteria.

Het voorstel van de Commissie is niet helemaal duidelijk over de mogelijkheid voor lidstaten om bijproduct- en einde-afvalcriteria vast te stellen op *nationaal* niveau. Een dergelijke mogelijkheid ontbreekt in het huidige artikel 5 van de KRA voor bijproducten, al stelt de Commissie in de *EU-Guidance* over de KRA dat de lidstaten wel de bevoegdheid hebben om zelf criteria voor het bepalen van de bijproductstatus

⁸⁷ Opvulling is volgens artikel 3, punt 17ter van het voorstel een 'terugwinningshandeling waarbij geschikt afval wordt gebruikt voor het herstel van afgegraven terreinen of voor civieltechnische toepassingen bij de landschapsaanleg of de bouw in plaats van andere niet-afvalmaterialen die anders voor dat doel waren gebruikt'. Zie HvJ 28 juli 2016, zaak C-147/15 (*Edilizia Mastrodonato*), AB 2017, 55, m.nt. De Haas en Tieman.

vast te stellen.⁸⁸ Voor de einde-afvalfase lijkt de huidige KRA een dergelijke expliciete mogelijkheid wel te bevatten, nu artikel 6 lid 4 van de KRA immers niet alleen bepaalt dat lidstaten bij afwezigheid van communautaire criteria per geval kunnen beslissen of een bepaalde afvalstof niet langer een afvalstof is, maar ook aangeeft dat dergelijke ‘beslissingen Europees genotificeerd moeten worden voor zover de notificatierichtlijn dat voorschrijft. In de *EU-Guidance* heeft de Commissie dan ook aangegeven dat artikel 6 lid 4 van de KRA niet alleen ruimte geeft voor ‘*single-case decisions*’, maar ook voor het vaststellen van einde-afvalcriteria voor bepaalde afvalstromen.

In lijn met de *EU-Guidance* lijkt de Commissie met het voorstel tot aanpassing van de KRA te willen verzekeren dat de lidstaten de mogelijkheid hebben om zowel voor bijproducten als voor de einde-afvalfase nationale criteria vast te stellen. De bevoegdheid daartoe is echter in het voorstel (wederom) niet heel duidelijk geformuleerd, nu in het voorgestelde derde lid van artikel 5 en het vierde lid van artikel 6 alleen wordt gewezen op de verplichting voor de lidstaten om de ‘uit hoofde van lid 1 vastgestelde technische voorschriften’ te notificeren. In de considerans (punt 8) van het voorstel wordt bovendien alleen naar communautaire criteria verwezen. Het is wenselijk dat de KRA hierover meer duidelijkheid biedt. Geharmoniseerde criteria op Europees niveau hebben uiteraard de voorkeur, maar zo lang die niet bestaan – hetgeen op dit moment het geval is⁸⁹ – kan ook met behulp van nationale criteria meer rechtszekerheid worden geboden over de status van bijproduct of einde-afvalstof.⁹⁰ Het streven naar het benodigde *level playing field* hoeft door het vaststellen van nationale criteria ook niet in gevaar te komen. De afwezigheid van duidelijke geharmoniseerde voorwaarden en criteria leidt er in de huidige situatie immers al toe dat er verschillen tussen de lidstaten bestaan bij de interpretatie van het begrip afvalstof en de toepassing van de uitzonderingen voor bijproducten en de einde-afvalfase. De mogelijkheid voor lidstaten om zelf criteria vast te stellen, kan er bovendien juist voor zorgen dat bepaalde lidstaten, waar dat op EU-niveau nog niet lukt, gezamenlijk criteria vaststellen. Een goed voorbeeld bieden de afspraken die de Noordzeelanden maken in het kader van de *North Sea Resources Roundabout*⁹¹ en de einde-afvalcriteria voor papier waarover in het kader van de Benelux afspraken zijn gemaakt.⁹² De Europese

88 European Commission, Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste (juni 2012), p. 21.

89 Tot nog toe zijn alleen voor de recycling van een drietal afvalstromen (ijzer-, staal- en aluminiumschroot, glas en koperschroot) einde-afvalcriteria vastgesteld (paragraaf 2.3.1), voor bijproducten ontbreken specifieke EU-criteria. In het kader van het EU-actieplan heeft de Commissie overigens het voorstel gedaan om de Europese Meststoffenverordening (EU) nr. 1069/2009 zodanig aan te passen dat bepaalde meststoffen met een CE-label als einde-afvalstof op de markt kunnen worden gebracht, COM(2016) 157. Zie daarover de bijdrage van Donner in deze bundel.

90 Waarbij overigens blijft gelden dat steeds *case by case* moet worden vastgesteld of aan de geldende criteria (EU of nationaal) of voorwaarden van de KRA is voldaan.

91 Zie <www.greendeals.nl/north-sea-resources-roundabout>.

92 Zie <www.benelux.int/files/1214/4767/1100/M201516_NL.pdf>.

Commissie zou hierin, via uitwisseling van informatie en *best practices* tussen de lidstaten, een centrale faciliterende rol kunnen vervullen. De aldus door een groep lidstaten *bottom up* vastgestelde criteria zouden vervolgens als inspiratie kunnen dienen voor het vaststellen van criteria op Europees niveau.

3.3.3 *Regeling puingranulaat en Regeling criteria bijproducten*

Op basis van artikel 1.1 lid 6 van de Wm zijn door de staatsecretaris van IenM op dit moment twee ministeriële regelingen met specifieke criteria vastgesteld. De Regeling vaststelling van de status einde-afval van recyclinggranulaat geeft einde-afvalcriteria voor steenachtig bouw- en sloopafval.⁹³ Granulaat dat aan de criteria van de regeling voldoet, kan in Nederland als product (einde-afvalstof) op de markt worden gebracht. De toelichting op de regeling geeft daarbij aan dat het wenselijk is om recyclinggranulaat niet als afvalstof maar als product te beschouwen, omdat dat aansluit bij de uitgangspunten van een circulaire economie waarin het vrijkomen van afvalstoffen zo veel mogelijk wordt beperkt. De regeling hanteert dezelfde systematiek als de drie EU-verordeningen met *End-of-waste* criteria. Zo moet door middel van een conformiteitsverklaring door de producent worden bevestigd dat aan de betreffende criteria van de regeling is voldaan.

De Regeling criteria bijproducten kaderrichtlijn afvalstoffen heeft een andere opzet.⁹⁴ Deze regeling is blijkens de toelichting vooral bedoeld om meer duidelijkheid te scheppen over de betekenis van de voorwaarden b) en c) die in artikel 5 lid 1 van de KRA zijn opgenomen voor het bepalen van de bijproductstatus. De regeling, die vooralsnog alleen van toepassing is op ruwe glycerine, specificeert wanneer ‘in ieder geval’ aan deze twee voorwaarden is voldaan. Achtergrond daarbij is dat onduidelijkheid over de precieze betekenis van deze voorwaarden er in de praktijk toe kan leiden dat productieresiduen die nog een bepaalde bewerking moeten ondergaan alvorens ze voor een specifiek doel worden gebruikt, niet in aanmerking komen voor de bijproductstatus, ook wanneer dat gebruik zeker en rechtmatig is en geen nadelige effecten heeft voor het milieu en de menselijke gezondheid (voorwaarden a en d). Duidelijk wordt gemaakt dat een dergelijke bewerking niet automatisch betekent dat sprake is van een afvalstof.

Ten aanzien van voorwaarde b) – ‘de stof of het voorwerp kan onmiddellijk worden gebruikt zonder enige verdere verwerking anders dan die welke bij normale productiepraktijken gangbaar is’ – wordt opgemerkt dat wanneer ‘een productieresidu wordt toegepast in een bewezen functioneel en beheersbaar proces, dat wil zeggen een proces dat een specifiek beoogd product (stof, materiaal, voorwerp, artikel) oplevert, of een specifiek beoogde kwaliteit (energie, bodemverbetering, ophoging, afdekking, enz.), dat proces [kan] worden aangemerkt als “normale productiepraktijk” en alle behandelingen die in het kader van dat proces plaatsvinden [kunnen] worden aangemerkt als “gangbaar” bij deze normale productiepraktijk’. Over voorwaarde c) – ‘de

93 *Stcrt.* 2015, 3498.

94 *Stcrt.* 2015, 7458.

stof of het voorwerp wordt geproduceerd als een integraal onderdeel van een productieproces' – geeft de toelichting de volgende uitleg: 'het residu is onlosmakelijk gekoppeld aan het productieproces waarbij het ontstaat, dat wil zeggen het ontstaat bij de gangbare, normaal beheerste uitvoering van het proces. Dit betekent dat niet wordt voldaan aan voorwaarde c als het residu ontstaan is door een niet-beheerste afwijking van het normale verloop van een productieproces'. Met deze uitleg beoogt de regeling 'kwalificatie van productieresiduen als bijproduct niet te laten struikelen over enkel (onduidelijkheid over de uitleg van) voorwaarde b zonder dat er sprake is van typisch afval-gerelateerde risico's die vragen om beheersing met behulp van afvalwetgeving'.

Niet bekend is of er voor andere (afval)stromen bijproduct- en einde-afvalcriteria zullen worden vastgesteld via de band van artikel 1.1 lid 6 van de Wm. In het Rijksbreed programma wordt opgemerkt dat de inzet om de praktijk meer duidelijkheid te geven over het begrip afvalstof is verschoven naar het derde Landelijk afvalbeheerplan en het afgeven van rechtsoordelen (paragraaf 3.6 en 3.7).

3.4 Consumptiefase en voorbereiding voor hergebruik

Het voorstel van de Commissie tot wijziging van de KRA legt de nadruk op verbetering van de regeling voor bijproducten en de einde-afvalfase, maar voorziet niet in een regeling voor de tussenliggende fase van gebruik of consumptie (paragraaf 2.3.2). Dat is opmerkelijk omdat in het kader van de transitie naar een meer circulaire economie ook veranderingen in de consumptiefase van groot belang zijn. Het gaat dan met name om het repareren, opknappen en klaarmaken van producten met het oog op hergebruik, welke handelingen in publicaties over circulaire economie veelal worden aangeduid met de termen *repair*, *refurbishment* en *remanufacturing*.⁹⁵ Met name bij deze handelingen is het door het ontbreken van een nadere duiding van de term 'zich ontdoen' in de afvalstoffendefinitie en een equivalent van de artikelen 5 en 6 in de KRA lastig om te bepalen of in juridische zin sprake is van nuttige toepassing van afvalstoffen of van preventie en hergebruik.

Ook de in 2008 in de KRA opgenomen definitie van 'voorbereiding voor hergebruik' geeft hierover geen uitsluitel. Deze definitie luidt als volgt: 'elke nuttige toepassing bestaande uit controleren, schoonmaken of repareren, waarbij producten of componenten van producten, die afvalstoffen zijn geworden, worden klaargemaakt zodat ze zullen worden hergebruikt zonder dat verdere voorbehandeling nodig is' (artikel 3, punt 16). Deze omschrijving lijkt op het eerste gezicht duidelijk te maken dat *repair*, *refurbishment* en *remanufacturing* als nuttige toepassing van afvalstoffen moeten worden aangemerkt. Die veronderstelling is echter niet juist. Uit de omschrijving van voorbereiding voor hergebruik kan namelijk zeer zeker niet worden afgeleid dat producten of voorwerpen die worden gecontroleerd, gerepareerd, schoongemaakt en klaargemaakt voor hergebruik altijd afvalstoffen zijn. Om te kunnen spreken van

95 Zie onder meer de Balans voor de Leefomgeving 2016 van het PBL, a.w., p. 140-141.

nuttige toepassing is het in het systeem van de KRA immers eerst – en dus omgekeerd – nodig dat aan de hand van de definitie van het begrip afvalstof wordt vastgesteld dat een dergelijk product of voorwerp een afvalstof is. Uit de rechtspraak van het Hof komt dan ook naar voren dat het feit dat een handeling een gangbare wijze van afvalverwerking is alleen een *aanwijzing* kan zijn voor het bestaan van een afvalstof (paragraaf 2.2.2 en 2.2.4). Die rechtspraak had echter geen betrekking op handelingen die zien op het klaarmaken van stoffen en voorwerpen met het oog op verder (her)gebruik, maar alleen op de gebruikelijke vormen van afvalverwerking die zijn vermeld op de (indicatieve) bijlagen van de KRA met verwijderingshandelingen en handelingen van nuttige toepassing. Voorbereiding voor hergebruik komt op deze lijsten niet voor. De nieuwe definitie in 2008 heeft niet geleid tot aanpassing van de bijlagen met D- (*disposal*) en R- (*recovery*) handelingen. Eenvoudige praktijkvoorbeelden, zoals het laten repareren van een fiets, het reinigen van een kostuum in de stomerij, of het opknappen van een smartphone, maken evenwel duidelijk dat het nooit de bedoeling van de Europese wetgever kan zijn geweest om dergelijke handelingen automatisch te laten resulteren in de kwalificatie als afvalstof. In deze voorbeelden gaat het om producten en voorwerpen die, als het goed is, door de eigenaar zelf weer worden gebruikt. Hoe het zit met producten en voorwerpen waar dat niet het geval is, zoals statiegeldflessen of een retoursysteem voor lege inktcartridges, valt met veel minder zekerheid te zeggen. Het voorstel van de Commissie geeft hierover helaas geen uitsluitsel, terwijl duidelijk is dat in de praktijk grote interpretatieverschillen kunnen ontstaan bij het antwoord op de vraag of hier sprake is van een houder (bezitter) die zich van zo'n fles of cartridge ontdoet of niet (zie paragraaf 2.4).

Bij dit alles moet worden bedacht dat het voorstel van de Commissie vooral in het teken staat van het verhogen van de kwantitatieve doelstellingen voor nuttige toepassing. In het licht van de afvalstoffenhiërarchie en het doel van de circulaire economie om het weglekken van stoffen of voorwerpen uit de keten tegen te gaan, is het begrijpelijk dat ook statiegeldsystemen en andere retoursystemen mee kunnen tellen voor behalen van deze doelstellingen. In het commissievoorstel zijn echter geen specifieke *targets* voor de lidstaten opgenomen voor preventie en hergebruik (artikel 9), als hoogste treden op de afvalhiërarchie. De voorgeschreven doelstellingen zijn alleen gekoppeld aan recycling en voorbereiding voor hergebruik (artikel 11 lid 2). Wanneer statiegeld- en retoursystemen niet als voorbereiding voor hergebruik (van afvalstoffen) maar als afvalpreventie en hergebruik zouden kwalificeren, dan zou dat dus paradoxaal genoeg betekenen dat deze stromen niet zouden kunnen meetellen voor het behalen van de kwantitatieve doelstellingen. Als gevolg van de opgelegde doelstellingen voor nuttige toepassing zou aldus voor lidstaten de perverse prikkel kunnen ontstaan om stoffen of voorwerpen die circuleren in statiegeld- en andere retoursystemen toch zo veel mogelijk als afvalstoffen te (blijven) zien.⁹⁶

96 Wanneer de totale hoeveelheid afval 100 is, de hoeveelheid afval bestemd voor nuttige toepassing 70 en 30 de hoeveelheid afval bestemd voor verwijdering, dan is de 'score' nuttige toepassing 70%. Geldt bijvoorbeeld 20 van de 70 niet als nuttige toepassing maar als preventie, dan is niet alleen de totale hoeveelheid afval minder (80 in plaats

De Commissie is zich van dit dilemma bewust en lijkt om die reden de definitie van voorbereiding voor hergebruik te hebben verruimd, zodat deze niet alleen van toepassing is op afvalstoffen, maar ook op producten die geen afvalstoffen zijn. De omschrijving van voorbereiding voor hergebruik luidt in het commissievoorstel als volgt: 'elke terugwinningshandeling bestaande uit controleren, schoonmaken of repareren, waarbij producten of componenten van producten die zijn ingezameld door een erkende exploitant van installaties voor voorbereiding voor hergebruik of statiegeldregeling worden voorbereid zodat zij kunnen worden hergebruikt zonder dat verdere voorbehandeling nodig is'. Niet alleen is geschrapt dat voorbereiding voor hergebruik een handeling is die plaatsvindt met afvalstoffen, maar ook is toegevoegd dat het controleren, schoonmaken of repareren geschiedt door een erkende exploitant of in het kader van een statiegeldregeling. Dit voorstel roept echter de nodige vragen op. Voorbereiding voor hergebruik is, ook blijkens het voorstel zelf, immers nog steeds een handeling van nuttige toepassing, en deze handelingen vinden per definitie alleen plaats met stoffen of voorwerpen die als afvalstoffen moeten worden aangemerkt. De vraag of een statiegeldsysteem als voorbereiding voor hergebruik mag meetellen voor het behalen van de *targets* is bovendien een vraag van geheel andere orde dan de vraag of het in het licht van de aan de KRA ten grondslag liggende doelstellingen van milieubescherming en de bescherming en het efficiënt gebruik van de natuurlijke hulpbronnen gerechtvaardigd is om op een dergelijk systeem de specifieke bepalingen van het afvalstoffenrecht toe te passen. Gelet op de in deze bijdrage beschreven ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof lijkt deze vraag inmiddels ontkennend te kunnen worden beantwoord, maar het is een gemiste kans dat het commissievoorstel hierover zelf geen helderheid weet te brengen. Daar waar de Commissie in het EU-actieplan in het kader van productontwerp maatregelen aankondigt om de repareerbaarheid, verbeterbaarheid (*'upgradability'*), duurzaamheid (*'durability'*) en recycleerbaarheid van producten te bevorderen,⁹⁷ mag logischerwijze worden verwacht dat ook inzichtelijk wordt gemaakt hoe dergelijke handelingen in juridische zin moeten worden geplaatst in het begrippenkader van de KRA.

3.5 Bewijslast: afval of grondstof?

Een ander belangrijke kwestie waar het voorstel van de Commissie geen antwoord op geeft, is wie de bewijslast heeft om aan te tonen dat wel of geen sprake is van een afvalstof. Is het aan het bevoegd gezag om aan te tonen dat sprake is van een afvalstof, of ligt de *burden of proof* op de houder om aannemelijk te maken dat juist geen sprake is van een afvalstof? In lijn met het in paragraaf 2.2.3 en 2.3.3 genoemde arrest *Brady* en de specifieke bewijsregelingen van de AEEA-richtlijn, de drie Europese einde-afvalverordeningen en met name de EVOA – die de bewijslast in beginsel op

van 100), maar is verhoudingsgewijs ook de 'score' nuttige toepassing lager, namelijk 62,5 % (50 van 80).

97 Zie het voorstel COM(2017)38 tot aanpassing van de RoH's-Richtlijn 2011/65/EU met betrekking tot beperking van het gebruik van bepaalde gevaarlijke stoffen in elektrische en elektronische apparatuur, alsmede het Ecodesign werkprogramma 2016-2019 COM(2016) 773 met betrekking tot de Richtlijn Ecodesign 2009/125/EG.

de houder leggen – was het niet ondenkbaar geweest wanneer in de KRA zelf hiervoor een voorziening was getroffen. Daar is temeer reden toe nu in het voorstel van de Commissie de aanhef van de artikelen 5 en 6 is aangepast en de voorwaarden van artikel 6 zijn opgewaardeerd tot directe toetsingsvoorwaarden. De lidstaten moeten er volgens het voorstel van de Commissie voor zorgen (*‘shall ensure’*) dat wanneer aan de voorwaarden wordt voldaan geen sprake is van een afvalstof maar van een bijproduct of einde-afvalstof. Onduidelijk is wat hiermee wordt bedoeld. Moeten de lidstaten in het kader van het stimuleren van de circulaire economie een meer actieve rol spelen en maatregelen treffen om te verzekeren en te vergemakkelijken dat zo veel mogelijk afvalstoffen op grond van de voorwaarden als bijproduct of einde-afvalstof worden beschouwd (*‘geen afval, tenzij’*), of is juist beoogd duidelijk te maken dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat alleen voor zover aan alle vier de voorwaarden is voldaan de bijproduct- of einde-afvalstofstatus is bereikt (*‘afval, tenzij’*)? Voor beide interpretaties valt wat te zeggen, maar in beide gevallen is nog steeds de vraag op welke wijze (door wie, wanneer en waarmee) dan moet worden aangetoond dat aan de betreffende voorwaarden is voldaan. Het voorstel van de Commissie hult zich hierover jammer genoeg in stilzwijgen.

In vergelijking met de formulering van het huidige vierde lid van artikel 6 van de KRA (*‘per geval beslissen’*) is in elk geval wel verduidelijkt, conform de huidige praktijk, dat voor het bereiken van de einde-afvalstatus op basis van toetsing aan de voorwaarden in het eerste lid niet altijd een afzonderlijk formeel besluit met bijpassende bewijslast voor de overheid nodig is. De algemene formulering in de aangepaste aanhef (*‘zorgen ervoor’*) laat de lidstaten ruimte om hier in hun nationale recht verschillend mee om te blijven gaan, rekening houdend met de aan verschillende afvalstoffen verbonden risico’s voor het milieu en de menselijke gezondheid. Dit biedt ruimte voor maatwerk, waarbij bijvoorbeeld onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen de einde-afvalstatus voor gerecycled gevaarlijk afval en de einde-afvalstatus voor ongevaarlijk afval dat wordt voorbereid voor hergebruik. Het is aan de lidstaten zelf om hier de juiste balans te vinden en overbodige bureaucratie tegen te gaan, zonder dat hierbij de nog steeds aan de KRA ten grondslag liggende primaire doelstelling van milieubescherming uit het oog wordt verloren.

3.6 Beleidsmatige invulling ‘zich ontdoen’ in LAP3 en praktische richtsnoeren

3.6.1 LAP3

In hoofdstuk B6 van het in voorbereiding zijnde derde Landelijk afvalbeheerplan (LAP3), getiteld *‘Slimmer omgaan met grondstoffen’*, is het beleid van de staatssecretaris van IenM opgenomen over de verduidelijking van het onderscheid tussen afvalstoffen en niet-afvalstoffen.⁹⁸ Hierbij wordt niet alleen verwezen naar de voorwaarden die in de artikelen 5 en 6 van de KRA zijn opgenomen voor bijproducten en de einde-afvalfase, maar wordt tevens een aantal *‘uitgangspunten’* geformuleerd

98 Zie <www.lap2.nl/uitvoering-lap/inspraakprocedure/>.

voor de toepassing van de afvalstoffendefinitie en de betekenis van de term ‘zich ontdoen’. In lijn met het voorstel dat door Nederland is ingebracht in de fase van voorbereiding van de wijziging van de KRA (paragraaf 3.2) geeft de staatssecretaris aan dat bij de toepassing van de definitie van het begrip afvalstof in het licht van de tweeledige milieudoelstelling van de KRA met name van belang is dat wordt beoordeeld of het gebruik van een stof of voorwerp zeker en rechtmatig is en bijdraagt aan de bescherming en het efficiënt gebruik van de natuurlijke hulpbronnen. Wanneer in een specifiek geval vaststaat dat ‘het gebruik van het materiaal dat door een afnemer wordt afgenomen zeker is, bovendien vaststaat dat wordt voldaan aan de gestelde specificaties, geldende milieu- en gezondheidsvoorschriften en -normen en ook geen ongunstige effecten aanwezig zijn voor het milieu of de menselijke gezondheid’ zal volgens de staatssecretaris ‘geen sprake zijn van specifieke aan afvalstoffen gerelateerde risico’s die rechtvaardigen dat het materiaal als afvalstof wordt beschouwd. In een dergelijke situatie zal de betreffende toepassing van het materiaal juist bijdragen aan de doelstelling van de KRA om de natuurlijke hulpbronnen te beschermen’. Tevens wordt hierbij aangegeven dat ‘op de houder van een materiaal zelf in eerste instantie de bewijslast rust dat geen sprake is van een afvalstof’.

Zoals gezegd is het Nederlandse voorstel door de Europese Commissie niet overgenomen in het voorstel tot aanpassing van de KRA. De vraag rijst dan ook of het wel mogelijk is om de essentie van dat voorstel over te nemen in het LAP3. Om die vraag te kunnen beantwoorden is het van belang om te benadrukken dat het LAP3 geen wettelijke status heeft, zoals de Wm en de ministeriële regelingen voor bijproducten en einde-afval op basis van artikel 1.1 lid 6 van de Wm, maar op basis van artikel 10.7 Wm de ‘hoofdpijnen van het beleid’ bevat voor het beheer van afvalstoffen en het voorkomen van het ontstaan van afvalstoffen. Het LAP3 is weliswaar geen wet, maar is voor het bevoegd gezag via de bestuursrechtelijke beginselen van zorgvuldigheid en motivering wel bindend bij de uitvoering van de Wm (en Wabo) en de EVOA. Met het LAP3 moet worden ‘rekening gehouden’, aldus artikel 10:14 Wm, hetgeen betekent dat het bevoegd gezag als vergunningverlener of toezichthouder alleen gemotiveerd van het LAP3 kan afwijken. Dit geldt nadrukkelijk ook voor hoofdstuk B6, aangezien dit gehele hoofdstuk door de staatssecretaris is aangemerkt als ‘kern van het beleid’.⁹⁹ Dat met de drie aspecten van zekerheid, rechtmatigheid en efficiënt grondstoffengebruik rekening moet worden gehouden, geeft dan ook aan dat het hierbij niet gaat om wettelijke voorwaarden of criteria, zoals wel het geval is bij bijproducten en einde-afval. Voor het vaststellen van dergelijke bepalende voorwaarden of criteria op nationaal niveau biedt de KRA in elk geval geen ruimte, zolang deze voorwaarden niet in de KRA zelf zijn verankerd. Het ontbreken van een nadere duiding van de term ‘zich ontdoen’ ontslaat de lidstaten echter niet van de verantwoordelijkheid om, gegeven de ruimte die de KRA en de rechtspraak over het begrip afvalstof bieden, aan te geven met welke omstandigheden rekening moet worden gehouden bij de toepassing van dat begrip. Dit sluit ook aan bij de rechtspraak van het Hof die aangeeft dat een lidstaat ‘vrij is in de keuze van de bewijsmethoden’ voor de

99 Zie hoofdstuk A.2.2 ‘Status en doorwerking’.

verschillende elementen in de richtlijn die in het nationale recht moet worden omgezet, wanneer in de richtlijn hierover, zoals het geval is bij de term ‘zich ontdoen’, geen specifieke voorschriften zijn opgenomen.¹⁰⁰ Voor een ongerechtvaardigde inperking van de in artikel 3 van de KRA neergelegde definitie van het begrip afvalstof hoeft dan ook niet te worden gevreesd. De staatssecretaris wijst er immers in hoofdstuk B6 van het ontwerp-LAP3 tevens op dat de beoordeling of sprake is van een afvalstof of niet gelet op de rechtspraak van het Hof steeds dient te geschieden op basis van alle feiten en omstandigheden van het specifieke geval. In lijn met de rechtspraak wordt uitdrukkelijk duidelijk gemaakt dat ook ‘materialen die voor economisch hergebruik geschikt zijn en/of zonder risico’s voor het milieu of de menselijke gezondheid kunnen worden toegepast een afvalstof kunnen zijn wanneer de houder besluit zich daarvan te ontdoen, of wanneer hij zich daarvan wil of moet ontdoen’. Om die reden kunnen materialen met een positieve economische waarde en/of materialen die niet schadelijk zijn voor mens en milieu ‘niet van het ruim gedefinieerde begrip afvalstoffen worden uitgezonderd’, aldus de staatssecretaris.

De in hoofdstuk B6 van het LAP3 geformuleerde uitgangspunten moeten aldus niet worden gezien als een ontoelaatbare eenzijdige nationaalrechtelijke inperking van de definitie van het begrip afvalstof uit de KRA. Ze vormen veeleer een noodzakelijke op de doelstellingen van de KRA en de rechtspraak geformuleerde wetsinterpreterend richtsnoer voor *case by case* beoordelingen door het bevoegd gezag over de afvalstatus van materialen in specifieke gevallen. Daarnaast vormen deze uitgangspunten ook voor de staatssecretaris zelf het vertrekpunt bij het afgeven van rechtsoordelen over de afvalstatus (paragraaf 3.7).

3.6.2 Leidraad en EU-Guidance KRA

In het LAP3 is aangekondigd dat de in hoofdstuk B6 neergelegde uitgangspunten zullen worden uitgewerkt in een leidraad over de beoordeling afvalstof of niet-afvalstof met handvatten voor de uitvoeringspraktijk. In deze leidraad zal niet alleen worden verwezen naar de relevante rechtspraak, maar nadrukkelijk ook naar de rechtsoordelen van de staatssecretaris. Daarmee verschilt de leidraad in belangrijke mate van het huidige achtergronddocument ‘afvalstof of niet-afvalstof’ uit 2008 dat op basis van hoofdstuk 4.3 van LAP2 is vastgesteld. Hierin is immers alleen een (inmiddels) verouderd en onvolledig overzicht van de rechtspraak over het begrip afvalstof opgenomen.¹⁰¹ Hetzelfde geldt voor het *EU Guidance* document van de Europese Commissie over de KRA uit 2012.¹⁰² Ook dit document bevat voornamelijk een traditionele en intussen niet meer geheel actuele beschrijving van de rechtspraak over het begrip afvalstof, die weliswaar goed past bij een lineaire of recycling-economie, maar niet is toegeschreven op innovatieve bedrijfs- en verdienmodellen die centraal staan in een circulaire economie. Aanpassing van deze *Guidance* door de Commissie is dus

100 HvJ 18 december 2007, zaak C-194/05 (*Commissie t. Italië*), onder verwijzing naar de arresten *ARCO Chemie* en *Niselli*.

101 Zie <www.lap2.nl/beleidskader/4-termen-definities/>.

102 European Commission, *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste* (juni 2012).

eveneens gewenst. Artikel 38 van de KRA biedt daarvoor een basis, al wordt hierin op dit moment alleen verwezen naar richtsnoeren voor de interpretatie van de begrippen verwijdering en nuttige toepassing. In het kader van de transitie naar een meer circulaire economie is het zoals gezegd belangrijk dat er ook richtsnoeren komen over de interpretatie van de begrippen voorbereiding voor hergebruik en hergebruik en van het begrip ‘zich ontdoen’ uit de afvalstoffendefinitie zelf.

Het nadeel van leidraden en richtsnoeren is dat ze juridisch niet bindend zijn. Het grote voordeel is echter dat het bestuur hiermee de praktijk zelf, aan de hand van concrete voorbeelden, meer duidelijkheid kan verschaffen over de toepassing van het afvalstoffenbegrip en de uitzonderingen voor bijproducten en einde-afval. Door niet alleen naar de bestaande rechtspraak te verwijzen, maar ook naar rechtsoordelen en andere praktische voorbeelden, is het mogelijk om de praktijk ook duidelijkheid te geven over situaties die nog niet voor de rechter zijn gekomen. Uiteraard heeft de rechter uiteindelijk het laatste woord, maar de afhankelijkheid van de rechter bij de uitleg van het begrip afvalstof wordt hiermee verkleind. Niet alleen de wetgever, maar ook het bestuur zelf kan meer het voortouw nemen.

3.7 Rechtsoordelen

Een ander belangrijk instrument in handen van het bestuur vormen de rechtsoordelen over de (afval)status van materialen. De op grond van de afvalstoffendefinitie uit de KRA altijd benodigde *case by case* beoordeling en de intrinsieke vaagheid van definities en voorwaarden betekenen dat de ultieme duidelijkheid of in een concreet geval al dan niet sprake is van een afvalstof door de wetgever vooraf niet valt te geven. Het bekende antwoord van juristen ‘het hangt er maar van af’ geldt duidelijk ook in het afvalstoffenrecht. Niet alleen de rechter (achteraf) maar ook het bestuur (vooraf) heeft echter de mogelijkheid om de praktijk meer duidelijkheid te geven over de wijze waarop het algemene juridische kader in een concreet geval moet worden toegepast. In het Rijksbreed programma Circulaire Economie en het LAP3 wordt in dit verband het instrument van de zogenoemde ‘rechtsoordelen’ naar voren geschoven. Rechtsoordelen zijn zeker geen nieuw fenomeen.¹⁰³ In het kader van de circulaire economie wordt dit instrument, in het verlengde van het rapport van de commissie-Corbey, evenwel nieuw leven in geblazen. Bedrijven hebben de mogelijkheid om aan de staatssecretaris van IenM een opinie of verklaring te vragen of in een concreet geval sprake is van een afvalstof. De ingang voor zo’n verzoek om een rechtsoordeel is de webtoets ‘ishetafval’ op de website van Rijkswaterstaat Leefomgeving.¹⁰⁴ Deze webtoets, die is ontwikkeld met het ministerie van milieu van het Verenigd Koninkrijk,¹⁰⁵ is te zien als een elektronische beslisboom met de

103 Voorheen ‘niet-van-toepassing-verklaringen’ geheten, zie onder meer *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 800-XI, nr. 5.

104 <www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/afval/afval-of-niet/toetsing-afval/webtoets-afval/>. Ook het bevoegd gezag kan om een rechtsoordeel vragen.

105 <www.gov.uk/government/publications/isitwaste-tool-for-advice-on-the-by-products-and-end-of-waste-tests/isitwaste-tool-user-guide>.

relevante aspecten om als bedrijf zelf te kunnen beoordelen of al dan niet sprake is van bijproduct of einde-afvalstof. Na het doorlopen van zo'n *self assessment* kan, naar keuze, de staatssecretaris van IenM om een rechtsoordeel worden gevraagd. Het is mogelijk om ook zonder het doorlopen van de webtoets een rechtsoordeel aan te vragen. De door de staatssecretaris afgegeven rechtsoordelen worden op de website van Rijkswaterstaat Leefomgeving gepubliceerd.

Een rechtsoordeel wordt door de staatssecretaris van IenM afgegeven op basis van een papieren dossier en de informatie die door het bedrijf zelf is verstrekt over de voorgenomen activiteiten. Aan een rechtsoordeel is geen rechtsgevolg verbonden en om die reden heeft een rechtsoordeel volgens vaste rechtspraak nadrukkelijk niet de status van een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb.¹⁰⁶ De vaststelling of in een specifiek geval daadwerkelijk (feitelijk) sprake is van een afvalstof of niet, is en blijft de verantwoordelijkheid van het vergunningverlenende of toezichthoudende bevoegd gezag zelf. Een rechtsoordeel heeft niettemin wel degelijk (enige) bindende werking voor het bevoegd gezag op grond van de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Bedrijven kunnen voor het bevoegd gezag beroep doen op de door de staatssecretaris in het rechtsoordeel gegeven interpretatie van de definitie van het begrip afvalstof en de voorwaarden voor bijproducten en einde-afval, en meer in het bijzonder de wijze waarop deze definitie en de voorwaarden volgens de staatssecretaris op het concrete geval moeten worden toegepast. Het bevoegd gezag is weliswaar niet direct gebonden aan deze interpretatie en blijft daarnaast zelf verantwoordelijkheid om na te gaan of de in het rechtsoordeel gegeven redenering ook feitelijk opgaat. Wanneer het bevoegd gezag echter wil afwijken van het gezaghebbende wetsinterpreterende oordeel van de staatssecretaris over de uitleg van het begrip afvalstof en de voorwaarden voor bijproducten en einde-afval zal het bevoegd gezag op zijn minst moeten onderzoeken en motiveren waarom dit oordeel niet juist is. De rechter heeft hierover uiteraard het laatste woord, via de band van het door het bevoegd gezag in het kader van vergunningverlening of handhaving alsdan genomen besluit.

Ook op Europees niveau is een systeem mogelijk waarin het bestuur door middel van *case by case* beoordelingen meer duidelijkheid geeft over de toepassing van het begrip afvalstof en de uitzonderingen voor bijproducten en einde-afval op concrete gevallen. In het voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van de KRA is hierover niets opgenomen, maar denkbaar is om in de KRA een soortgelijke bepaling op te nemen als artikel 3 lid 3 van de Europese Biocidenverordening (EU)

¹⁰⁶ Zie onder meer ABRvS 17 juni 2009, AB 2009, 311, m.nt. Ortlep en ABRvS 2 april 2014, AB 2014, 235, m.nt. Tieman en Van der Veen. De omstandigheid dat artikel 1.1 lid 6 Wm ten aanzien van de einde-afvalfase spreekt van 'per geval besluiten' maakt dat niet anders. Het is onwaarschijnlijk dat hiermee door de wetgever is beoogd om voor *case by case decisions* in de zin van artikel 6 lid 4 KRA een formeel Awb-besluit voor te schrijven. Zie ook paragraaf 2.3.3.

nr. 528/2012.¹⁰⁷ Op grond daarvan zou een lidstaat de mogelijkheid hebben om de Europese Commissie te verzoeken om te beoordelen of in een specifieke casus al dan niet sprake is van een afvalstof, bijproduct of einde-afvalstof. Langs deze weg zou ook op Europees niveau meer duidelijkheid kunnen worden verschaft over de reikwijdte van het begrip afvalstof aan de hand van oordelen over concrete materialen en specifieke toepassingen daarmee zonder dat hiervoor, zoals nu, in eerste instantie de gang naar de rechter moet worden gemaakt.¹⁰⁸

3.8 Lijsten en houderschap

De speelruimte om meer duidelijkheid te bieden over de afbakening van het begrip afvalstof is niet onbeperkt. Pogingen om meer duidelijkheid te bieden zullen in elk geval niet moeten leiden tot een ongerechtvaardigde en ontoelaatbare inperking van de nog steeds ruim uit te leggen definitie van het begrip afvalstof in artikel 3 van de KRA. Die definitie brengt met zich dat in feite alle stoffen of voorwerpen afvalstoffen *kunnen* zijn, wanneer de houder zich daarvan ontdoet (of wil of moet ontdoen). Om die reden is het bijvoorbeeld uitgesloten dat op nationaal niveau lijsten met stoffen of voorwerpen worden opgesteld of bepaalde categorieën stoffen of voorwerpen worden omschreven die *nooit* afvalstoffen kunnen zijn. In het verleden zijn dergelijke pogingen om het afvalstoffenbegrip in te perken op een duidelijk ‘nee’ gestrand bij het Hof van Justitie (paragraaf 2.2.1 en 2.2.2). Ook op Europees niveau zelf is het niet mogelijk om het begrip afvalstof op een dergelijke wijze in te perken. Dit zou al snel conflicteren met het mondiale Verdrag van Bazel.¹⁰⁹ Ook dit verdrag kent een ruime definitie van het begrip afvalstof: ‘*substances or objects which are disposed of or are intended to be disposed of or are required to be disposed of by the provisions of national law*’. Het begrip ‘dispose’ heeft hier overigens een ruime betekenis en omvat niet alleen verwijdering maar ook nuttige toepassing.

Wel is denkbaar om de definitie van het begrip afvalstof en de uitzondering voor bijproducten en einde-afval in de KRA zelf te verduidelijken¹¹⁰ door bijvoorbeeld aan de KRA een indicatieve lijst toe te voegen van niet-afvalstoffen, bijproducten of

107 Deze luidt als volgt: ‘De Commissie kan, op verzoek van een lidstaat, door middel van uitvoeringshandelingen besluiten of een stof een nanomateriaal is, waarbij zij met name Aanbeveling 2011/696/EU van de Commissie van 18 oktober 2011 inzake de definitie van nanomateriaal (1) in acht neemt, en of een specifiek product of een specifieke groep van producten een biocide of een behandeld voorwerp is, dan wel geen van beide. Deze uitvoeringshandelingen worden vastgesteld volgens de in artikel 82, lid 3, bedoelde onderzoeksprocedure.’

108 Zie voor meer informatie over de besluiten van de Commissie op grond van de Biocidenverordening: <echa.europa.eu/regulations/biocidal-products-regulation/legislation>.

109 J.R.C. Tieman, ‘Brussel heeft over definitie afvalstoffenbegrip niets te zeggen’, *M en R* 2005/4, p. 213-216.

110 Ook de huidige artikelen 5 en 6 van de KRA moeten worden gezien als een verduidelijking en niet als inperking van de definitie van het begrip afvalstof, zie punt 22 van de considerans.

einde-afvalstoffen. Dit als spiegelbeeld van de lijst met ‘categorieën van afvalstoffen’ die indertijd aan de KRA is toegevoegd om de definitie van het begrip afvalstof te verduidelijken.¹¹¹ Deze lijst is in 2008 uit de KRA verdwenen, omdat deze Q-lijst niet alleen niet bepalend was voor de uitleg van het begrip afvalstof, de lijst ook niet uitputtend was (zie Q16 ‘Alle stoffen, materialen of produkten die niet onder de hierboven vermelde categorieën vallen’), maar door de nieuwe regeling van bijproducten in artikel 5 van de KRA voor een belangrijk deel ook achterhaald was (bijvoorbeeld Q8 ‘Bij industriële procédés ontstane residuen (bijvoorbeeld slakken, distillatieresiduen enz.)’). Ondanks de indicatieve en niet-uitputtende status van de lijst bleek deze de rechtspraktijk (ondernemers, bevoegd gezag en rechters) echter wel degelijk meer duidelijkheid te kunnen verschaffen over de reikwijdte van het begrip afvalstof.¹¹² Op soortgelijke wijze zou er bijvoorbeeld thans door middel van een niet-uitputtende en indicatieve lijst van bijproducten meer duidelijkheid en uniformiteit kunnen komen over de reikwijdte van artikel 5 van de KRA en de betekenis van onder andere de term ‘productieproces’ in de aanhef van het eerste lid van deze bepaling. Nederland heeft in het kader van de voorbereiding van het voorstel tot wijziging van de KRA ook gepleit voor een dergelijke indicatieve lijst,¹¹³ maar deze is in het voorstel van de Commissie niet opgenomen.

Een andere beperkte aanpassing van de afvalstoffendefinitie in de KRA, die de kern van deze definitie zelf niet aantast, is eveneens denkbaar. Dit betreft het schrappen van het element houder in deze definitie. Het is opvallend dat het begrip houder niet voorkomt in de definitie van het begrip afvalstof die is neergelegd in het Verdrag van Bazel. De KRA verwijst echter als uitdrukking van de ‘wegwerpmaatschappij’ al vanaf 1975 naar het begrip houder, al is eerst in 1991 een omschrijving van dit begrip in de KRA opgenomen. Onder houder moet in de zin van de definitie van het begrip afvalstof worden verstaan degene die een stof of voorwerp in zijn bezit heeft.¹¹⁴ Het gaat dus om bezit en nadrukkelijk niet om eigendom. In het kader van de circulaire economie is dit een complicerende factor die voor onduidelijkheid kan zorgen. In het in paragraaf 1 genoemde voorbeeld van de lampenfabrikant die ledverlichting in gebruik geeft aan een winkelketen en eigenaar blijft van de lampen kan immers niet worden gezegd dat de winkelketen zich niet van de lampen ontdoet met het argument dat de lampenfabrikant eigenaar is van de lampen. Blijkens de definitie van het begrip afvalstof is alleen bepalend of de winkelketen als houder (bezitter) zich van de lampen ontdoet, zonder dat daarbij een rol speelt wie daarvan het eigendom heeft. In het licht van de in paragraaf 2 beschreven ontwikkeling in de rechtspraak en de KRA kan in een geval als dit echter worden gesteld dat er vanuit oogpunt van milieubescherming en efficiënt gebruik van de natuurlijke hulpbronnen geen concrete rechtvaardiging is om de lampen die de fabrikant terugneemt als afvalstof te kwalificeren. Hetzelfde geldt voor andere vormen van retourlogistiek, zoals statiegeldflessen en een retoursysteem voor lege tonercartridges. Door de term houder

111 Bijlage I Richtlijn 91/156/EEG en Richtlijn 2006/12/EG.

112 Zie bijvoorbeeld HvJ 7 september 2004, zaak C-1/03 (*Van der Walle*), NJ 2005, 13.

113 *Kamerstukken II* 2014/15, 22 112, nr. 1979 en *Kamerstukken II* 2015/16, 30 872, nr. 201.

114 Tieman 2003, a.w., p. 201-204.

in de afvalstoffendefinitie te schrappen, wordt duidelijker tot uitdrukking gebracht dat alleen dan sprake is van een afvalstof in het geval stoffen of voorwerpen worden afgedankt en daarmee uit de economische keten dreigen weg te lekken en niet reeds op het moment dat ze door de houder zelf niet meer worden gebruikt.

3.9 Afdanken en terugwinnen

Een laatste mogelijkheid tot verduidelijking van het begrip afvalstof en het onderscheid tussen nuttige toepassing van afvalstoffen en preventie en hergebruik heeft te maken met de verschillende taalversies van de KRA. Waar voor de term ‘*discard*’ uit de Engelse taalversie (in het Duits: *entledigen*, in het Frans: *se défaire*) in de Nederlandse taalversie de term ‘zich ontdoen’ wordt gebruikt, valt te overwegen om hier voortaan de term afdanken voor te gebruiken. Deze term sluit niet alleen beter aan bij het algemeen spraakgebruik, maar geeft ook in juridische zin duidelijker aan waar afvalstoffenrecht in de kern om draait, namelijk de zorg dat stoffen of voorwerpen die uit de economische keten weglekken op milieuhygiënisch verantwoorde wijze worden verwijderd en in het licht van de afvalhiërarchie weer zo veel mogelijk in de keten worden teruggebracht (paragraaf 3.1). Dit laatste laat zien dat het ook verstandig kan zijn om afscheid te nemen van de term ‘nuttige toepassing’ in de Nederlandse taalversie van de KRA. In plaats van deze term kan, in aansluiting bij de term ‘*recovery*’ uit de Engelse taalversie (in het Duits: *verwertung*, in het Frans: *valorisation*) voortaan beter de term terugwinning worden gehanteerd.

De termen afdanken en terugwinnen maken bovendien duidelijk dat in een circulair bedrijfs- of verdienmodel geen sprake is van *waste recovery* maar van *waste prevention*. Omdat de termen ‘zich ontdoen’ en ‘nuttige toepassing’ relatief neutrale termen zijn, is het immers makkelijker aan te nemen dat bijvoorbeeld statiegeldflessen moeten worden aangemerkt als voorwerpen waarvan de houder zich ontdoet en die bestemd zijn voor nuttige toepassing, dan te zeggen dat het gaat om voorwerpen die door de houder worden afgedankt en weer voor de economie moeten worden teruggewonnen. Een dergelijk circulair systeem is er immers op gericht dat de betreffende flessen voor en door de economie zelf behouden blijven. Hetzelfde geldt voor andere voorbeelden die in deze bijdrage zijn genoemd, zoals het retourstelsel voor lege tonercartridges en de ledverlichting die in gebruik wordt gegeven aan een winkelketen. Het valt moeilijk vol te houden dat een consument die een lege cartridge in een retourenveloppe doet deze cartridge afdankt, zoals evenmin kan worden gezegd dat de winkelketen de ledverlichting afdankt wanneer deze verlichting conform het bepaalde in het contract na gebruik weer door de fabrikant wordt teruggenomen. Achteraf bezien lijkt het dan ook niet onlogisch te zeggen dat mede door de algemene en neutrale betekenis van de termen ‘zich ontdoen’ en ‘nuttige toepassing’ in Nederland relatief veel zaken over het afvalstoffenbegrip voor de rechter komen. Een goed voorbeeld daarvan biedt de prejudiciële procedure die uiteindelijk heeft geleid tot het *Shell*-arrest van het Hof van Justitie (paragraaf 2.2.4), waarin volgens de Rechtbank Rotterdam onduidelijkheid bestond over de vraag of een non-conform product dat door de koper aan de verkoper wordt geretourneerd

en dat door de verkoper weer op de markt wordt gebracht als afvalstof moet worden aangemerkt.¹¹⁵ In het licht van het arrest *ARCO Chemie* van het Hof viel goed vol te houden dat in dit geval sprake was van een stof of voorwerp waarvan de houder moet worden geacht zich te hebben ontdaan. Wanneer voor de term *discard* echter de term afdanken wordt gebezigd, is het veel minder logisch aan te nemen dat in deze zaak sprake is van een afvalstof.

Opgemerkt moet worden dat de term ‘afdanken’ in het afvalstoffenrecht niet nieuw is. De term wordt reeds gebruikt in de Richtlijn afgedankte elektrische en elektronische apparatuur (2012/19/EU) en in de Richtlijn batterijen en accu’s en afgedankte batterijen en accu’s (2006/66/EG), alsmede in artikel 5 van de Autowrakkenrichtlijn (2000/53/EG). Ook de KRA zelf bezigt deze term op een aantal plaatsen.¹¹⁶ De term ‘terugwinning’ is eveneens niet nieuw. De term komt voor in de huidige KRA in bijlage II met handelingen van nuttige toepassing (R2, R3, R4, R5, R7 en R8) en in de term ‘energieterugwinning’ (artikel 3, punt 17 en artikel 4 lid 1 onder d). De term komt bovendien voor in de Nederlandse taalversie van het voorstel van de Commissie tot wijziging van de KRA.¹¹⁷

4 Slotopmerking

De transitie naar een circulaire economie draait om veel meer dan alleen de uitleg van het begrip afvalstof. Naast meer vertrouwen tussen bedrijven en overheid,¹¹⁸ verandering in gedrag en technische ontwikkelingen, is de prijs van arbeid en grondstoffen naar mijn overtuiging misschien wel het allerbelangrijkst. Door de relatief hoge prijs van grondstoffen en de relatief lage prijs van arbeid is de circulaire hergebruikeconomie in veel Afrikaanse landen bijvoorbeeld gewoon realiteit. Maar hoe groot of klein de uitleg van het afvalstoffenbegrip in breder perspectief ook is, dit thema speelt zeer zeker een rol van betekenis. In deze bijdrage heb ik aan de hand van een nadere analyse van de rechtspraak over het begrip afvalstof, de aan het afvalstoffenrecht ten grondslag liggende doelstellingen, en de voorstellen en maatregelen uit het EU-actieplan en het Rijksbreed programma Circulaire Economie een aanzet gegeven voor een verdere doordenking van het begrip afvalstof uit de KRA. Het is hiervoor niet nodig gebleken om met een geheel nieuwe definitie te komen. Wel zijn initiatieven van zowel de wetgever als het bestuur nodig om de bestaande definitie beter werkbaar te maken.

Het gaat dan niet alleen om meer duidelijkheid over de betekenis van de term ‘zich ontdoen’ (*discard*), de ontwikkeling van specifieke criteria voor bijproducten en

115 Rb. Rotterdam 11 mei 2012, *NJ* 2012, 372 en Rb. Rotterdam 23 december 2015, *JM* 2016, 46, m.nt. Van der Meulen.

116 Artikel 2 lid 1 onder e en bijlage IV punt 16.

117 COM(2015) 595. Bijvoorbeeld in de in deze bijdrage genoemde definities van voorbereiding voor hergebruik (art. 3 onder 16) en opvulling (art. 3 onder 17ter).

118 Zie hierover de bijdrage van Houben en Veldkamp in deze bundel.

einde-afval op Europees en nationaal niveau, verduidelijking van de juridische status van bijvoorbeeld reparatie- en reinigingshandelingen in de gebruiks- of consumptiefase van de kringloop en explicitering van de bewijslast voor de houder, maar ook om de ontwikkeling van actuele op circulaire bedrijfs- en verdienmodellen toegesneden praktische richtsnoeren, beleidsdocumenten zoals het LAP3, het faciliteren van meer samenwerking en uitwisseling van *best practices* tussen de EU-lidstaten, en ten slotte om de mogelijkheid om *case by case* rechtsoordelen te vragen over de afvalstatus bij specifieke toepassingen. Met behulp van deze instrumenten kunnen wetgever en bestuur voortaan zelf meer het voortouw nemen in de nadere afbakening van het begrip afvalstof en bedrijven meer rechtszekerheid bieden waardoor de grote afhankelijkheid van de rechter hierbij eindelijk kan worden beëindigd.

‘Nederland circulair in 2050’ is de titel van het Rijksbreed programma Circulaire Economie. De hoeveelheid rechterlijke uitspraken over de definitie van het begrip afvalstof zal een goede graadmeter vormen om te bepalen of het ideaalbeeld van de circulaire economie tegen die tijd is verwezenlijkt. Een significante afname van het aantal uitspraken over het begrip afvalstof ten opzichte van de grote hoeveelheid uitspraken die hierover de afgelopen decennia is verschenen, zal naar mijn overtuiging een belangrijke aanwijzing zijn dat op dit terrein vooruitgang is geboekt.

3 Circulaire economie gebaat bij non-circulaire rechtspraak

*Ron Laan**

1 Inleiding

Circulair staat voor een kringloop. In de economie kan een kringloop positief zijn, maar rechtspraak die stoffen of voorwerpen onnodig in de kring van het afvalstoffenrecht brengt, helpt de circulaire economie niet verder. Zolang stoffen of voorwerpen in het normale handelsverkeer circuleren, zijn ze onderhevig aan de daarvoor geldende wet- en regelgeving (bijvoorbeeld transport-, veiligheids- en milieuwetgeving). In communautair verband geldt dat een goede werking van de interne markt en het vrije verkeer van goederen niet onnodig mogen worden beperkt of in het gedrang mogen komen. Pas als onomstreden sprake is van een afvalstof, dient het afvalstoffenrecht zich aan. De afvalwetgeving is bedoeld om productie- en consumptieresiduen onder een apart regime te brengen, maar het gaat te ver om onnodig het reguliere handelsverkeer te doorkruisen met afvalrechtelijke verplichtingen en beperkingen.

In een circulaire economie wordt ernaar gestreefd te voorkomen dat afval ontstaat door hergebruik van producten en materialen. De bestaande wettelijke definities en normen in het afvalstoffenrecht zouden dit streven kunnen belemmeren. Als advocaat in 'afvalzaken' heb ik de ervaring dat rechters een bijdrage kunnen leveren aan de ontwikkeling van de circulaire economie door aan het belang daarvan in grensgevallen de doorslag te geven. Rechters hebben hiervoor de gelegenheid als het gaat om de invulling van open normen, al is de ruimte hiervoor niet onbegrensd.

Als rechters in het afvalstoffenrecht steeds zouden terugvallen op dezelfde uitgangspunten en met hun argumentatie 'in een cirkel' blijven draaien, is de rechtspraak circulair. Voor de circulaire economie verdient non-circulaire rechtspraak de voorkeur, waarbij rechters keuzes durven te maken die ontwikkelingen in gang zetten of waarborgen. Dat is in een circulaire economie ook nodig, omdat het bestaande afvalstoffenrecht¹ definities en normen kent die het risico in zich hebben dat producten en materialen al snel tot afval worden gekwalificeerd. En dat is niet het oogmerk van de circulaire economie, die vooral op het principe van benutting van diezelfde producten en materialen als grondstof is gebaseerd.

* Mr. R.G.J. Laan is werkzaam als advocaat bij Van Diepen Van der Kroef advocaten en gespecialiseerd in afvalstoffenrecht.

1 Hoewel het afvalstoffenrecht meeromvattend is, staan in de jurisprudentie vooral de Europese Kaderrichtlijn Afvalstoffen 2008/98/EG en de Europese Verordening voor de Overbrenging van Afvalstoffen (EU) nr. 1013/2006 meestal centraal.

Rechters kunnen hun ondersteunende rol in het belang van de circulaire economie vervullen omdat de wetgeving op het gebied van afvalstoffen hiervoor enige ruimte biedt. Wettelijke definities en normen geven veelal qua bewoordingen nog speelruimte in de beoordeling. Rechters passen enerzijds de wet rechtstreeks toe, maar anderzijds zijn hun uitspraken complementair aan de wet omdat de wettelijke bepalingen zelf niet volledig zijn dichtgetimmerd. Aangezien wijziging van Europese wetgeving aan veranderende omstandigheden niet eenvoudig is en in ieder geval lang duurt, kan de rechterlijke macht op deze wijze nog inspelen op actuele ontwikkelingen.

2 Paradox afvalstoffenrecht en milieuverantwoord gedrag

De definitie van afval is anno 2016 nog altijd van gelijke strekking als ten tijde van de eerste wettelijke Europeesrechtelijke definitie.² Een afvalstof is: ‘elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen’.³

De wet- en regelgeving voor afvalstoffen is opgezet in een periode waarin de economie nog ver af stond van de gedachte aan een circulaire economie. Het ontstaan van afvalstoffen en vooral het verwijderen ervan vormden een serieus probleem en het afvalstoffenrecht diende eraan bij te dragen dat de regulering van alles wat met afvalstoffen te maken heeft tot resultaat had dat de nadelige milieugevolgen hiervan werden beperkt. Om dit doel te kunnen bereiken is een veelomvattend afvalbegrip geformuleerd.

Het afvalstoffenrechtelijk regime geldt als extra waarborg in aanvulling op allerlei andere wettelijke regelingen die op producten en materialen van toepassing zijn, zoals in Nederland de reguliere milieuwetgeving van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Wet milieubeheer alsmede bijvoorbeeld veiligheidswetgeving, gezondheidswetgeving en verzekeringsrecht. Dat betekent dat als het afvalstoffenrecht niet van toepassing is, de status van en handelingen met producten en materialen niet geheel ongereguleerd zijn. Het afvalstoffenrecht als extra waarborg is in mijn ogen dan ook niet altijd noodzakelijk, omdat ook zonder het afvalstoffenrecht burgers en bedrijven niet zomaar hun gang kunnen gaan met producten en materialen.

Daar komt bij dat het milieubesef bij burgers en bedrijven sinds de introductie van het afvalstoffenrecht is gegroeid. Hoewel het gedrag van burgers en bedrijven mede wordt bepaald door economische factoren, geldt *grosso modo* dat door het gevorderde milieubesef een meer milieuverantwoord gedrag aan de dag wordt gelegd. In het bedrijfsleven wordt dit nog versterkt door bijvoorbeeld milieukeurmerken en certificeringen die vereisen dat op hoogwaardig niveau met de belangen van het milieu rekening dient te worden gehouden.

2 Gedoeld wordt hier op de oorspronkelijk Europese Kaderrichtlijn Afvalstoffen uit 1975.

3 Europese Kaderrichtlijn afvalstoffen 2008/98/EG, artikel 3 onder 1.

Bovendien geldt dat als gevolg van de veranderde opvattingen over milieu op omvangrijke schaal is en wordt geïnvesteerd in milieuvriendelijke(r) technologieën.

Het is paradoxaal dat er aan de ene kant vele verbeteringen in het belang van het milieu aanwijsbaar zijn, waardoor het afvalstoffenrecht hier en daar wat minder dwingend opgelegd zou kunnen worden, en aan de andere kant nog onverkort het juridische afvalbegrip veelomvattend is, waardoor het afvalstoffenrecht een brede toepassing heeft.

Weliswaar zijn aan de definitie van ‘afvalstof’ inmiddels andere opvattingen over ‘bijproduct’ en ‘einde-afvalcriteria’ gekoppeld, maar tot op de dag van vandaag heeft het afvalbegrip een verstrekkend bereik.⁴ Met dit uitgangspunt heeft het afvalstoffenrecht ook een ingrijpende werking, die tevens sterk tot uitdrukking komt in de beoordeling van handelingen met afvalstoffen. Vooral de vraag of sprake is van nuttige toepassing of verwijdering is dan cruciaal, want in geval van nuttige toepassing is er een zekere mate van economische vrijheid, maar bij verwijdering heeft de beperkende regulering de overhand.⁵

Sinds de invoering van het veelomvattende afvalbegrip heeft de overheid met het afvalbeleid steeds een sterke greep willen houden op alles wat met afval in de economie verband houdt. Dit op basis van de principiële gedachte in de politiek dat zonder deze overheidsbemoeienis de nadelige milieugevolgen van inzameling en verwerking van afvalstoffen problematischer zouden zijn.

Echter, zowel maatschappelijk als in het bedrijfsleven hebben de ontwikkelingen niet stilgestaan. Het besef dat er verantwoord met het milieu moet worden omgegaan is zowel bij burgers als bij bedrijven sterk doorgedrongen. Hierbij kan het afvalstoffenrecht een belemmerende factor zijn, namelijk doordat burgers en bedrijven goede mogelijkheden zien voor preventie, hergebruik of recycling, maar daarbij ontmoedigd worden door de impact van wet- en regelgeving op het gebied van afvalstoffen. Immers, toepassing van het afvalstoffenrecht houdt additioneel allerlei administratieve verplichtingen in en brengt extra kosten met zich mee.⁶ In commercieel opzicht kunnen door de afvalkwalificatie marktpartijen afhaken vanwege de mindere economische vrijheid binnen een afvalregime. Bovendien betekent de afvalkwalificatie een drastische beperking van mogelijkheden in de markt, omdat slechts daartoe vergunde bedrijven afvalstoffen mogen accepteren en verwerken. Dat kan er toe leiden dat het afvalstoffenrecht onbedoelde marktverstoringen teweegbrengt en in

4 De wettelijke regeling voor bijproducten en einde-afvalcriteria is neergelegd in artikel 5 en 6 van de Europese Kaderrichtlijn Afvalstoffen. In dit artikel worden deze regelingen niet afzonderlijk uitgewerkt.

5 In het zogenoemde *Dusseldorp*-arrest van 25 juni 1998, zaak C-203/95, heeft het Hof van Justitie het onderscheid tussen nuttige toepassing en verwijdering tegen de achtergrond van het beginsel van zelfvoorziening uitgewerkt.

6 Denk hierbij aan acceptatieprocedures, registratieverplichtingen, vergunningen en ontheffingen, enz.

ieder geval ongewenste administratieve en economische gevolgen heeft, zonder dat er desondanks een meerwaarde is die verband houdt met het belang van het milieu.

3 Rol van de rechter

Om deze spanning te doorbreken is het naar mijn oordeel van belang dat rechters niet alleen naar de letter van de wet kijken, maar ook de geest van de wetgeving betrekken in hun oordeel. De Europese afvalwetgeving is weliswaar op milieugrondslag geformuleerd, maar de open normen en diverse wettelijke bepalingen bieden aan rechters een zekere speelruimte om in een concreet geval het milieubelang kritisch tegen het licht te houden en bij de milieubeoordeling ook het belang van een vrije economie te betrekken.

Zo zou in de rechtspraak waarbij afwegingen moeten worden gemaakt tussen milieu en economie bovenal niet lichtvaardig moeten worden aangenomen dat sprake is van een afvalstof. Tevens hoeven rechters niet te snel te oordelen dat sprake is van verwijdering in plaats van nuttige toepassing. Bovendien mag van rechters worden verwacht dat ze zich kritisch opstellen ten opzichte van beleidsmatige normen die overheden hanteren, bijvoorbeeld de getalsmatige normen bij zogenoemde groene-lijstafvalstoffen om de mate van verontreiniging vast te stellen.⁷ Deze vraagstukken zijn van invloed op de zwaarte van het juridisch regime en verdienen een beoordeling in het perspectief van de daadwerkelijke milieueffecten.

Hoewel uit de bewoordingen van de afvaldefinitie niet direct het belang van de bescherming van het milieu doorklinkt, is uit de rechtspraak af te leiden dat het milieubelang een belangrijke rol vervult bij het vraagstuk ‘afvalstof of niet?’. Het gaat dan vooral om de beoordeling of bij activiteiten met een voorwerp of een stof die als afvalstof zou kunnen kwalificeren sprake is van extra voorzorgsmaatregelen die vereist zijn, bijvoorbeeld omdat er bijzondere verontreinigingen zijn die afwijken van primaire producten. Aangezien in de circulaire economie de bescherming van het milieu als het ware is verdisconteerd in het economisch systeem zelf, zouden rechters hiermee rekening kunnen houden.

Rechters moeten naar mijn overtuiging openstaan voor zienswijzen in de circulaire economie over wat wel en niet als afval gezien moet worden en wat de meerwaarde kan zijn van bepaalde verwerkingsmethoden. En rechters kunnen de vraag stellen of de ten opzichte van algemene milieu- en veiligheidswetgeving als aanvullend te beschouwen afvalwet- en regelgeving wel noodzakelijk is in gevallen waarin ook zonder toepassing van afvalwet- en regelgeving de belangen van het milieu in voldoende mate gewaarborgd lijken te zijn. Als rechters bereid zijn geschillen terug te brengen tot de kern en daarbij ook de vraag op te werpen wat wel of niet in het belang

7 Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving verontreinigd papier-, kunststof- en metaalafval 2015, *Stert.* 2015, 43221.

van het milieu is, kan jurisprudentie daadwerkelijk een stimulerende rol spelen in een circulaire economie.

In de juridische vakliteratuur worden uitspraken veelal gelezen met het oog op de rechtsontwikkeling. Als advocaat op het gebied van afvalstoffenrecht weet ik dat de betekenis van de rechtsontwikkeling ver afstaat van de belangen en de beleving van bedrijven als procespartij in diezelfde zaken. Voor bedrijven is de gerechtelijke uitspraak vooral bepalend voor behoud en/of uitbreiding van marktpositie. Een verloren zaak betekent in veel gevallen dat het bedrijf marktaandeel kwijtraakt, investeringen niet kan terugverdienen of zelfs helemaal niet verder kan met bepaalde bedrijfsactiviteiten.

4 Geen belemmerende maar stimulerende rechtspraak

Met drie voorbeelden uit de jurisprudentie op het terrein van het afvalstoffenrecht wil ik laten zien dat rechtspraak van beslissende invloed is op verdere ontwikkelingen in wetgeving en beleid alsmede dat door de rechtspraak de economie kan worden gestimuleerd in plaats van belemmerd. Ik kies daarbij bewust voor enkele voorbeelden uit mijn eigen praktijk als advocaat, omdat ik in die zaken het onderliggende procesdossier goed ken en het verloop van de zitting persoonlijk heb meegemaakt. Met die wetenschap over dossier en zitting zijn gerechtelijke uitspraken beter te duiden dan dat uitspraken op zichzelf staand worden beoordeeld. De in dit artikel gekozen voorbeelden hebben overigens in de vakliteratuur van andere schrijvers ook aandacht gekregen.

Voorbeeld 1: Geen afvalstatus waarborgt export⁸

In 2000 werd het bedrijf Atoglas uit Leeuwarden geconfronteerd met een last onder dwangsom van de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer bij de uitvoer van zogeheten B-prepol (niet gepolymeriseerd methylmethacrylaat) naar Indonesië. Deze reststroom uit het productieproces in haar eigen fabriek werd door Atoglas buiten de afvalwetgeving om getransporteerd. De milieu-inspectie stelde zich echter op het standpunt dat het om een afvalstof ging, waardoor op de uitvoer de Europese Verordening voor de Overbrenging van Afvalstoffen van toepassing was.

De vloeibare B-prepol kwam bij Atoglas voortdurend vrij als overblijfsel bij het vulen van mallen. Aangezien Atoglas kunststofplaten in diverse kleuren produceerde, ontstond er zo een mix van vele kleuren, die als zodanig een wat doffe kleur opleverde. Kwalitatief gezien deed deze stroom niet onder voor de oorspronkelijk als grondstof gebruikte A-prepol. Atoglas koos er destijds voor de capaciteit van haar eigen fabriek te benutten voor kunststofplaten in specifieke kleuren. In Indonesië

8 ABRvS 20 februari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AD9657.

werden vergelijkbare platen in de typische kleur van B-prepol gemaakt. In dat deel van de wereld waren consumenten eenvoudigweg minder kritisch op dit punt.

Atoglas stapte naar de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak om schorsing te vragen van de last onder dwangsom. Echter, de Voorzitter nam al snel ter zitting iedere illusie weg en vond dat sprake was van een afvalstof. Na 20 minuten stond Atoglas met haar advocaat verbouwereerd weer buiten. Aangezien B-prepol in grote hoeveelheden vrijkwam, kon Atoglas niet anders dan in haar eigen fabriek capaciteit vrijmaken om hiervan B-producten te maken. De beroepsprocedure over de kwalificatie van B-prepol in de last onder dwangsom liep ondertussen door.

In beroep oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak anders. In haar uitspraak van 20 februari 2002 overwoog de Afdeling als volgt:

‘(...) De Afdeling stelt vast dat het productieproces van appellante er op is gericht om uit prepol polymethylmethacrylaat-platen te produceren. Verweerder heeft niet aannemelijk gemaakt dat een produktieresidu is ontstaan nu is gebleken dat B-prepol geschikt is voor continu gebruik overeenkomstig de oorspronkelijke bestemming, namelijk de productie van polymethylmethacrylaat-platen. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is voorts gebleken dat B-prepol een beoogd geproduceerde grondstof is, waarvan de productie bewust en direct kan worden gestuurd door marktoverwegingen. Daarnaast stelt de Afdeling vast dat B-prepol een stof is die zich qua samenstelling leent voor het gebruik dat ervan wordt gemaakt. Verder is niet gebleken dat voor dat gebruik bijzondere voorzorgsmaatregelen voor het milieu moeten worden getroffen.

In het licht van hetgeen het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn voormelde arrest voor recht heeft verklaard, moet worden geconcludeerd dat deze omstandigheden voldoende aanwijzing vormen voor het ontbreken, bij appellante als producent en houder van B-prepol, van een handeling, een voornemen of een verplichting om zich van B-prepol te ontdoen in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van de Richtlijn. Daarmee is er geen sprake van een afvalstof. Noch de stukken, noch het verhandelde ter zitting, hebben de Afdeling er van overtuigd dat hier sprake is van zodanige omstandigheden dat, ondanks het vorenstaande, geoordeeld zou moeten worden dat B-prepol moet worden beschouwd als een afvalstof.

Gelet hierop is de Verordening niet op de overbrenging van B-prepol naar Indonesië van toepassing en was verweerder niet bevoegd om krachtens artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht een last onder dwangsom op te leggen.’

De Afdeling refereert in haar uitspraak expliciet aan de stukken en het verhandelde ter zitting en stelt aan de hand van door rechters aangedragen ‘aanwijzingen’ bij de vraag ‘afvalstof of geen afvalstof?’ vast dat bewijs is geleverd voor de stelling dat B-prepol een beoogd geproduceerde grondstof is, waarvan de productie bewust en direct kan worden gestuurd door marktoverwegingen. Hier heeft naar mijn overtuiging de doorslag gegeven dat ter zitting in de beroepsfase Atoglas in eigen

fabriek B-producten maakte waartoe het bedrijf door de afwijzende uitspraak van de Voorzitter in de voorlopige-voorzieningsprocedure genooddaakt was.

De Afdeling stelde bovendien vast dat voor het gebruik van B-prepol geen bijzondere voorzorgsmaatregelen voor het milieu moesten worden getroffen. Saillant detail in dit verband is overigens dat de directie van Atoglas in het milieujaarverslag diezelfde B-prepolstroom als ‘waste’ omschreef. Uit juridisch oogpunt zag de Afdeling bestuursrechtspraak dit dus uiteindelijk anders en als dat niet was gebeurd had de B-prepol niet alleen als afvalstof, maar vanwege de aard en samenstelling van prepol zelfs als gevaarlijke afvalstof moeten worden gekwalificeerd. Uitvoer naar Indonesië was dan niet mogelijk geweest.

Met de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak en het milieujaarverslag van Atoglas als indicaties voor de kwalificatie afvalstof, stelde de Afdeling bestuursrechtspraak zich met open vizier anders op. Ik herinner me nog goed dat Staatsraad Donner (thans vicevoorzitter van de Raad van State) ter zitting zelf met het voorbeeld kwam van het overblijfsel bij het afknippen van een sigaar en dat van die overblijfselen toch ook weer goed een nieuwe sigaar gemaakt kon worden. Hoe het ook zij, deze kwestie kreeg alsnog een uitkomst die in economisch opzicht meer soelaas bood zonder dat het milieu werd benadeeld.

Voorbeeld 2: Recycling in Azië blijft mogelijk ondanks handhaving⁹

In 2008 richtte de minister van VROM zijn pijlen op Gebr. Hummel Recycling uit Leek bij de uitvoer van PET-flessen naar Hongkong. De milieu-inspectie was van opvatting dat deze kunststoffen niet als groene-lijstafvalstof konden worden overgebracht omdat er te veel verontreinigingen in zaten en overigens werd de uitvoer in strijd geoordeeld met de EVOA en de in Hongkong geldende regelgeving.

Het geschil over de kwalificatie als groene-lijstafvalstof werd al snel beslecht in een voorlopigevoorzieningsprocedure, met als uitkomst dat deze afvalstroom aanwijsbaar was op de groene lijst. Hierdoor bestond er tussen partijen geen verschil van mening meer over dat de PET-flessen groene-lijstafvalstoffen zijn en vallen onder code B3010 van bijlage V bij de Verordening. Verder was de vraag of de PET-flessen door de autoriteiten in Hongkong als verontreinigd worden aangemerkt niet van belang voor de beoordeling van de opgelegde lasten onder dwangsom. Hierdoor concentreerde de beroepsprocedure zich vervolgens op de uitleg van enkele artikelen van de EVOA.

De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog in haar uitspraak van 23 september 2009:

‘De enkele omstandigheid dat bij code R5 een ander bedrijf is vermeld dan waar de recycling/terugwinning daadwerkelijk zal plaatsvinden, betekent niet dat aan nemelijk is dat het afval niet nuttig wordt toegepast in een inrichting die conform de toepasselijke nationale wetgeving in het land van invoer geëxploiteerd wordt of mag worden. Derhalve kon de minister niet op de enkele grond dat bij de code R5 een verkeerd bedrijf was ingevuld oordelen dat artikel 10.60, vierde lid, van

9 ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8267.

de Wet milieubeheer in samenhang met artikel 37, vierde lid, van de Verordening was overtreden. Dit betekent dat de minister niet bevoegd was last 1 op te leggen.’

Alsmede

‘(...) Ingevolge artikel 36, eerste lid, aanhef en onder g, van de Verordening, voor zover hier van belang, is de uitvoer uit de Gemeenschap van afvalstoffen die bestemd zijn voor nuttige toepassing in landen waarop het OESO-besluit niet van toepassing is, verboden voor afvalstoffen waarvoor de bevoegde autoriteit van verzending redenen heeft om aan te nemen dat zij in het land van bestemming niet op milieuhygiënisch verantwoorde wijze als bedoeld in artikel 49 zullen worden beheerd.’

‘(...) Tussen partijen is niet in geschil dat op grond van nationale procedurevoorschriften in Vietnam voor de invoer van de PET flessen een kennisgeving was vereist, en dat [appellante] deze kennisgeving niet had gedaan. Dit betekent echter nog niet dat de PET flessen in Vietnam niet op milieuhygiënisch verantwoorde wijze als bedoeld in artikel 49 zouden worden beheerd. De minister heeft ook niet aan de hand van andere feiten aannemelijk gemaakt dat de samengeperste PET flessen niet op dergelijke wijze zouden worden beheerd. Ook de omstandigheid dat de samengeperste PET flessen wellicht zouden worden teruggestuurd, betekent op zichzelf nog niet dat aannemelijk is dat zij niet op milieuhygiënisch verantwoorde wijze zouden worden beheerd.

Gelet hierop heeft de minister ten onrechte geoordeeld dat artikel 10.60, tweede lid, van de Wet milieubeheer in samenhang met artikel 2, aanhef en onder 35, sub f, van de Verordening in samenhang met artikel 36, eerste lid, aanhef en onder g, van de Verordening is overtreden.’

In deze uitspraak is te herkennen dat de Afdeling bestuursrechtspraak zich heeft gebogen over de vraag of het milieubelang werkelijk in het geding was. De Afdeling was niet bereid aan te nemen dat de overbrenging niet zou voldoen aan de vereisten van een milieuhygiënisch verantwoorde verwerking omdat de overheid dit feitelijk niet kon aantonen. In de afweging tussen milieu en economie koos de Afdeling bestuursrechtspraak derhalve niet voetstoots voor het milieu. Dat het milieubelang wordt geschaad verdient wel bewijs, zo geeft de Afdeling in deze zaak aan. Hierdoor bleef de continuïteit van de uitvoer naar Azië en de recycling van kunststofafval in Hongkong gewaarborgd.

Deze kwestie laat goed zien waar in de geschillen over afvalverwerking tussen het bedrijfsleven en de overheid veelal de schoen wringt. De overheid handhaaft op het verkeerd of onvolledig invullen van exportformulieren, terwijl het bedrijfsleven meer gefocust is op de feitelijke verwijdering of nuttige toepassing van de afvalstoffen. ‘Wij doen niet in afval’, zo liet een ondernemer mij destijds weten toen ik vroeg of er problemen met hun afvalstromen waren. Die materialen kwalificeerden wel degelijk in juridische zin als afval, maar de ondernemer zag diezelfde materialen puur als grondstof voor milieutechnisch verantwoordelijke recycling. Administratieve tekortkomingen worden van overheidswege gezien als milieuovertredingen, zonder

dat de vraag naar het daadwerkelijke milieubelang werkelijk aan de orde komt. De rechter kan in dit verband een invloedrijke rol hebben bij het onderzoeken van dit milieubelang aan de hand van de feiten en omstandigheden. In de circulaire economie draait het veelal om dit soort vraagstukken.

Als de vraag naar de juistheid van informatie op wettelijk voorgeschreven documenten bij afvaltransporten voor discussie vatbaar is, heeft de rechter de mogelijkheid het milieubelang zelf in te vullen. Echter, als de informatie op zichzelf niet voor meerdere uitleg vatbaar is, geldt strenge jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. In het arrest van 26 november 2015¹⁰ besliste het Hof van Justitie dat bij het gebruikmaken van een andere grensovergang dan opgegeven op de kennisgevings- en vervoersdocumenten sprake is van een ‘illegale overbrenging’, omdat de overbrenging dan niet feitelijk met de kennisgeving of de vervoersdocumenten overeenstemt in de zin van artikel 2 punt 35 onder d van de EVOA.

Volgens het Hof geldt:

‘de informatie die wordt verlangd in het kennisgevingsdocument dat in bijlage I A bij verordening nr. 1013/2006 is vastgesteld, zoals die betreffende de voor het transport gebruikte grensovergang, is dus noodzakelijk opdat de bevoegde autoriteiten hun taken op het gebied van toezicht en controle naar behoren kunnen uitvoeren.’

In een andere zaak¹¹ oordeelde het Hof van Justitie eveneens streng bij een overbrenging waar een bijlage VII foutief was ingevuld, maar de informatie over de uiteindelijke verwerking van de afvalstoffen wel duidelijk en correct was weergegeven op de internationale vrachtbrief. Het Hof van Justitie overwoog:

‘(...) de wijze waarop de betrokken overbrenging van afvalstoffen geschiedt, moet zijn gespecificeerd in het geleidedocument, en niet ergens anders. Die verplichting draagt ertoe bij dat een dergelijke overbrenging beter kan worden gevolgd, overeenkomstig het bepaalde in artikel 18, lid 1, onder a), van die verordening, en dat een doeltreffende controle wordt verzekerd die het mogelijk maakt onmiddellijk te beoordelen of een fysieke inspectie van de betrokken afvalstoffen nodig is.’

Het wordt de nationale rechter dus door het Europese Hof van Justitie niet gemakkelijk gemaakt vrijelijk te oordelen in een afweging tussen economie en milieu. Dat neemt niet weg dat zich zaken voordoen waarin hiervoor enige ruimte is en dat rechters met hun uitspraken van betekenis kunnen zijn voor de ontwikkeling van de circulaire economie.

10 HvJ 26 november 2015, zaak C-487/14 (*Total Waste Recycling*), ECLI:EU:C:2015:780.

11 HvJ 9 juni 2016, zaak C-69/15 (*Nutrivet*), ECLI:EU:C:2016:425.

*Voorbeeld 3: Retourlevering bij afkeur normaal gedrag contractspartijen*¹²

Het Europese Hof van Justitie kreeg in 2012 een Nederlandse zaak voorgelegd met de door de Rechtbank Rotterdam gestelde prejudiciële vraag of een naar de afzender retour gezonden partij diesel (ULSD genoemd) als afvalstof moest worden beschouwd omdat de diesel niet voldeed aan de specificaties van de koopovereenkomst. Deze kwestie betrof Shell, maar de zaak stond tegelijkertijd model voor een casuspositie die veelvuldig in de oliebranche voorkomt. Als zogenoemde ‘off spec-partijen’ die retour worden geleverd onder het afvalstoffenrecht zouden vallen, zou dit voor de branche als geheel economisch en organisatorisch zeer ingrijpende consequenties hebben.

Het Hof van Justitie deed uitspraak op 12 december 2013. In zijn uitspraak betreft het Hof van Justitie uitdrukkelijk de vraag of het milieubelang werkelijk wordt benadeeld als geen sprake zou zijn van een afvalstof. Deze milieutoets werd ook ter zitting uitdrukkelijk aan de orde gesteld. In zijn uitspraak overwoog het Hof onder meer:

‘Zoals blijkt uit de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 259/93 strekt deze ertoe het toezicht en de controle op de overbrenging van afvalstoffen zodanig te regelen dat rekening wordt gehouden met de noodzaak de kwaliteit van het milieu te behouden, te beschermen en te verbeteren.’

Het Hof geeft aan dat het erom gaat dat de bevoegde autoriteiten door voorafgaande toetsing van grensoverschrijdende overbrenging van afvalstoffen maatregelen kunnen treffen die nodig zijn voor de bescherming van de menselijke gezondheid en het milieu. Verderop in zijn arrest verricht het Hof tegen de hier geschetste achtergrond in een aantal stappen een concrete toetsing aan het afvalbegrip, die hier ten dele wordt weergegeven:

‘Om te beginnen verdient bijzondere aandacht dat het voorwerp of de stof in kwestie voor de houder ervan geen nut heeft of meer heeft, zodat dit voorwerp of deze stof een last is waarvan deze zich wil ontdoen (zie in die zin arrest *Palin Granit en Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus*, reeds aangehaald, punt 37). Als dat het geval is, bestaat er een risico dat de houder zich van het voorwerp of de stof in zijn bezit ontdoet op een manier die nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben, bijvoorbeeld door de stof of het voorwerp onbeheerd achter te laten of ongecontroleerd te lozen of te verwijderen. Dergelijke voorwerpen of stoffen vallen onder het begrip afvalstof in de zin van richtlijn 2006/12 en zijn derhalve onderworpen aan de bepalingen van deze richtlijn, hetgeen meebrengt dat de nuttige toepassing of verwijdering ervan overeenkomstig artikel 4 van deze richtlijn moet plaatsvinden zonder gevaar voor de gezondheid van de mens en zonder dat procedés of methoden worden aangewend die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben.’

12 HvJ 12 december 2013, gevoegde zaken C-241/12 en C-242/12 (*Shell Nederland en Belgian Shell*), ECLI:EU:C:2013:821.

In deze zaak neemt het Hof van Justitie tot uitgangspunt dat uit de verwijzingsbeslissing van de Rechtbank Rotterdam¹³ naar voren komt dat de partij diesel zonder bewerking, in de staat waarin zij zich op het moment van teruggave aan Shell bevond, op de markt (kon) worden verkocht. Op deze basis stelt het Hof:

‘In dat verband is de omstandigheid dat de Belgische klant de non-conforme ULSD aan Shell heeft geretourneerd met het oog op terugbetaling van de aanloop prijs krachtens de koopovereenkomst, van bijzonder belang. Een klant die aldus handelt, kan niet worden beschouwd als een persoon die voornemens was de betrokken partij te verwijderen of er een nuttige toepassing voor te vinden, en derhalve heeft hij er zich niet van ontdaan in de zin van artikel 1, lid 1, sub a, van richtlijn 2006/12. In omstandigheden als in de hoofdgedingen is het risico dat de houder zich van deze partij ontdoet op een manier die nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben, bovendien laag. Dat geldt temeer indien de stof of het voorwerp in kwestie een niet onaanzienlijke marktwaarde heeft, zoals in deze zaken.’

De finale toets laat het Hof van Justitie in deze zaak over aan de nationale rechter, die enkel nog moet vaststellen of Shell voornemens was zich te ontdoen van de betrokken partij op het moment dat aan het licht is gekomen dat de partij niet aan de specificaties voldeed. Volgens het Hof geldt dat vóór dat moment een dergelijk voornemen niet aan Shell kan worden toegeschreven, omdat zij zich er toen niet van bewust was dat zij houdster was van een stof die niet overeenstemde met de bepalingen in de overeenkomst met de Belgische klant. De nationale rechter zal moeten nagaan of de houder van het voorwerp of de stof daadwerkelijk voornemens was zich ervan te ontdoen, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen. Daarbij moet hij de doelstelling van Richtlijn 2006/12/EG voor ogen houden, namelijk ervoor zorgen dat de nuttige toepassing of de verwijdering van de afvalstoffen plaatsvindt zonder gevaar voor de gezondheid van de mens en zonder dat procedés of methoden worden aangewend die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben. In de *Shell*-zaak komt in de visie van het Hof naar voren dat enerzijds de betrokken partij zonder bewerking, in de staat waarin zij zich op het moment van teruggave door de Belgische klant aan Shell bevond, op de markt kon worden verkocht, en anderzijds de marktwaarde van de betrokken partij nagenoeg overeenkomt met de prijs van een product dat wel aan de overeengekomen specificaties voldoet. Echter, dat gegeven brengt volgens het Hof nog niet de ware intentie van Shell aan het licht.

Voor het overige neemt het Hof op die vereiste toets van de nationale rechter een voorschot met zijn overweging:

‘Daarentegen is de omstandigheid dat Shell de betrokken partij heeft teruggenomen met het oog op bewerking door menging en terugbrengen op de markt in casu van doorslaggevend belang.’

13 Rb. Rotterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5699.

‘Het is immers geenszins gerechtvaardigd om goederen, stoffen of producten die de houder, ongeacht enige nuttige toepassing, onder gunstige omstandigheden wil exploiteren of verhandelen, te onderwerpen aan de bepalingen van richtlijn 2006/12, die beogen ervoor te zorgen dat de nuttige toepassing of verwijdering van afvalstoffen plaatsvindt zonder gevaar voor de gezondheid van de mens en zonder dat procedés of methoden worden aangewend die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben. In het licht van de verplichting het begrip afvalstof ruim uit te leggen, moet deze redenering evenwel worden beperkt tot situaties waarin het hergebruik van het goed of de stof in kwestie niet slechts mogelijk, maar zeker is, zonder dat vooraf een van de in bijlage II B bij richtlijn 2006/12 bedoelde procedés voor de nuttige toepassing van afvalstoffen hoeft te worden benut, hetgeen ter beoordeling van de verwijzende rechter staat (zie naar analogie arrest Palin Granit en Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus, punt 36, en arrest van 11 september 2003, AvestaPolarit Chrome, C-114/01, Jurispr. blz. I-8725, punt 36).’

Het Hof van Justitie heeft in deze casus duidelijk oog gehouden voor de vraag of het milieubelang daadwerkelijk wordt benadeeld op het moment dat het afvalstoffenrecht niet van toepassing zou zijn. Bij de concrete toetsing aan de hand van diverse factoren om te beoordelen of sprake is van een afvalstof, beseft het Hof van Justitie kenmerkend dat de dieselstroom waar het om draait op transparante wijze in de reguliere markt blijft en dat ook de reguliere markt op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu met wettelijke waarborgen is omkleed. De uitspraak in de zaak *Shell* is op dit moment maatgevend voor het vraagstuk ‘afvalstof of geen afvalstof’, waarbij in mijn visie meer ruimte is gecreëerd voor de beoordeling van wat er daadwerkelijk met voorwerpen of stoffen in de markt gebeurt en of dat gepaard gaat met milieurisico’s die toepassing van het afvalstoffenrecht rechtvaardigen.

5 Toetsing milieubelang is factor van betekenis

In de drie genoemde zaken hebben de rechters zich steeds afgevraagd of de economische handeling ook zonder invloed van het afvalstoffenrecht doorgang kon vinden. Die toets was uiteindelijk doorslaggevend ten opzichte van de redenering van overheidskant dat het afvalstoffenrecht met zijn wettelijk systeem van informatievoorziening met controle en toezicht als zodanig het milieubelang heeft te dienen. De rechters in onderhavige zaken hebben zich afgevraagd of het overheidsingrijpen op basis van het afvalstoffenrecht noodzakelijk was met het oog op het milieu. Daarbij werd getoetst of het milieu daadwerkelijk *geschaad* zou worden als het afvalstoffenrecht of het zwaarste regime binnen het afvalstoffenrecht niet toegepast zou worden. Die gerechtelijke benadering ‘hielp’ de procederende bedrijven en werkt in de hand dat de overheid met overtuigende argumenten over de noodzaak van het afvalstoffenrecht dient te komen en niet lichtvaardig hiermee om kan gaan. Hier wordt de ‘bewijslast’ bij de overheid gelegd, die het milieubelang bij het toepassen van het afvalstoffenrecht goed moet kunnen onderbouwen. Dit sluit in mijn ogen goed aan bij

het in artikel 3:46 van de Algemene Wet Bestuursrecht vastgelegde beginsel dat een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering.

De drie genoemde zaken dienen als voorbeeld van rechtspraak die de circulaire economie gunstig gezind is. In mijn praktijk word ik wel degelijk ook met de beperkingen van de rechtspraak geconfronteerd. Zo geldt bijvoorbeeld dat kunststof en papier als afvalstof van de groene-lijst bij de EVOA zonder toestemming vooraf van de overheid mogen worden geëxporteerd. Dat kan eenvoudig met een Bijlage VII-formulier op grond van de EVOA. Maar rechters nemen niet de vrijheid om bij een combinatie van kunststof en papier deze vrije export ook toe te staan, al is deze mix van kunststof en papier volstrekt ongevaarlijk en bovendien optimaal geschikt voor recycling. Aangezien zo'n mix zelf strikt genomen niet op de groene lijst van de EVOA staat, gaan rechters uit van de plicht om bij export hiervan kennis vooraf te doen aan de overheid met een EVOA-kennisgeving. Deze rigide juridische benadering in deze zaken zitten de circulaire economie onnodig in de weg. Gelukkig voor de betrokken ondernemers houden strafrechters dan bij de bepaling van de strafmaat nog wel rekening met het gegeven dat er geen kwade opzet en geen werkelijke milieuschade aan de orde is.¹⁴

En soms gaat het bij de rechter 'mis' ten nadele van de circulaire economie door een verkeerde interpretatie van de feiten. Een goed voorbeeld daarvan is, hoewel al langer geleden, de zaak van PPG Industries Fiber Glass die glasvezelrestanten exporteerde naar Duitsland om te worden ingezet in het afdichten van oude kleigroeven, waarvoor het materiaal zich perfect liet gebruiken omdat het door zijn samenstelling goed op zijn plaats bleef. De Afdeling bestuursrechtspraak stelde echter in haar uitspraak vast:¹⁵

'Niet is gebleken dat sprake is van vervanging van primaire grondstoffen door afvalstoffen, waardoor natuurlijke hulpbronnen worden beschermd.'

Om die reden zag de Afdeling bestuursrechtspraak de toepassing als storten in plaats van nuttige toepassing, waarmee de exportmogelijkheid werd geblokkeerd. Dit aandachtspunt was echter ter zitting niet als zodanig aan de orde gekomen. Als de Afdeling hiernaar ter zitting gevraagd had, had ik eenvoudigweg kunnen wijzen op de achterliggende vergunning van de kleigroeve die zelfs specifiek verplichtte tot de inzet van afvalstoffen in plaats van primaire grondstoffen. Na een zeer langdurige procedure, mede door het wachten op een uitspraak van het Europese Hof van Justitie in een relevante andere zaak, was dit natuurlijk frustrerend en ook vanuit milieuoogpunt onbevredigend. Een milieutechnisch waardevolle inzet van afvalstoffen kwam zodoende niet tot zijn recht.

In dit artikel heb ik de term non-circulaire rechtspraak geïntroduceerd, waarbij rechters niet in een cirkel redeneren en steeds op dezelfde uitgangspunten terugvallen, maar met oog voor de markt en innovaties openstaan voor een vernieuwende visie op

14 Gerechtshof Den Haag 15 april 2009, rolnummer 22-000637-08; Rb. Rotterdam 1 november 2013, parketnummer 10/994516-13 en Gerechtshof Den Haag 4 maart 2015, rolnummer 22-005221-13.

15 ABRvS 2 juli 2003, AB 2003, 357.

handelingen met stoffen en voorwerpen. Rechters beoordelen dan of de toepassing van het afvalstoffenrecht noodzakelijk is en stoffen of voorwerpen werkelijk in het stadium zijn beland waarop het afvalstoffenrecht van toepassing is en bedoeld is. Rechters moeten in de aan hen voorgelegde zaken allereerst toetsen of het milieu-belang dat aan het afvalstoffenrecht ten grondslag ligt daadwerkelijk in de voorgelegde casus aan de orde is, of sterker nog: wordt geschaad bij economische gedragingen buiten het afvalstoffenrecht om. Het is natuurlijk niet zo dat in alle rechtszaken deze ingewikkelde benadering aan de orde kan komen. In veel zaken is vrij eenvoudig te bepalen of sprake is van een afvalstof of niet dan wel of sprake is van nuttige toepassing of verwijdering. Echter, zo nu en dan dient zich een zaak aan waar deze vragen wel meer principieel dienen te worden benaderd. De uitkomst in die zaken zal veelal een verderstrekkende invloed hebben. Als rechters in de afweging tussen de (circulaire) economie en het milieu niet lichtvaardig het afvalstoffenrecht van toepassing verklaren, behouden marktpartijen meer economische vrijheid. Economische vrijheid werkt meer stimulerend voor de circulaire economie, omdat de werkwijze en investeringen van het bedrijfsleven dan niet onnodig worden belast met de administratieve verplichtingen van het afvalstoffenrecht.

6 Complicaties in rechtszaken over milieu en economie

Overigens zijn er diverse complicaties bij de rol die rechters kunnen vervullen, zoals het feit dat meer dan in het verleden rechtszaken op het gebied van het afvalstoffenrecht draaien om bestuurs- en strafrechtelijke handhaving. In handhavingszaken staan de verhoudingen tussen bedrijfsleven en overheid op scherp en die vervelende sfeer helpt bedrijven niet om bij rechters over het voetlicht te krijgen dat hun gedragingen vanuit milieuperspectief aanvaardbaar zijn. In het verleden werden veel rechtszaken gevoerd naar aanleiding van afgewezen vergunningaanvragen voor bijvoorbeeld export van afval. De discussie over het afvalstoffenrecht gaat dan over voorgenomen handelingen die nog niet hebben plaatsgevonden, terwijl in handhavingszaken per definitie handelingen al hebben plaatsgevonden met afkeuring van de overheid. De sfeer van wantrouwen bij handhavingszaken kan zeker van invloed zijn op de uitkomst.

Een andere complicatie is dat de bewijslast in toenemende mate bij het bedrijfsleven ligt. Vooral de bewijsregeling die recentelijk in de EVOA is opgenomen, is daarvan een goed voorbeeld. In artikel 50 EVOA is bijvoorbeeld bepaald dat de controlerende autoriteiten van natuurlijke personen of rechtspersonen die in het bezit zijn van stoffen of voorwerpen, of die de verplaatsing ervan regelen, bewijsstukken kunnen vragen over herkomst en bestemming van stoffen of voorwerpen en waaruit blijkt dat het niet om afvalstoffen gaat, met inbegrip waar nodig van bewijs van de functionaliteit. Op deze wijze vindt dus omkering van de bewijslast plaats. Het verstrekken van deze bewijsstukken wordt in de EVOA ook nog eens aan een termijn verbonden en als de termijn zonder bewijs verstrijkt, wordt de illegaliteit van de overbrenging aangenomen. Deze regeling is in mijn ogen een goed voorbeeld van het nog steeds heersende wantrouwen jegens het bedrijfsleven op het gebied van afval- en reststoffen.

Op de keper beschouwd heeft bovendien de ‘geschillenregeling’ van artikel 28 EVOA een negatief effect. In dit artikel is bepaald dat bij geschillen tussen betrokken overheden over de kwalificatie als afvalstof of niet-afvalstof, discussies over op welke lijst de afvalstoffen staan en of sprake is van verwijdering of nuttige toepassing, steeds het zwaarste regime geldt.

Weliswaar is in lid 4 van artikel 28 geregeld dat het recht van belanghebbenden om geschillen over deze kwesties langs gerechtelijke weg te regelen, onverlet wordt gelaten, maar in de praktijk is voor een gerechtelijk oordeel niet altijd gelegenheid omdat marktpartijen op korte termijn met elkaar zaken doen en bovendien de aanpak van overheden in landen van elkaar verschilt. Hierdoor kan de regeling in mijn ogen negatief uitwerken voor de circulaire economie omdat de voorlopige uitkomsten die bij deze ‘geschillenregeling’ in acht moeten worden genomen veelal inhouden dat partijen de zaak niet aan een rechter voorleggen, waardoor een fundamentele beoordeling uitblijft. Het belang van rechtszekerheid zou in de circulaire economie vooral gediend zijn met een welwillende opstelling van betrokken autoriteiten die overeenstemming bereiken met elkaar en niet in een conflictsituatie belanden.

Verhoudingsgewijs wordt er anno 2017 naar mijn beleving bij lange na niet zoveel over afvalstoffenrecht geprocedeerd als vijftien tot twintig jaar geleden. In die tijd ging het vaker om kennisgevingsprocedures waarbij aangevraagde exporten waren afgewezen door de overheid. Bedrijven kunnen dat soort weigeringsbeslissingen aan een rechter voorleggen zonder repercussies op handhavingsgebied. Immers, als de uitkomst positief is, kan export alsnog plaatsvinden en bij een negatieve uitkomst verandert er niets. Dat is anders in handhavingszaken. Feitelijk wordt er dan al getransporteerd en wordt er ingegrepen door de overheid. Dan gaat het vooral om risico’s met hoge dwangsommen en strafrechtelijke vervolging. Bedrijven kiezen tegen deze achtergrond bovendien steeds vaker eieren voor hun geld, mede omdat een handhavingszaak negatief kan doorwerken in bijvoorbeeld certificerings- en aanbestedingsprocedures. Dat zijn begrijpelijke keuzes vanuit ondernemersperspectief, maar zo blijven diverse juridische vraagstukken tegen de achtergrond van de circulaire economie helaas onderbelicht.

Bij het uitblijven van beroepsprocedures komt het steeds meer aan op voorlopige-voorzieningsprocedures in de fase dat bedrijven bij het bestuursorgaan zelf bezwaar kunnen maken tegen onwelgevallige besluiten van de overheid. Nadeel hiervan is dat rechters in enkelvoudige kamers zaken beoordelen, terwijl principiële vraagstukken veelal diepgaand onderzoek en beraad vereisen. Overigens kent de voorlopigevoorzieningsjurisprudentie veel voorbeelden van rechters die bestreden besluiten hangende de bodemprocedure schorsen, omdat de overheid niet kan bewijzen dat het milieu in de tussentijd wordt geschaad. Dergelijke uitspraken kunnen de circulaire economie wel degelijk van dienst zijn.

7 Slotopmerkingen

Ten slotte geldt dat de ontwikkeling van afvalstoffenrecht en het verkennen van de grenzen daarvan in de circulaire economie niet wordt geholpen door het gegeven dat in de praktijk een beperkt aantal advocaten en juristen als specialist actief is. In de rechtswetenschap blijkt het terrein eveneens te beperkt van omvang voor wetenschapsjuristen om zich blijvend op dit gebied toe te leggen. Ook hierdoor komt het voor de ontwikkeling van het afvalstoffenrecht en de afbakening hiervan in het licht van de circulaire economie vooral op de rechterlijke macht aan.

Als rechters niet ‘in een cirkel draaien’, zich dus ‘non-circulair’ opstellen, dan levert dit een stimulans aan de circulaire economie doordat burgers en bedrijven de kans krijgen met nieuwe inzichten en technische innovaties aan de belemmeringen van het afvalstoffenrecht te ontsnappen. Circulaire rechtspraak zou deze ontwikkeling onnodig afremmen omdat de economie dan blijft steken in de traditionele benadering van het afvalstoffenrecht, zonder een aanwijsbaar milieubelang.

4 **Het afvalstoffenbegrip in circulair perspectief: ervaringen uit de praktijk**

Naar meer vertrouwen en samenwerking tussen overheid en bedrijven

*Tom Houben en Aster Veldkamp**

1 Inleiding

Het streven om te komen tot een circulaire economie staat hoog op de politieke agenda, zowel in Europa¹ als in eigen land. In Nederland zijn beleidsprogramma's zoals VANG (Van Afval Naar Grondstof; 2014), de Visie Biomassa, het programma Ruimte in Regels en Greendeals belangrijke aanjagers van de transitie van een lineaire naar een circulaire economie.

Met het Rijksbrede programma Circulaire Economie: 'Nederland circulair in 2050' dat de staatssecretaris van I&M en de minister van EZ op 14 september 2016 naar de Tweede Kamer hebben gestuurd moet de transitie verder worden versneld. Voor deze versnelling neemt het kabinet het initiatief om samen met de maatschappelijke partners te komen tot een grondstoffenakkoord. Het grondstoffenakkoord zal vervolgens met de relevante bedrijven en maatschappelijke partijen per prioriteit² nader worden uitgewerkt in een transitieagenda, conform het advies van de SER.³

Het Rijksbrede programma zet de lijn van het programma Ruimte in regels voor groene groei voort om te komen tot wet- en regelgeving die de circulaire economie stimuleert in plaats van belemmert. Een van de expliciet benoemde acties in dat verband is het verduidelijken van de begrippen afvalstof, bijproduct en einde-afvalstatus om de bestaande (rechts)onzekerheid voor bedrijven en andere initiatiefnemers die in de markt van recycling en hergebruik opereren, weg te nemen.⁴

* De auteurs zijn werkzaam bij Royal HaskoningDHV als senior adviseur afval- en grondstoffenmanagement respectievelijk senior juridisch adviseur omgevingsrecht. Zij danken hun collega Steven Lemain, adviseur circulaire economie (industrie), voor zijn commentaar op de eindversie van dit artikel.

1 EU-actieprogramma Circulaire Economie, uitgebracht door Europese Commissie d.d. 2 december 2015.

2 Er zijn vijf prioriteiten benoemd: Biomassa en voedsel, Maakindustrie, Kunststoffen, Bouw en Consumptiegoederen.

3 Brief van de staatssecretaris van I&M en de minister van EZ bij het Rijksbrede programma Circulaire Economie: 'Nederland circulair in 2050', *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33, p. 1.

4 Voornoemde brief, p. 9

Op dit moment is de (rechts)onzekerheid over de afbakening van afvalstoffen ten opzichte van grondstoffen en producten echter nog steeds een feit, zoals ook de bijdragen van John Tieman en Ron Laan laten zien. Voor bedrijven heeft dit tot gevolg dat zij enerzijds de bewijslast hebben als houder van een stof of product om aan te tonen dat dit niet (langer) een afvalstof is en anderzijds dat zij zich geconfronteerd zien met een juridisch kader voor die beoordeling, dat niet of onvoldoende helder is. Deze spagaat tussen bewijslast en rechtszekerheid weerhoudt veel bedrijven ervan om initiatieven op het gebied van afvalpreventie en hergebruik te ontplooiën of verder voort te zetten, zoals ook blijkt uit twee recente publicaties.⁵

Ook de schrijvers van deze bijdrage constateren een gat tussen enerzijds ambiteus, Europees en nationaal beleid om de transitie naar een Circulaire Economie te versnellen en anderzijds een weerbarstige realiteit waarmee veel bedrijven in de uitvoeringspraktijk worden geconfronteerd wanneer zij een bijdrage aan deze transitie willen leveren. Beide auteurs hebben in hun werk bij Royal HaskoningDHV veelvuldig te maken met het vraagstuk ‘Afvalstof in de Circulaire Economie’. Dit soort werkzaamheden vindt veelal plaats in een (juridisch) adviserende rol voor bedrijven, bijvoorbeeld in het kader van een vergunningverleningsprocedure of een handhavingstraject, maar in toenemende mate ook in een meer ondersteunende en/of intermediaire rol voor en tussen bedrijven en overheden. In veel van de gevallen trekken de bedrijven ofwel aan het kortste eind of haken zij af, omdat de discussie over de (juridische) status van een bepaalde stof te complex, langdurend en/of de uitkomst daarvan te onzeker is.

Toch blijken bedrijven soms in staat om daar waar in de praktijk met het bestuur discussie ontstaat over de juridische status van een stof deze discussie ten gunste van het predicaat ‘grondstof’ te beslechten, zonder daarvoor naar de rechter te hoeven gaan.

Het doel van deze bijdrage is om, mede aan de hand van ervaringen uit een aantal (geanonimiseerde) cases te laten zien hoe de bewijsvoering door bedrijven in de praktijk gestalte kan krijgen en wat de rol van het bestuur daarbij is of idealiter zou moeten zijn.

Ingegaan wordt op de bewijslast van het bedrijf (de houder) en de manier waarop daaraan in de betrokken cases concreet invulling is gegeven. Ook wordt beschreven welke rol de bevoegde instanties (in het kader van vergunningverlening, toezicht of handhaving) hierbij hebben vervuld of kunnen vervullen. Het accent in de casus beschrijvingen ligt op het proces van totstandkoming van een gezamenlijk gedragen oordeel (afvalstof of niet) en de bepalende ingrediënten daarvoor en niet op de juridische onderbouwing daarvan. Dit laatste zal uiteindelijk vaak zijn beslag vinden in

5 Kafka Brigade i.s.m. ISDUURZAAM, Experimenteerruimte en barrières voor innovatie, Bureaucratische belemmeringen voor Groene Groei, in opdracht van Programma Ruimte in Regels van de ministeries van Infrastructuur en Milieu en van Economische Zaken, juli 2016 en Govert Buijze, ‘Afnemer wil rechtszekerheid’, *Vakblad Afval* 2016, nr. 8, p. 16-18.

de besluiten van het betrokken vergunningverlenende of toezichthoudende bevoegde gezag, al dan niet ondersteund met rechtsoordelen van de staatssecretaris van het ministerie van IenM.⁶

2 Bewijslast niet-afvalstof rust op de houder daarvan

Of in een concreet geval sprake is van een afvalstof of niet, hangt af van het antwoord op de juridische vraag of de houder van de betrokken stof⁷ zich daarvan ontdoet, wil ontdoen of moet ontdoen.⁸ Het begrip ‘zich ontdoen’ moet op grond van de Europese jurisprudentie in beginsel ruim worden uitgelegd.⁹ Op basis van de definitie van het begrip afvalstof kan immers elk materiaal een afvalstof zijn wanneer de houder zich daarvan ontdoet, wil of moet ontdoen. Het begrip ‘ruim’ betekent dat ook materialen die normaal gesproken geschikt zijn om verantwoord binnen de kringloop te gebruiken, toch een afvalstof kunnen zijn wanneer de houder besluit zich daarvan te ontdoen. Uit deze jurisprudentie volgt dat het gedrag en de intentie van de houder van bijzonder belang zijn bij de interpretatie van het begrip ‘zich ontdoen’, zoals ook blijkt uit navolgende standaardoverweging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State:

‘De kwalificatie als afvalstof hangt vooral af van het *gedrag van de houder* in relatie tot de betekenis van de woorden “zich ontdoen van”. Het gedrag van de houder is relevant, omdat daaruit kan worden afgeleid of de houder zich ontdoet, of voornemens is zich te ontdoen, van een stof als bedoeld in art. 3 van de KRA (afvalstof). Het Europese Hof heeft geoordeeld dat in dit verband bijzondere aandacht verdient dat het voorwerp of de stof in kwestie voor de houder ervan geen *nut* heeft of meer heeft, zodat dit voorwerp of deze stof een *last is waarvan hij zich wil ontdoen*. Als dat het geval is, bestaat er een *risico* dat de houder zich van het voorwerp of de stof in zijn bezit ontdoet op een manier *die nadelige gevolgen voor het milieu* kan hebben, bijvoorbeeld door het voorwerp of de stof onbeheerd achter te laten of ongecontroleerd te lozen of te verwijderen. Dergelijke voorwerpen of stoffen vallen onder het begrip afvalstof in de zin van de KRA.’¹⁰

Het Europese Hof heeft nadere invulling gegeven aan het begrip ‘zich ontdoen’. In navolging van deze jurisprudentie heeft de Europese wetgever in de Kaderrichtlijn afvalstoffen (KRA) twee beoordelingskaders opgenomen die bepalend zijn voor de

6 Zie de bijdrage van J.R.C. Tieman in deze bundel, paragraaf 3.7.

7 Voor het gemak wordt hierna alleen gesproken over stof, maar het kan ook gaan om voorwerpen.

8 Zie artikel 3 KRA en de implementatie daarvan in artikel 1.1 Wm.

9 HvJ 15 juni 2000, zaak C-418/97 (*Arco Chemie*), AB 2000, 311.

10 Zie standaardoverweging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) onder verwijzing naar de relevante Europese jurisprudentie, recentelijk in ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:192, AB 2016, 338, m.nt. J.R.C. Tieman en JM 2016, 31, m.nt. Van der Meulen.

afbakening van afvalstoffen ten opzichte van niet-afvalstoffen: artikel 5 (bijproducten uit productieprocessen)¹¹ en artikel 6 (grond)stoffen uit bewerkingsprocessen ter nuttige toepassing van afvalstoffen).^{12, 13} Voor andere situaties, zoals hergebruik van consumptieartikelen, zijn deze artikelen uit de KRA in beginsel niet van toepassing, hoewel het Europese Hof en de Afdeling bestuursrechtspraak het kader voor bijproducten wel naar analogie blijken toe te passen.¹⁴

Het Europese Hof van Justitie heeft in de zaak *Brady*¹⁵ overwogen dat het bij het bewijs dat sprake is van een niet-afvalstof gaat om het aantonen welke bedoeling de direct betrokkene heeft met het materiaal. Volgens het Hof kan in de regel alleen de houder van het materiaal (i.c. ging het om drijfmest als bijproduct) bewijzen dat het niet zijn voornemen is om zich te ontdoen van een bepaalde stof of product, maar om het mogelijk maken van hergebruik conform de voorwaarden voor bijproducten.¹⁶

Het Hof geeft in dit verband overigens aan dat de KRA zelf geen regels geeft voor de bewijslastverdeling en dat het daarom aan de nationale rechter is om daartoe de bepalingen van zijn eigen rechtsstelsel toe te passen. Voorwaarde is dat daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan het Unierecht en de uit de KRA voortvloeiende verplichtingen.¹⁷ Dit betekent enerzijds dat het afvalstoffenbegrip, zoals hiervoor bleek, in beginsel ruim moet worden uitgelegd. Anderzijds maakt het Hof in dit arrest ook duidelijk dat nationale bewijslastregels niet tot gevolg mogen hebben dat het voor de houder buitensporig moeilijk wordt om te bewijzen dat een materiaal dat voldoet

11 Om in aanmerking te komen voor het predicaat bijproduct (niet-afvalstof) moet worden voldaan aan vier voorwaarden (verkort weergegeven):

- a. gebruik van de stof is zeker;
- b. zonder voorafgaande verwerking anders dan bij normale productiepraktijken gangbaar is;
- c. de stof wordt geproduceerd als een integraal onderdeel van een productieproces; en
- d. gebruik is rechtmatig (voldoet aan alle voorschriften voor producten, milieu en gezondheidsbescherming voor het specifieke gebruik en leidt niet tot ongunstige effecten voor milieu of menselijke gezondheid).

12 Een afvalstof is na een behandeling ter nuttige toepassing geen afvalstof meer als voldaan is aan de volgende voorwaarden (verkort weergegeven):

- a. de stof wordt gebruikelijk toegepast voor specifieke doelen;
- b. er is een markt voor of vraag naar de stof;
- c. de stof voldoet aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen; en
- d. het gebruik van de stof heeft geen ongunstige effecten voor milieu of menselijke gezondheid.

13 In artikel 6 zoals door de Europese Commissie voorgesteld in de wijziging van de KRA in het Beleidspakket CE wordt voorwaarde a) versoepeld in die zin dat er geen sprake hoeft te zijn van een stof die wordt toegepast, maar kan worden toegepast voor specifieke doelen.

14 Zie bijdrage J.R.C. Tieman in deze bundel, paragraaf 2.2.4 en paragraaf 2.3.2.

15 HvJ 3 oktober 2013, zaak C-113/12 (*Brady*), *JM* 2013, 153, m.nt. Van der Meulen.

16 Zie *Brady*, overweging 64.

17 *Brady*, overwegingen 61 en 62.

aan de criteria voor bijproducten een niet-afvalstof is. De KRA brengt, zo stelt het Hof, ook de verplichting met zich mee ‘om de bepalingen van deze richtlijn niet toe te passen op stoffen die op grond van die criteria volgens de rechtspraak van het Hof moeten worden beschouwd als bijproducten waarop de richtlijn niet van toepassing is’.¹⁸ Met deze laatste conclusie legt het Hof dus ook een inspanningsverplichting bij de lidstaten (wetgever, rechter en bestuur).¹⁹ Het mag immers niet *buitensporig moeilijk* zijn voor de houder om het bewijs van niet-afvalstof te leveren.

In de Richtlijn afgedankte elektrische en elektronische apparatuur en de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen zijn specifieke verplichtingen opgenomen die van belang zijn voor de bewijsvoering door de houder.²⁰

Voor bedrijven die circulaire initiatieven willen ontplooiën, is het niet altijd op voorhand duidelijk of voldaan is aan de juridische kaders die de jurisprudentie en de KRA geven, niet in de laatste plaats omdat deze kaders zelf niet of onvoldoende helder zijn (zie bijdragen Ron Laan en John Tieman). Rechtszekerheid vooraf is echter van groot belang voor bedrijven en maakt het voor hen noodzakelijk om zelf actief het overleg te zoeken met het bestuur. Dus onafhankelijk van situaties waarin sprake is van toezicht- of handhavingsacties door de overheid al dan niet uitmondend in een procedure voor de rechter.

Ook in door bedrijven zelf geïnitieerd overleg ontstaat niet zelden discussie die het gevolg is van onduidelijkheden in het juridisch kader voor afvalstof/niet-afvalstof.

Zoals gezegd ligt de bewijslast in eerste instantie bij het bedrijf zelf. De ervaringen uit de praktijk zoals beschreven in de volgende paragraaf laten echter zien dat samenwerking met het bestuur (vergunningverlening, toezicht en handhaving), wederzijds vertrouwen en openheid noodzakelijke ingrediënten zijn voor een doeltreffende bewijsvoering en het verkrijgen van de status product, bijproduct of einde-afvalstof. Niet alleen wordt hiermee de bewijslast, uitgaande van een nog niet volledig uitgekristalliseerd juridisch kader voor niet-afvalstof, naar redelijkheid verdeeld, ook hoeven zaken dan niet onnodig voor de rechter te worden uitgevochten. Bedrijven en overheid leveren zodoende gezamenlijk een bijdrage aan het succesvol maken van circulaire oplossingen.

18 Brady, overweging 65.

19 De door de Europese Commissie voorgestelde wijziging van de aanhef van artikel 5 en 6 KRA lijkt hierop teruggevoerd te kunnen worden nu deze de lidstaten opdraagt om ervoor te zorgen dat wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor bijproduct of einde-afvalfase, niet (langer) als afvalstof worden beschouwd: ‘Member States shall ensure that a substance or object resulting from a production process the primary aim of which is not the production of that substance or object is considered not to be waste, but to be a by-product if the following conditions are met (...)’ respectievelijk ‘Member States shall ensure that waste which has undergone a recovery operation is considered to have ceased to be waste if it complies with the following conditions (...)’.

20 Zie uitgebreid J.R.C. Tieman in deze bundel, paragraaf 2.3.3 en 3.5.

3 Ervaringen uit de praktijk

In deze paragraaf wordt een drietal geanonimiseerde cases samengevat waarbij:

- een gang naar de rechter (mede) is voorkomen door het kiezen van een niet alleen op het afvalstoffenrecht gebaseerde invalshoek, en voor een houding gebaseerd op vertrouwen, openheid en samenwerking tussen overheid en bedrijven;
- de beoogde duurzame en/of circulaire toepassing kan worden voortgezet of gerealiseerd zonder aanvullende toepassing van het afvalstoffenrecht.

Casus 1 Complementaire toepassing van het stoffenrecht

In deze casus ging het om een stof die een bedrijf, als mengsel van verschillende afvalstoffen, als product in de internationale markt wilde afzetten. In geding was de vraag of het vermeende product de einde-afvalfasestatus kon worden toegekend en het vervolgens zonder toepasselijkheid van het (inter)nationale afvalstoffenregime als product in de handel kon worden gebracht.

Bij het beantwoorden van deze vraag is niet louter en alleen getoetst aan de KRA en de daarin opgenomen definities en einde-afvalfasevoorwaarden (artikel 6 KRA), maar ook is daarbij het doel en de inhoud van Europese regelgeving voor de productie van en handel in chemische stoffen REACH betrokken. Meer specifiek is hierbij gebruikgemaakt van het ‘Richt snoer voor afval en teruggewonnen stoffen’ die het Europees Agentschap voor chemische stoffen (ECHA) in 2010 heeft uitgegeven.²¹ Laatstgenoemd document beschrijft onder welke voorwaarden rechtspersonen die stoffen uit afval terugwinnen, gebruik kunnen maken van de in artikel 2 lid 7 onder d REACH vermelde vrijstelling (van registratie- en informatieverplichtingen).

Door middel van productsamenstellingsanalyses en toetsing aan het genoemde Richt snoer kon worden aangetoond dat de stoffen waaruit het product (na bewerking en opwerking) was samengesteld al REACH geregistreerd waren, onder REACH vielen en voldeden aan de stof- en producteisen voor de specifieke toepassing. Omdat op basis van de samenstellingsanalyses kon worden aangetoond dat betreffende stoffen niet als gevaarlijk worden geclassificeerd, volgen uit de CLP geen eisen aan de etikettering.

Deze casus is om meerdere redenen interessant, maar vooral omdat is gekozen voor een aanvullende bewijsvoering via de stoffenregelgeving REACH. Daarbij is geconcludeerd dat met het voldoen aan andere regelgeving dan de afvalstoffenregelgeving, in dit geval REACH, de bescherming van de menselijke gezondheid en het milieu voldoende geborgd is en er geen rechtvaardiging (meer) bestaat om het afvalstoffenregime toe te passen.²² Door te voldoen aan REACH is in dit geval voldaan aan

21 Richt snoer voor afval en teruggewonnen stoffen, Referentie: ECHA-10-G-07-NL, Publicatiedatum: 05/2010.

22 Zie in deze zin R.J.A. Donner in deze bundel, paragraaf 3.

voorwaarden *c* en *d* van artikel 6 KRA ('rechtmatig gebruik'). Er stond overigens ook vast dat er een markt was voor het product en dat dit geschikt was voor het beoogde gebruik (voorwaarden *a* en *b* van artikel 6).²³ Het gebruik van de stof was dus voldoende zeker waardoor er geen risico bestaat dat de houder zich daarvan ontdoet. Daarmee was in dit geval aan alle criteria van artikel 6 KRA voor einde-afval voldaan en was dit geen afvalstof meer maar een grondstof.

Deze casus is naar ons idee breder toepasbaar. Ter toelichting het volgende.

Circulaire economie

De circulaire economie wordt in algemene zin omschreven als een 'kringloop-economie' waarin:

- alle gebruikte stoffen en materialen nuttig worden ingezet in een nieuw product met zo min mogelijk kwaliteitsverlies en behoud van waarde;
- grondstoffen zo lang mogelijk worden (her)gebruikt en op een zo hoogwaardig mogelijke manier worden ingezet ('cascadering').

KRA

Voor afvalstoffen bestaat de KRA met daarin:

- als centrale doelstellingen 'bescherming van milieu en volksgezondheid' en 'efficiënt grondstoffengebruik';
- als criterium voor bijproducten en einde-afval 'rechtmatigheid' van gebruik, dat wil zeggen de stof of het voorwerp voldoet aan alle (technische) voorschriften, wetgeving en normen inzake producten, milieu en gezondheidsbescherming voor het specifieke gebruik.

REACH

Voor stoffen en producten bestaat aparte wet- en regelgeving, waaronder REACH. Het doel van het REACH-systeem is het beheersen van de risico's van chemische stoffen, zoals de risico's op giframpen, brand en explosies, gezondheidsschade bij werknemers en consumenten, en schade aan het milieu. REACH is niet van toepassing op afvalstoffen, maar alleen op de (productlevenscyclus)fase daarvóór (als product of materiaal) en daarna (als secundaire grondstof of materiaal). Zodra afvalstoffen de einde-afvalfasestatus hebben bereikt, worden betreffende materialen als product beschouwd en is REACH (weer) van toepassing.

REACH streeft dus een met de KRA vergelijkbare gezondheids- en milieudoelstelling na.

Het is juist tegen de achtergrond van de Circulaire Economie en de overeenkomstige doelstellingen van de stoffen- en afvalstoffenwetgeving dat meerdere partijen en instanties, waaronder de commissie-Corbey in recente adviezen aan de Tweede Kamer, pleiten voor complementaire toepassing of harmonisering van de bestaande

23 Zie voor nadere uitleg over deze voorwaarden: J.R.C. Tieman in deze bundel, paragraaf 2.3.

stoffen- en productenwetgeving bij het bepalen van de juridische status van (afval) stoffen, niet alleen voor materialen (bijv. biomassa) uit productieprocessen (bij-product), maar ook afkomstig van nuttige toepassingshandelingen (einde-afvalfase).²⁴

Casus 2 Creëren van vertrouwen door middel van onafhankelijk advies

De tweede casus handelt over een meningsverschil tussen een bedrijf enerzijds en de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) en een Omgevingsdienst anderzijds over de vraag of de bewuste stof wel of niet onder de uitzonderingsbepalingen van artikel 2 KRA (artikel 10.1a Wm) valt en of het, tevens en daarnaast, van toepassing verklaren van het afvalstoffenregime dan nog noodzakelijk of wenselijk is.

Dit was weliswaar geen gemakkelijk en snel, maar uiteindelijk wel een succesvol traject in de zin dat partijen aanvankelijk en ondanks uitwisseling van schriftelijke en mondelinge argumenten van standpunt bleven verschillen maar vervolgens, na het opstarten van een handavingsdialoog uitmondend in een onafhankelijk advies, de mening deelden dat:

- de stof voor de specifieke (nuttige) toepassing volledig en afdoende onder andere communautaire wetgeving viel; en
- aanvullende toepassing van het afvalstoffenregime geen nut en meerwaarde had, omdat er geen afvalgerelateerde risico's resteerden.

Bij de handavingsdialoog en het advies zijn betrokken de landelijke expertgroep Afval-Geen afval, vertegenwoordigers van de landelijke werkgroep Afvalbeheer, het ministerie van IenM, Rijkswaterstaat/Leefomgeving en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA).

Ook deze casus is om diverse redenen interessant, maar vooral omdat:

- ondanks de meningsverschillen naar elkaars argumenten is geluisterd en die argumenten ook zijn meegenomen in de handavingsdialoog en het onafhankelijke advies;
- dit complexe vraagstuk in overleg en in alle openheid is afgerond;
- niet is gekozen voor het uitvoeren van de Webtoets 'Afval of Grondstof?' en/of het opvragen van een rechtsoordeel (zie paragraaf 3.2); maar (in plaats daarvan)
- het meningsverschil is beslecht, ook al heeft het advies op zichzelf geen juridische status, door het opvragen van een onafhankelijk en breed (landelijk) gedragen

24 Dit is ook in lijn met jurisprudentie van het Europese Hof, waarin het Hof expliciet heeft bepaald dat 'niets eraan in de weg (staat) dat bij de beoordeling of aan deze voorwaarde (artikel 6, onder d, KRA) is voldaan, rekening wordt gehouden met het feit dat een gevaarlijke afvalstof niet langer als een afvalstof wordt aangemerkt omdat zij nuttig wordt toegepast door middel van een overeenkomstig bijlage XVII bij de REACH-verordening toegestaan gebruik, en met de omstandigheid dat de houder ervan dus niet meer verplicht is om zich ervan te ontdoen.' Zie HvJ 7 maart 2013, zaak C-358/11 (*Finse telefoonpalen*), AB 2013, 247.

advies waarbij meerdere belanghebbenden en ter zake deskundige instanties en personen op landelijk niveau zijn betrokken.

Meer inhoudelijk is in deze casus nogmaals naar voren gekomen dat de volgende overwegingen een primaire rol (moeten) spelen bij de beantwoording van het vraagstuk afvalstof of niet:

- het gedrag en de intentie van de houder: heeft de stof een dusdanig nut en toegevoegde waarde voor de houder en de afnemer dat geen sprake is van een last waarvan de houder zich moet, wil of gaat ontdoen;
- de tweeledige doelstelling van de KRA, namelijk bescherming van milieu en volksgezondheid en efficiënt grondstoffengebruik: als geen afvalgerelateerde risico's resteren en primaire grondstoffen worden gespaard dan is toekenning van een afvalstofstatus niet (meer) nodig.

Casus 3 Nieuw businessmodel – contractuele borging van circulaire businessmodellen?

De derde casus betreft een geval waarbij een bestaand lineair businessmodel wordt gewijzigd in een circulair businessmodel:

- het bestaande businessmodel betreft een product(leverings)overeenkomst, waarbij een gebruiker een bepaalde chemische stof koopt en gebruikt, en vervuild als afvalstof weer aan een derde partij afvoert;
- het nieuw te implementeren businessmodel betreft een dienstverleningsovereenkomst op basis van een 'chemical leasing' concept tussen twee partijen. Daarin wordt een bepaalde chemische stof geleased in plaats van gekocht. De schone stof wordt geleverd en gebruikt, de verontreinigde stof wordt teruggeleverd en gezuiverd, waarna de gezuiverde, schone stof weer aan gebruiker wordt geleverd, enzovoort.

Deze casus heeft een sterke analogie met het zogenoemde 'Poetsdoekenarrest'²⁵ uit 2006 waarin de Afdeling oordeelde dat verontreinigde poetsdoeken die worden vervangen door schone poetsdoeken niet als afvalstoffen zijn aan te merken, omdat in dat (specifieke) geval geen sprake is van het zich ontdoen. Toch blijkt deze casus en het traject geen sinecure, want ondanks constructief, open en breed overleg tussen verschillende lokale en nationale partijen is de kogel nog niet door de kerk.

Hoewel aan alle procesmatige voorwaarden (overleg en afstemming) en inhoudelijke criteria (casus past binnen regelgeving en jurisprudentie) lijkt te zijn voldaan, blijken met name de lokale vergunningverlenende en handhavingsinstanties nog onvoldoende vertrouwen en zekerheid te hebben verkregen. Dit is een vorm van risicomijdend gedrag dat in het recent gepubliceerde artikel 'Afnemer wil rechtszekerheid' ook wordt geconstateerd en beschreven.

25 ABRvS 1 februari 2006, nr. 200502491/1, ECLI:NL:RVS:2006:AV0916.

Een oplossing die hiervoor geboden kan worden (en ook is besproken) is om, al dan niet tijdelijk, volledige inzage te geven in de exacte samenstelling, toepassing en bestemming van de chemische stoffen binnen het nieuwe businessmodel. Daarmee houden de betrokken instanties zicht en grip op de stofstromen en zijn de betrokken (twee) bedrijven verlost van de administratieve en financiële lasten die gepaard gaan met het handelen met afvalstoffen. Welke oplossing dan ook gevonden moge worden, het zal ook in dit geval mogelijk blijken te zijn om een gezamenlijke, voor alle partijen acceptabele oplossing te vinden die recht doet aan het streven naar efficiënt grondstoffengebruik.

Op grond van voorgaande beschrijving van de drie cases identificeren wij de volgende ‘lessons learned’:

- In het merendeel van de gevallen waarbij wij betrokken zijn of zijn geweest, trekken de bedrijven aan het kortste eind of zetten zij niet door, omdat de discussie over de (juridische) status van een bepaalde stof te complex, langdurend en/of de uitkomst daarvan te onzeker is. Daarbij herkennen wij bij tijd en wijle de kafkaïaanse en weinig coöperatieve houding van met name ILT en omgevingsdiensten, zoals in meerdere recente publicaties beschreven. En ook delen wij de mening dat verschillende overheidsinstanties en -lagen meer consistent en duidelijk moeten optreden. Niet alleen uit het oogpunt van betrouwbaarheid van de overheid en rechtszekerheid voor bedrijven, maar ook omdat wij situaties van rechtsongelijkheid tegenkomen, waarin een en hetzelfde bedrijf met exact dezelfde stof en handeling daarmee bij verschillende vestigingen in Nederland wordt geconfronteerd met afwijkende juridische statusbeoordelingen (afvalstof of grondstof) door omgevingsdiensten en/of handhavingsinstanties.
- Ondanks dat alles zien wij ook dat het mogelijk is om met het kiezen van een andere invalshoek, gebaseerd op meer vertrouwen, openheid en samenwerking, tot oplossingen te komen die zowel binnen de formeel-juridische kaders passen als recht doen aan de overeenkomstige kenmerken en doelstellingen van de Circulaire Economie, de stoffen- en afvalstoffenwetgeving.
- Juist vanwege de complexiteit van de afvalstoffenregelgeving en de veelheid aan afvaljurisprudentie kunnen en moeten ‘afvalstof of grondstof’-discussies niet alleen worden beslecht met inhoudelijk-juridische argumenten, maar veeleer door een proces van meer vertrouwen (gestaafd met contractuele borging), volledige transparantie (gestaafd met inzicht in stofstromen) en samenwerking (gestaafd met een handavingsdialoog). Zowel bedrijfsleven als overheid is gebaat bij oplossingen die recht doen aan de ambities en doelstellingen van het (Europese) beleid op het gebied van afvalstoffen en de Circulaire Economie. Deze gedeelde verantwoordelijkheid is ons inziens alleen haalbaar door middel van een proces van constructief overleg.

4 Conclusies

Refererend aan de inleiding van deze bundel is deze themagroep gewijd aan de rolverdeling van wetgever, bestuur en rechter bij de verdere ontwikkeling van het afvalstoffenrecht.

In het kader van deze themagroep gaat Ron Laan in zijn bijdrage vooral in op de rol van de rechter en ontwikkelingen binnen de rechtspraak, waarbij hij pleit voor:

- non-circulaire en stimulerende rechtspraak die optimaal gebruikmaakt van de speelruimte die de wettelijke bepalingen van het afvalstoffenrecht bieden;
- rechters die meer in de geest van de wet oordelen en in hun afwegingen niet alleen de tweeledige doelstelling van de KRA (bescherming milieu en volksgezondheid en grondstoffenefficiëntie), maar ook stof- en producteisen en normen doorslaggevend laten zijn.

John Tieman focust in zijn bijdrage aan deze themagroep op de rol van de wetgever en bepleit daarin samengevat dat:

- wetgever en bestuur duidelijker zouden moeten aangeven op welke wijze afvalstoffen onderscheiden moeten worden van ‘gewone’ grondstoffen en producten;
- een ruime interpretatie van het afvalbegrip naast rechtsonzekerheid ook kansen biedt voor wetgever en rechter om complementair en door middel van juridische ‘een-tweetjes’ tot nadere invulling van de KRA-definities, -voorwaarden en -criteria te komen;
- bij dat onderscheid en vooral bij de uitleg van ‘zich ontdoen’ een nadrukkelijker koppeling met de beide hoofddoelstellingen van de KRA gelegd moet worden, waarbij het circulaire perspectief (grondstoffenefficiëntie) zou moeten prevaleren boven het lineaire perspectief (milieubescherming);
- het begrip ‘houder’ een nadere toelichting in de KRA verdient of geschrapt zou kunnen worden omdat dit een complicerende factor is die in het kader van de circulaire economie (met andere businessmodellen die niet meer uitgaan van eigenaarschap maar van gebruik) tot onduidelijkheid kan leiden.

In onze bijdrage herkennen en erkennen wij bovenstaande boodschappen. Wat wij daaraan zouden willen toevoegen, zijn de volgende overwegingen en praktijkervaringen vanuit het perspectief van de wisselwerking tussen bedrijven en de voor hen meest relevante bestuursinstanties, te weten vergunningverleners en handhavers:

- de transitie naar een Circulaire Economie is een gedeelde verantwoordelijkheid en kan alleen succesvol zijn als overheid en bedrijfsleven in wederzijds en onderling vertrouwen samenwerken aan een voor alle partijen acceptabele en werkbare interpretatie en toepassing van de wet- en regelgeving;
- vanuit de notie dat (afval)wetgeving niet snel verandert en rechterlijke uitspraken in afvalzaken specifiek en ongewis zijn, ligt praten, informeren en overtuigen op lokaal of regionaal niveau het meest voor de hand. Door een open dialoog te starten waarbij (juridische) argumenten en (inhoudelijke) bewijzen worden uitgewisseld, valt in beginsel meer te bereiken dan bij de pakken neer te gaan zitten of een gang naar de rechter te maken;

- beperk de juridische context niet alleen tot het afvalstoffenrecht maar verbreed het gezichtsveld nadrukkelijk ook tot het stoffen- en productenrecht. Aan verbreding en mogelijk zelfs harmonisering van de wettelijke regimes voor stoffen (REACH), producten (CE) en afvalstoffen (KRA) wordt vooralsnog in nagenoeg geen enkele zaak aandacht besteed;
- een ruim afvalbegrip biedt ook kansen om onderling tussen bedrijf, vergunningverlener en/of handhaver tot een oplossing te komen. En mocht dat niet of niet naar ieders tevredenheid lukken, dan kan via het bevoegde gezag ook een handavingsdialoog worden opgestart en om een onafhankelijk advies worden gevraagd, zonder dat een webtoets, rechtsoordeel of rechtsgang hoeft te worden doorlopen. Ook kan een zaak door brancheorganisaties aan de orde worden gesteld op nationaal of EU-bestuursniveau;
- mocht geen van de hiervoor genoemde mogelijkheden voldoende (snel) soelaas bieden en een meer radicale transitie nodig zijn, dan zien wij de volgende, nader uit te werken alternatieve of ondersteunende oplossingen:
 - *bewijslast radicaal omdraaien* (van bedrijf naar overheid); hiervoor zal, gelet op de Europese jurisprudentie, het nationale wettelijk bewijsstelsel moeten worden aangepast;
 - stoffen die een handeling van nuttige toepassing ondergaan, zijn in beginsel *geen afvalstof, tenzij ...*;
 - *multicriteria analyse (MCA)* waarbij meer gewicht wordt toegekend aan de tweede doelstelling van de KRA, namelijk efficiënt grondstoffengebruik;
 - gebruikmaken van *CE gerelateerde innovatieprojecten* zoals ‘Ruimte in regels voor groene groei’, de daaronder vallende ‘Proeftuinen’ en/of de Innovation Deals for a Circular Economy (<www.innovation-deals.eu>).

DEEL II
**Verhouding tussen afvalstoffenrecht en product- en
stoffenrecht**

5 Mest als grondstof en als afvalstof

*Andrea Keessen**

‘Between the weak and the powerful,
it is the market which enslaves
and the law which liberates.’

Ludwig Krämer, vrij naar Lacordaire

1 Inleiding

Mest is een waardevolle grondstof in de landbouw omdat het voedingsstoffen levert voor gewassen. In een systeem met een gesloten kringloop zorgt het vee voor de bemesting van gewassen die vervolgens (deels) weer door het vee worden gegeten (en door de mens) waardoor het vee weer mest produceert enzovoort. Deze kringloop is verstoord geraakt door het gebruik van kunstmest en doordat vee gevoerd wordt met veevoer uit het (verre) buitenland. De verstoring van de kringloop heeft in Europa geleid tot het ontstaan van een enorme mesthoop.¹ Een van de gebieden met zo’n mesthoop is Noord-Brabant. Volgens geïnterviewde experts werkzaam bij de provincie Noord-Brabant en Noord-Brabantse waterschappen is meer dan de helft van de mest in Brabant niet plaatsbaar. Gevolgen daarvan zijn mestfraude en overbemesting door het illegaal storten en op de bodem brengen van mest in binnen- en buitenland.²

* Dr. A.M. Keessen is werkzaam als universitair docent bij de Universiteit Utrecht. Hierbij wil ik Roelof Jan Donner, Aster Veldkamp, Chris Backes, Anna Gerbrandy, Jochem Spaans en Bernd van der Meulen bedanken voor hun hulp bij het onderzoek naar de afvalstatus van mest en het sluiten van de kringloop en voor hun kritische commentaar op eerdere versies van dit artikel. Uiteraard blijven omissies en fouten voor mijn rekening en reflecteert dit artikel mijn interpretatie van het huidige recht. Verder wil ik de Argumentenfabriek bedanken voor het beschikbaar stellen van hun argumentenkaart, Bavo Idsert, directeur van Bionext, voor het beantwoorden van mijn vragen, en Maria Broekhuis, bestuurslid van Biohuis, voor het interview en het becommentariëren van een eerdere versie van dit artikel. De behoefte nader onderzoek te doen naar de mestproblematiek is ontstaan tijdens het onderzoek dat ik met Marleen van Rijswijk, Annelies Freriks, Daan Korsse en Kees Bastmeijer heb verricht voor de provincie Noord-Brabant en de Noord-Brabantse Waterschappen (‘Zover het eigen instrumentarium reikt’, Universiteit Utrecht/ Universiteit Tilburg 2016, o.a. beschikbaar via: <www.uu.nl/sites/default/files/eindrapport_krw_noord-brabant-final.pdf>).

1 EU-project: ‘*Resource efficiency in practice: closing mineral cycles*’; meer informatie beschikbaar via: <<http://mineral-cycles.eu>>.

2 <www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/01/30/kamerbrief-aan-pak-fraude-met-mestregelgeving; <https://www.politie.nl/nieuws/2016/november/15/09-onderzoek-naar-mogelijke-fraude-met-mest.html>>.

Dit artikel neemt de aanpak van het mestoverschot als vertrekpunt om tot een oplossing te komen waarbij het mestaanbod in evenwicht komt met de vraag naar mest, waarbij echter de kanttekening moet worden gemaakt dat een holistische benadering noodzakelijk is om tot een duurzame oplossing te kunnen komen die ook diervriendelijk is en maatschappelijk geaccepteerd. De invulling van deze begrippen loopt uiteen.³ Het gemeenschappelijk landbouwbeleid heeft intensivering gestimuleerd en daarmee voedselzekerheid en goedkoop voedsel gebracht, maar ook geleid tot een ecologische en sociaal-economische crisis. Niet alleen overbemesting maar ook pesticidegebruik bedreigt de waterkwaliteit in Nederland en in vele andere delen van Europa.⁴ En dat is niet het enige probleem. In gebieden met intensieve veeteelt wordt de luchtkwaliteit en daarmee ook de volksgezondheid bedreigd door stank en fijnstof. Regelmatig zijn er uitbraken van dierziektes, waarbij grote aantallen dieren worden geruimd en ook mensen ziek kunnen worden.⁵ En als gevolg van agrarische emissies en intensieve landbouwpraktijken is er sprake van een drastische vermindering van de biodiversiteit.⁶ Tot slot levert veeteelt een aanzienlijke bijdrage aan klimaatverandering.⁷

Veel boeren staan voor de keuze om te stoppen, om te schakelen op biologisch of verder op te schalen. Verdere intensivering van de landbouw stuit op maatschappelijke en lokale weerstand, die zich in het bijzonder richt tegen megastallen, grootschalige mestverwerking en het gebrek aan dierenwelzijn in de intensieve veehouderij.⁸ Tegelijkertijd is slechts een deel van de burgers daadwerkelijk bereid om fors meer te betalen voor duurzamer geproduceerde agrarische producten, zoals blijkt uit het bescheiden, zij het groeiende, marktaandeel van biologische producten van 4,3 in 2015.⁹ De biologische productie in Nederland blijft vooralsnog achter. In Nederland werken ongeveer 1400 boerenbedrijven biologisch en die zijn gezamenlijk goed voor

- 3 Zie bijv. commissie-Van Doorn, *Al het vlees duurzaam: de doorbraak naar een gezonde, veilige en gewaardeerde veehouderij in 2020*, rapport 2011, beschikbaar via: <www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2011/11/23/al-het-vlees-duurzaam-de-doorbraak-naar-een-gezonde-veilige-en-gewaardeerde-veehouderij-in-2020>; WRR, *Naar een voedselbeleid*, 2014, <www.wrr.nl>, in het bijzonder p. 97 en 98.
- 4 Planbureau voor de leefomgeving, *Waterkwaliteit nu en in de toekomst: Eindrapport ex ante evaluatie van de Nederlandse plannen voor de Kaderrichtlijn water*, 2016; (Kaderrichtlijn water, COM(2015)120).
- 5 K. Maassen, L. Smit, I. Wouters, E. van Duijkeren, I. Jansen, T. Hagenaars, J. IJzermans, W. van der Hoek en D. Heederik, *Veehouderij en gezondheid omwonenden*, RIVM-rapport 2016/0058.
- 6 Zie bijv. Frank Berendse en Flavia Geiger, 'Pesticiden en biodiversiteit in het Europese landbouwgebied', *Entomologische berichten* 2013, 73 (4).
- 7 FAO, *Tackling climate change through livestock: A global assessment of emissions and mitigation opportunities*, Rome 2013. Beschikbaar via <www.fao.org/publications>.
- 8 <<https://actie.wakkerdier.nl/megastallen?gclid=COuW19WE59ACFUUcGwodY-LENxQ>>; <<http://demonitor.ncrv.nl/lokaal-bestuur/weerstand-tegen-megastallen-in-het-hele-land-toeristen-rijden-kokhalzend-langs>>.
- 9 Zie bijv. <<https://bionext.nl/feiten-cijfers>>.

slechts 2,6% van het landbouwareaal.¹⁰ Zij laten echter wel zien dat het sluiten van de kringloop in een door waarden gedreven benadering van landbouw mogelijk is.¹¹ De mesthoop kan worden aangepakt door op regionaal niveau de kringloop weer te sluiten met een ‘ruil’ tussen veehouders en akkerbouwers. De veehouders krijgen veevoer (en kopen niet de goedkopere soja uit Latijns-Amerika), de akkerbouwers krijgen mest (en kopen geen kunstmest). Deze ogenschijnlijk simpele circulaire oplossing is bewezen effectief in de biologische sector. Juridisch is het dichtgetimmerd, omdat de mest altijd op een biologische bedrijf moet worden toegepast als mest, niet als iets anders. Invoering van dit systeem in de gangbare landbouw heeft uiteraard de nodige haken en ogen.¹²

Dit artikel is gericht op de juridische aspecten van een transitie naar grondgebonden landbouw op regionale schaal.¹³ Het is primair gericht op de Nederlandse en Europese situatie waarin mest zowel grondstof is als afvalstof. Dit is echter geen exclusief Nederlands probleem. In vele andere EU-landen is het mestoverschot ook een probleem.¹⁴ Toch zien juristen mest eerst en vooral als een dierlijk bijproduct. Daarom wordt eerst toegelicht dat het mestoverschot er niet alleen feitelijk, maar ook juridisch voor heeft gezorgd dat mest naast grondstof een afvalstof is geworden.¹⁵ Daarna wordt ingegaan op de mogelijkheden om via een circulaire aanpak het mestoverschot en daarmee de afvalstatus van mest kwijt te raken.

Het vertrekpunt voor een circulaire aanpak is de argumentenkaart voer-mest-kringloop, die is ontwikkeld door de Argumentenfabriek in opdracht van het ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit in 2010. Deze argumentenkaart wordt in dit artikel gebruikt als inspiratiebron en naar eigen inzicht aangevuld op basis van argumenten uit de literatuur en interviews. De focus van dit artikel ligt op maatregelen die gericht zijn op het sluiten van de kringloop op regionaal niveau. Europese inbedding van een circulaire aanpak is noodzakelijk om een regionale oplossing op grensoverschrijdende wijze te laten opereren en vanwege de interne markt, het

10 *Compendium voor de leefomgeving 2014*. Beschikbaar via: <www.clo.nl/indicatoren/nl0011-biologische-landbouw>; Centraal Bureau voor de Statistiek, *Landbouw, biologisch en/of in omschakeling, gewassen, dieren, nationaal*, <<http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=81517NED&D1=a&D2=a&D3=a&HD=150521-1134&HDR=G2,G1&STB=T>>; laatst gewijzigd op 16 september 2016. Zie <www.bionext.nl> voor de recentste cijfers.

11 Vlg. het pleidooi van Jan Douwe van der Ploeg voor kleinschalige landbouw in zijn afscheidsrede op 26 januari 2017 te Wageningen, gepubliceerd op <www.foodlog.nl>.

12 En dan negeren we voor het gemak dat de kringloop niet helemaal wordt gesloten vanwege export buiten de regio en de afvoer van menselijke mest. Bij dat laatste wordt overigens ook gestreefd naar terugwinning van grondstoffen in een circulaire aanpak.

13 Zie voor een meer literair perspectief: <<http://retro.nrc.nl/W2/Lab/Profiel/Vlees/koe.html>>.

14 EU-project ‘*Resource efficiency in practice: closing mineral cycles*’; meer informatie beschikbaar via: <<http://mineral-cycles.eu>>.

15 In de paragraaf over de afvalstatus van mest wordt voortgebouwd op eigen werk uit Freriks e.a. 2016.

Europese recht en het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Dit artikel behandelt niet alle juridische aspecten van een dergelijke transitie naar een circulaire aanpak. In het artikel van Gerbrandy in deze bundel zal worden ingegaan op de mededingingsrechtelijke aspecten.

2 De afvalstatus van mest

‘Een grondstof die in de anonimiteit terecht komt, wordt afval.’

*Thomas Rau*¹⁶

Juridisch gezien is een afvalstof ‘elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen’. Dit is namelijk de definitie die in de Afvalstoffenrichtlijn 2008/98/EG (hierna: KRA) wordt gegeven aan afval. De KRA is echter niet zonder meer van toepassing op mest. Mest valt namelijk zowel in de categorie uitwerpselen als in de categorie dierlijke bijproducten. Dat zijn materialen, afkomstig van dieren, die niet bestemd zijn voor humane consumptie. Dierlijke bijproducten worden gereguleerd door de Verordening dierlijke bijproducten ter bescherming van de volksgezondheid en de diergezondheid. Deze verordening bevat regels ten aanzien van gebruik en verwijdering (door composteren en verbranden) van mest, traceerbaarheid en (grensoverschrijdend) vervoer.

De relevantie van het afvalstoffenrecht voor mest is gelegen in het feit dat milieubescherming geen doel is van de Verordening dierlijke bijproducten. De verordening bevat enkel regels die gericht zijn op bescherming van de volksgezondheid en de diergezondheid en is niet gericht op bescherming van het milieu. Daar waar risico's ontstaan voor het milieu, zijn extra regels gerechtvaardigd. Dat blijkt ook uit het Europese recht. De KRA is in principe niet van toepassing op mest (en andere dierlijke bijproducten), *tenzij het bestemd is om te worden verbrand of gestort of voor gebruik in een biogas- of composteerinstallatie*.¹⁷ De kwalificatie van mest als dierlijk bijproduct geldt dus alleen voor mest die wordt gebruikt als meststof en kan niet verhinderen dat mest die is bestemd om te worden verbrand of gestort of gebruikt zal worden in een biogas- of composteerinstallatie kan worden aangemerkt als afvalstof.¹⁸

Om in te schatten of mest die van het erf wordt afgevoerd als afval kan worden gekwalificeerd en daarom extra regulering behoeft ter bescherming van het milieu, werkt een nadere analyse van het verschil tussen (dierlijk) bijproduct en afvalstof

16 <www.youtube.com/watch?v=LZywgxM82Eg>.

17 Dit blijkt – zij het iets minder duidelijk – ook uit artikel 10.1 en 10.1a sub h Wm waarin dierlijke bijproducten zijn uitgezonderd van toepassing van hoofdstuk 10, behalve die welke bestemd zijn om te worden verbrand of gestort of voor gebruik in een biogas- of composteerinstallatie.

18 A-G Machiels hanteert dezelfde interpretatie in zijn Conclusie, onder 5.5, bij HR 19 april 2016, *JM* 2016/78, m.nt. T. Van der Meulen.

verhelderend. Mest is immers een bijproduct van de veehouderij. In artikel 5 lid 1 KRA, dat voortbouwt op de jurisprudentie van het Hof van Justitie over het onderscheid tussen afvalstoffen en bijproducten, staat dat een bijproduct een stof is die (of een voorwerp dat) het resultaat is van een productieproces dat niet in de eerste plaats bedoeld is voor de productie van die stof of dat voorwerp.¹⁹

Een stof kan alleen als een bijproduct en niet als een afvalstof in de zin van artikel 3 punt 1 KRA, worden aangemerkt, indien wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. het is zeker dat de stof of het voorwerp zal worden gebruikt;
- b. de stof of het voorwerp kan onmiddellijk worden gebruikt zonder verdere andere behandeling dan die welke bij de normale productie gangbaar is;
- c. de stof of het voorwerp wordt geproduceerd als een integraal onderdeel van een productieproces;
- d. en verder gebruik is rechtmatig, met andere woorden de stof of het voorwerp voldoet aan alle voorschriften inzake producten, milieu en gezondheidsbescherming voor het specifieke gebruik en zal niet leiden tot over het geheel genomen ongunstige effecten op het milieu of de menselijke gezondheid.

Verder bepaalt artikel 5 lid 2 KRA op welke wijze maatregelen kunnen worden vastgesteld om te bepalen volgens welke criteria een specifieke stof of een specifiek voorwerp kan worden aangemerkt als bijproduct en niet als afvalstof.

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is ook een aantal voorwaarden gepreciseerd waarmee een bijproduct van een afvalstof kan worden onderscheiden. Het is vaste jurisprudentie dat de kwalificatie als afvalstof vooral afhangt van het gedrag van de houder en of deze zich ontdoet van de stof.²⁰ De regels waarmee het Hof van Justitie het afvalstoffenbegrip nader invult, heeft het Hof al eens toegepast op mest. Daaruit kan het volgende worden afgeleid:

- In een intensieve varkenshouderij geproduceerde mest, die niet de door de landbouwer in eerste instantie beoogde productie vormt en waarvan de eventuele nuttige toepassing door het in of op de bodem brengen als meststof vereist dat bijzondere voorzorgsmaatregelen worden getroffen, is in beginsel een afvalstof (*C-113/12, Brady v. EPA*).²¹
- In bepaalde situaties is een dergelijke stof mogelijk geen residu maar wel een bijproduct waarvan de houder zich niet wil ‘ontdoen’ maar dat hij in een later

19 Zie hierover het artikel van Tieman in deze bundel.

20 Zie hierover uitgebreid de bijdrage van Tieman in deze bundel. Zie bijv. ook R. Ligetvoet, ‘Juridische belemmeringen voor de bio-economie: *talking trash*’, *M en R* 2015/99, p. 514-520 en E. Dans, ‘Het begrip “afvalstof” revisited. Jurisprudentie over het begrip afvalstof 2004-2009’, *TO* 2010, nr. 1, p. 11-17.

21 Het Hof toetste op basis van de KRA omdat Ierland de geldende dierlijkeproductenregels niet geïmplementeerd had in nationale regelgeving en er volgens het Hof dus niet voldaan werd aan de aanhef van artikel 2 lid 1 onder b Richtlijn 75/442/EEG (zie r.o. 69).

stadium, in voor hem gunstige omstandigheden, voornemens is te exploiteren of op de markt te brengen – waaronder in voorkomend geval voor de behoeften van andere marktdeelnemers dan degene die ze heeft geproduceerd, mits:

- dit hergebruik niet slechts mogelijk maar zeker is;
 - het geen voorafgaande bewerking vereist; en
 - het plaatsvindt als voortzetting van het productieproces (C-121/03, *Commissie v. Spanje*, C-194/05, *Commissie v. Italië*, *Commune de Mesquer*).
- Voor wat betreft mest wordt in de uitspraak *Brady v. EPA* gepreciseerd dat de drijfmest in voorkomend geval een afvalstof kan worden als blijkt dat de derden (de andere marktpartijen waaraan wordt geleverd) de mest ongecontroleerd en onder zodanige voorwaarden in het leefmilieu lozen dat deze als afvalstof kan worden aangemerkt (C-416/02, *Commissie v. Spanje*).
- Daarom moet een producent van mest beschikken over geschikte opslagruimte en bindende toezeggingen van marktdeelnemers om drijfmest af te nemen en te gebruiken als meststof op naar behoren geïdentificeerde gronden (C-113/12, *Brady v. EPA*).
- Verder kan de drijfmest alleen worden geacht economisch gezien de waarde van een product te hebben als kan worden aangenomen dat de mest inderdaad bestemd is om in voor de houder economisch gunstige omstandigheden te worden geëxploiteerd of op de markt gebracht. In dat verband is het ook relevant om te kijken naar de voorwaarden, met name die van financiële aard, waartegen de transacties worden afgesloten en de lasten die voor de houder voortvloeien uit het hergebruik. Deze lasten mogen niet buitensporig zijn voor de houder (C-113/12, *Brady v. EPA*).

Het Hof van Justitie heeft zelf deze conclusie nog niet getrokken. In *Commissie v. Spanje* kwalificeerde het Hof mest nog als grondstof en niet als afvalstof.²² En in *Brady v. EPA* preciseerde het Hof wel de voorwaarden, maar liet het de kwalificatie over aan de nationale rechter. In de Nederlandse situatie betekent toepassing van deze criteria dat mest die van het erf wordt afgevoerd, behalve voor eigen gebruik en zonder verdere verwerking voor gebruik als meststof in de buurt,²³ een afvalstof is in de zin van de KRA.

Het is overduidelijk dat veehouders zonder voldoende grond om de door hun vee geproduceerde mest op uit te rijden zich van mest moeten ontdoen. De kritieke voorwaarde is of deze veehouders de mest in voor hen economisch gunstige omstandigheden op de markt kunnen brengen. Daar is uiteraard geen sprake van als veehouders (veel) moeten betalen voor mestafzet. In de gangbare landbouw betalen veehouders 5-15 euro per kuub aan akkerbouwers voor het uitrijden van mest, terwijl uitrijden

22 Zie hierover: E. Dans, ‘Het begrip “afvalstof” revisited. Jurisprudentie over het begrip afvalstof 2004-2009’, *TO* 2010, nr. 1, p. 11-17.

23 Een afstandscriterium van 5 à 10 km wordt gesuggereerd door Carin Rougoor en Frits van der Schans, *Grondgebonden melkveehouderij: beleidsopties en hun gevolgen*, CLM 835-2013, 2013. Beschikbaar via: <www.clm.nl/uploads/nieuws-pdfs/Rapport835-Grondgebonden_melkveehouderij-red.pdf>.

op eigen grond 3 euro per kuub kost. Verwerken kost 20-30 euro per kuub²⁴ en mest wordt verkocht aan partijen die het eerst verwerken voordat zij het kunnen afzetten dan wel gebruiken om energie op te wekken.²⁵ De lasten die voor de houder zijn verbonden aan het hergebruik van de mest zijn dus hoog. Zo hoog dat er ten aanzien van het mestoverschot sprake is van afval waarvan wordt gevreesd dat het ongecontroleerd wordt gestort.²⁶

Ook voor de Nederlandse rechter is de discussie gevoerd of mest kan worden gekwalificeerd als afvalstof en dus het afvalstoffenregime moet worden toegepast.²⁷ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is eind 2016 ten aanzien van mestverwerker MACE akkoord gegaan met het standpunt van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant dat het hier gaat om afvalverwerking. Het gaat immers om mestoverschotten die de veehouders niet kunnen uitrijden op hun eigen percelen en die ook niet voor dat doel onder economisch gunstige omstandigheden aan anderen worden geleverd, maar waarvoor zij een vergoeding moeten betalen aan MACE. De Afdeling is niet gevoelig voor het argument dat de vergoeding die de veehouders aan MACE moeten betalen lager is dan de kosten die zij nu maken voor de verwijdering van mest en ook niet voor het argument dat de mest wordt verwerkt tot economisch rendabel te verhandelen producten, waarbij de aangesloten veehouders zullen delen in de opbrengsten van de verkoop. Doorslaggevend is dat de mest op het moment dat deze aan MACE wordt geleverd een last is waarvan de veehouders zich moeten ontdoen.²⁸ Deze uitspraak is nagevolgd door de Rechtbank Overijssel ten aanzien van de kwalificatie van mestverwerker Twence als afvalverwerkingsbedrijf.²⁹

Als mest een afvalstof is, dan is niet alleen de KRA van toepassing, maar in een grensoverschrijdende situatie ook de Europese Verordening (EG) nr. 1013/2006 voor de overbrenging van afvalstoffen (hierna: EVOA). De EVOA sluit voor de definitie van afvalstoffen immers aan bij de definitie van afvalstoffen zoals omschreven in artikel 1 lid 1 onder a van Richtlijn 2006/12/EG. Artikel 1 lid 3 onder e EVOA bepaalt echter dat EVOA niet van toepassing is op de overbrenging van afvalstoffen als bedoeld in artikel 2 punt 1 onder b sub ii, iv en v Richtlijn 2006/12/EG, indien deze overbrenging al onder andere wetgeving van de Gemeenschap met soortgelijke voorschriften valt. Aangezien Richtlijn 2006/12/EG is vervangen door Richtlijn

24 Cijfers uit presentatie van Tjibbe Winkler van Mestmeester, Aanpak om mest meester te worden: 1 miljard, Workshop mestverwaarding 23 juni 2016, Ministerie van Economische Zaken. Zie hierover ook het rapport van het LEI.

25 Zie voor een voorbeeld ter onderbouwing paragraaf 4 van de bijdrage van Roelof Jan Donner in deze bundel.

26 Interview met experts provincie Noord-Brabant en waterschap Aa en Maas. 'Naleving is niet altijd vanzelfsprekend', 5^e NAP 2014-2017, p. 50 (zie ook p. 51 en 52).

27 Het aanmerken van mest als afvalstof heeft ook tot gevolg dat activiteiten met mest anders moeten worden gereguleerd (BOR, MER, minimalisatie van de productie, enz.).

28 ABRvS 16 november 2016, *MACE*, *JM* 2017/1, m.nt. T. van der Meulen en A. Wagenmakers.

29 Rb. Overijssel 13 februari 2017, *Twence*, ECLI:NL:RBOVE:2017:667.

2008/98/EG, geldt nu de uitzondering zoals deze in Richtlijn 2008/98/EG is geformuleerd. Dit betekent dat voor zover de Verordening dierlijke bijproducten soortgelijke voorschriften bevat, de EVOA niet van toepassing is.

De vraag rijst dus of de voorschriften over grensoverschrijdend vervoer uit de verordeningen voor dierlijke bijproducten (Verordening (EG) nr. 1069/2009 en Uitvoeringsverordening (EU) nr. 142/2011) soortgelijk zijn aan die van EVOA. Zoals al was vastgesteld verschillen de achterliggende doelstellingen van deze regimes. Terwijl EVOA en KRA gericht zijn op het beheer van afvalstoffen ter bescherming van het milieu, is de Europese Verordening dierlijke bijproducten (waar mest als grondstof onder valt) gericht op het voorkomen en beperken van risico's voor de volksgezondheid en de diergezondheid via het stellen van volksgezondheids- en veterinairerechtelijke voorschriften voor deze producten met als doel de voedselveiligheid in de Europese voedsel- en voederketen te beschermen.³⁰ In een zaak over zuiveringsslib (bruine eimix) heeft de Hoge Raad geoordeeld (in navolging van de A-G) dat EVOA mocht worden toegepast. Volgens de A-G is dit primair omdat er sprake was van een afvalstof en subsidiair omdat de Verordening dierlijke bijproducten onvoldoende regels bevat ter bescherming van het milieu.³¹

Ook buiten Nederland wordt deze discussie gevoerd. Vlaanderen heeft zelf een mestoverschot en heeft een meststoffenheffing ingezet om producenten te ontmoedigen en om invoer van mest uit Nederland te ontmoedigen. Deze importhetfing is echter in de zaak *Orgacom* (C-254/13) door het Hof van Justitie in strijd met het Europese internemarktrecht verklaard. Nedersaksen (een Duitse deelstaat met een mestoverschot) heeft mest bij verordening tot afvalstof verklaard en de extra bescherming die EVOA biedt voor de grensoverschrijdende handel in afvalstoffen in maart 2016 ingeroepen om invoer van mest uit Nederland tegen te houden. Vooralsnog heeft buurstaat Noordrijn-Westfalen dit initiatief niet overgenomen. De Europese Commissie onderzoekt of Nedersaksen in strijd met het Europese recht handelt, omdat haar handelwijze de handel in mest tussen lidstaten belemmert. Dit geschil leidt mogelijk tot een inbreukprocedure tegen Duitsland.³²

30 Zie bijvoorbeeld HR 19 april 2016, meer specifiek de conclusie van de P-G (gevolgd door HR).

31 HR 19 april 2016, *JM* 2016/78, m.nt. T. van der Meulen, *RvdW* 2016/573, *M en R* 2016/109, m.nt. W.Th. Douma.

32 *Kamerstukken II* 2015/16, 21 501-32, nr. 939. Overigens heeft de Europese Commissie in april 2016 al een inbreukprocedure tegen Duitsland aanhangig gemaakt vanwege toenemende watervervuiling door nitraten en het niet voldoen aan de verplichting onder artikel 5 lid 5 Nitraatrichtlijn om aanvullende maatregelen te treffen zodra duidelijk wordt dat de doelstellingen van de Nitraatrichtlijn niet kunnen worden bereikt bij ongewijzigd recht en/of beleid.

3 Naar een circulaire aanpak

‘The future is already there, it is just unevenly distributed.’

*William Gibson*³³

De vraag of het mogelijk is dat mest de afvalstofstatus kwijtraakt via een circulaire aanpak is eenvoudig te beantwoorden. Deze aanpak is er namelijk al. Naast de zogenoemde niet-grondgebonden gangbare landbouw, bestaat ook gangbare en biologische grondgebonden landbouw. De laatste categorie is aan regels gebonden die uitgaan van grondgebondenheid. Biologische veehouders zijn verplicht om afspraken te maken over mestafzet met akkerbouwers en deze hebben de mest nodig als meststof door het verbod op kunstmest. Biologische mest is daardoor een grondstof die geld waard is.³⁴ Maar ook in de biologische sector zijn er veehouders die moeten betalen. Varkensmest en kippenmest zijn als enige mestbron minder geschikt voor akkerbouw. Er zal meestal enige bewerking of aanvulling met andere meststoffen nodig zijn, vanwege de ongunstige stikstof-fosfaatverhouding.³⁵

Hierna wordt zowel geanalyseerd wat de juridische obstakels zijn voor het streven naar het sluiten van de kringloop door het uitrollen van grondgebonden landbouw in Nederland dan wel Europa. Ook dat laatste is niet zonder precedent. Nu al wordt er in Nederland diervoeder geïmporteerd uit Duitsland en Frankrijk en wordt daar mest (al dan niet verwerkt) naar toe geëxporteerd, zij het dat de export van mest groter is dan de import van diervoeder.³⁶ Via mestverwerking kan mest op grotere afstand worden geëxporteerd. Aangenomen dat er elders vraag is naar deze verwerkte mest, zou dit kunnen leiden tot verlies van de afvalstatus. Het is immers vaste jurisprudentie dat een stof de afvalstatus kwijt kan raken via een nuttige toepassing (in dit geval mestverwerking), zodat de betrokken stof dezelfde eigenschappen en kenmerken als en een grondstof heeft verkregen (gevoegde zaken C-418/97 en C-419/97, *Arco Chemie*).

Grondgebonden in Nederland

Volgens de argumentenkaart is grondgebonden landbouw in Nederland mogelijk, zij het dat voederproductie elders efficiënter en mogelijk duurzamer kan dan in Nederland. Dit betekent dat kiezen voor grondgebondenheid in Nederland zal leiden tot duurder vlees, eieren en zuivel, omdat voederproductie in Nederland duurder is. Een tweede nadeel van deze keuze is dat dit de ruimte in Nederland voor voedselproductie, recreatie en biodiversiteit zal beperken. Volgens de argumentenkaart zal grondgebonden landbouw nadelig uitpakken voor de landbouwsector (al is daar

33 Deze uitspraak wordt toegeschreven aan William Gibson.

34 <www.louisbolck.org/downloads/234.pdf>.

35 Interview bestuurder Biohuis.

36 PBL, *Ex ante evaluatie mestbeleid*, 2013, p.7.

ARGUMENTENKAART VOER-MEST KRINGLOOP

Definitie

Een gesloten voer-mest kringloop is een productieketen die de mineralen in de bodem in evenwicht houdt doordat er evenveel mineralen aan de grond worden onttrokken (door voederproductie) als aangevoerd (door bemesting). Voederproductie maakt hierbij optimaal gebruik van dierlijk mest.

Doel

Met een gesloten kringloop wil het ministerie van LNV het Nederlandse mestoverschot reduceren, bijdragen aan duurzaam bodembeheer hier en elders en door minder gebruik van kunstmest de mondiale voorraad fossiel fosfor beschermen.

Voorbehoud

Een volledige, duurzame sluiting van de kringloop is alleen mogelijk als alle tekken in de kringloop, bijvoorbeeld via de mens, worden gedicht. In de denkrichtingen op deze kaart is hier nog geen rekening mee gehouden.

TOELICHTING

- Het ministerie van LNV ontwikkelt een beleidslijn om de voer-mest kringloop voor 2023 te sluiten.
- Het ministerie van LNV heeft drie denkrichtingen vastgesteld om de voer-mest kringloop voor een deel te sluiten. Op deze Argumentenkaart staan de belangrijkste argumenten voor en tegen deze drie denkrichtingen.
- Deze kaart is tot stand gekomen op basis van literatuuronderzoek en denksessies met deskundigen. Met dank aan allen voor hun denkwerk.

Wat zijn voor argumenten **TEGEN** drie om de **VOER-MEST KRINGLOOP** te

Mens en milieu

Nederland kan met eigen veehouderij de voedselzekerheid en kwaliteit goed waarborgen. Mineralenexport stimuleert innovatieve mestverwerking die bijvoorbeeld energie oplevert.

Economie

De mogelijke instandhouding of uitbreiding van de veestapel is voordelig voor de landbouwsector, de voedingsmiddelindustrie en de infrastructuur (haven, transport).

Nederland kan zijn (toegenomen) kennis over grootschalige en intensieve veehouderij en mestbewerking en verwerking exporteren.

Nederland kan mogelijk uit mest een hoogwaardig alternatief ontwikkelen voor kunstmest.

Nederland profiteert van zijn ervaring met export van mineralen uit mest (in vorm van korrels).

Politiek

Met een duurzame oplossing voor het mestoverschot neemt het draagvlak voor intensieve veehouderij toe.

Mens en milieu

Het verwerken van mest en het transport van mineralen kosten energie en veroorzaken emissies.

Door mogelijke verhoging van de Nederlandse veestapel kunnen gezondheids- en milieurisico's toenemen.

Nederland kan niet garanderen dat zijn mineralenexport bijdraagt aan duurzaam bodembeheer elders.

Economie

Kunstmest blijft mogelijk goedkoper dan verwerking van mest en transport van mineralen.

Politiek

Nederland kan voederproducenten elders niet dwingen om Nederlandse mineralen te gebruiken.

Europa zal Nederland verwijten alleen maar gericht te zijn op eigen economisch voordeel.

Er is (internationaal) weinig steun voor behoud en verhoging van de Nederlandse veestapel.

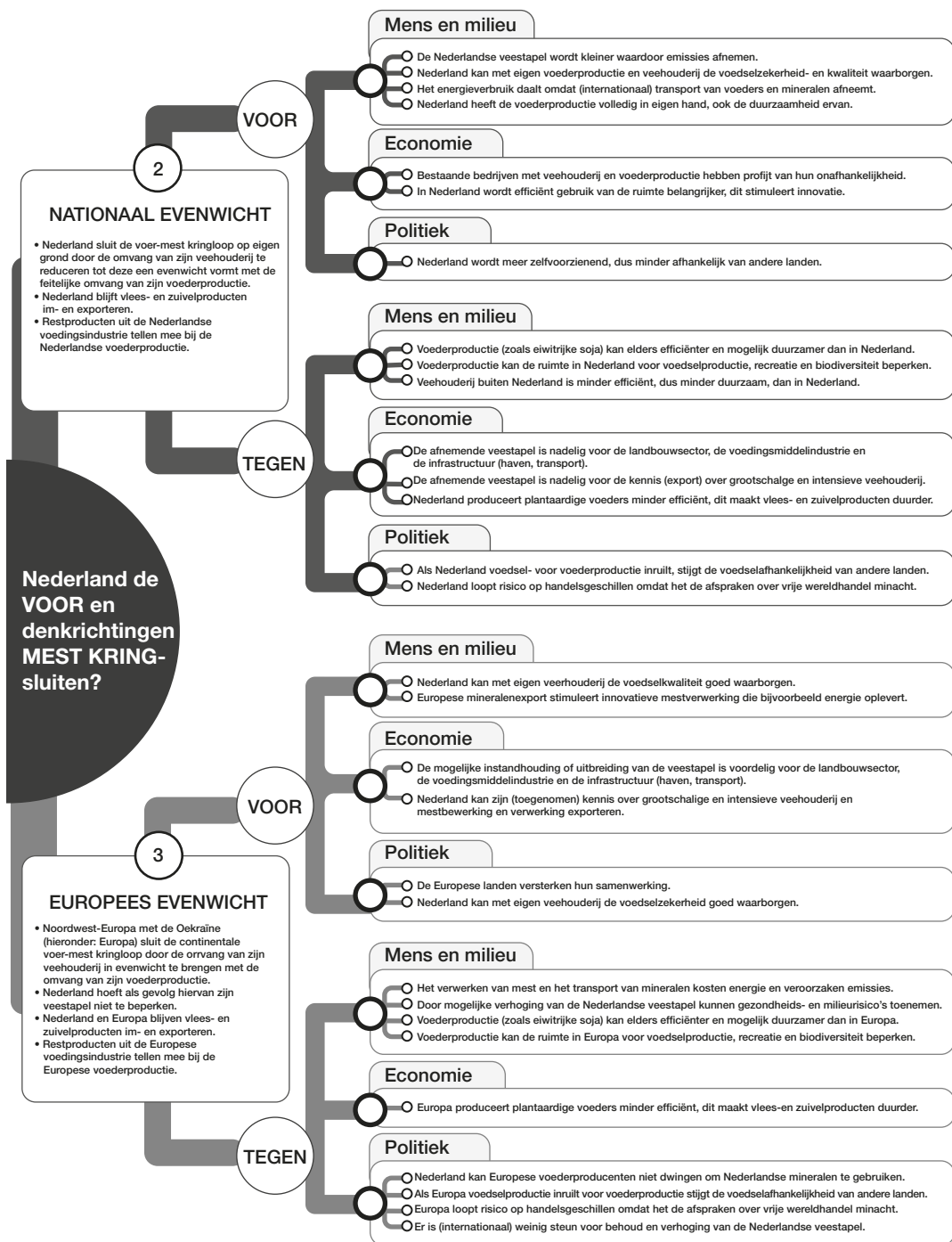
VOOR

1

MONDIAAL TRANSPORT

- Nederland sluit de voer-mest kringloop door mineralen (uit de bewerkte mest) terug te transporteren naar de landen waar voederproductie plaatsvindt.
- Nederland hoeft als gevolg hiervan zijn veestapel niet te beperken.
- Nederland blijft vlees- en zuivelproducten importeren en exporteren.

TEGEN



beslist geen consensus over³⁷), de voedingsmiddelenindustrie en de haven. Zij profiteren van het huidige systeem met lage landbouwprijzen.

De argumentenkaart ziet twee dingen over het hoofd. Allereerst leidt de huidige aanpak ook tot milieuschade, natuurschade, volksgezondheidsschade en een vermindering van de recreatiemogelijkheden. Ten tweede is het ook mogelijk dat grondgebonden landbouw in Nederland niet meer plek inneemt. Gelet op de economische wet van vraag en aanbod zullen hogere prijzen voor vlees en zuivel immers leiden tot een daling van de vraag naar deze producten in binnen- en buitenland. Mensen zullen door hogere prijzen minder dierlijke producten kopen en meer geneigd zijn om over te stappen naar een meer plantaardig dieet. Het bijbehorende ruimtegebruik is aanzienlijk minder. En er vallen positieve effecten te verwachten van een meer plantaardig dieet op de volksgezondheid.³⁸ Overigens daalt de Nederlandse vleesconsumptie de afgelopen jaren al.³⁹

Volgens de argumentenkaart pakt de keuze voor grondgebondenheid nadelig uit voor agrariërs die nog niet grondgebonden zijn. Dat ligt waarschijnlijk aan de hoge grondprijzen en het gegeven dat zij zelf de kosten zullen moeten dragen van het omschakelen. In 2013 was ongeveer een derde van de melkveehouders grondgebonden.⁴⁰ Grondgebondenheid heeft echter ook belangrijke voordelen voor agrariërs, nog los van de vraag of gekozen wordt voor gangbare of biologische productie. Een grondgebonden bedrijf is namelijk minder kwetsbaar voor prijsfluctuaties van voer en mest, en grondbezit draagt bij aan het eigen vermogen van het bedrijf. Dit laatste kan per bedrijf verschillen, aangezien dit afhankelijk is van de wijze waarop het grondbezit is gefinancierd.⁴¹ In andere sectoren, in het bijzonder varkens en kippen, komt grondgebondenheid onder gangbare bedrijven minder voor en is dit voornamelijk gerelateerd aan de keuze voor biologisch produceren, in combinatie met afspraken over mestafzet.

In Nederland wordt op Schiermonnikoog overwogen om geheel over te stappen naar lokale, grondgebonden landbouw. Voor de melkveehouders op het eiland is de huidige landbouwpraktijk op de langere termijn niet economisch rendabel en niet verenigbaar met milieuvoorschriften omdat het een te grote druk legt op de natuur, o.a. als gevolg van stikstofdepositie, en een bedreiging vormt van de biodiversiteit. De bestaande melkveehouderijen zullen extensiveren. Er zijn twee opties waar nader onderzoek naar wordt verricht. De ene is om een (gangbaar) grondgebonden

37 Jan Douwe van der Ploeg in zijn afscheidsrede op 26 januari 2017 te Wageningen, gepubliceerd op <www.foodlog.nl>.

38 <www.voedingscentrum.nl/nl/thema-s/plantaardig/alles-over-meer-plantaardig-eten.aspx>.

39 D. Verhoog, H. Wijsman en I. Terluin, *Vleesconsumptie per hoofd van de bevolking in Nederland, 2005-2014*, Wageningen University & Research 2015, LEI Report 2015-120. Onderzoek verricht in opdracht van Wakker Dier.

40 Rougoor en Van der Schans 2013.

41 Rougoor en Van der Schans 2013.

streekproduct te produceren met behulp van een eigen melkfabriek, de andere is om over te stappen op een biologische grondgebonden bedrijfsvoering, wat mogelijk is zonder te investeren in een eigen melkfabriek.⁴²

De voorgestelde omschakeling op Schiermonnikoog laat zien dat er kosten gemoeid zijn met de overstap naar een andere werkwijze. Er kunnen minder dieren worden gehouden en er is meer inzet van arbeid vereist. Deze kosten moeten kunnen worden terugverdiend, bijvoorbeeld door het bedingen van hogere prijzen voor een exclusief streekproduct of dankzij hogere prijzen voor biologische zuivel. Op Schiermonnikoog wordt gezamenlijk besloten tot een overstap. Dat betekent dat er consensus is onder de aanwezige agrariërs. Zij kunnen deze overstap echter niet alleen maken. Ook andere stakeholders zijn bij dit proces betrokken om te komen tot een nieuwe aanpak. Aan tafel zitten overheden, banken, natuurorganisaties en kennisinstellingen.

De overheid kan de overstap naar grondgebonden biologisch boeren – met een transitieperiode van twee jaar waarin wel biologisch wordt geboerd, maar niet tegen biologisch prijzen – financieel faciliteren. Volgens Bavo van den Idsert, directeur van Bionext, gebeurt dit nu mondjesmaat. De financiële steun van de EU voor de landbouw is al voor een deel vergoend, waardoor boeren die biologisch boeren automatisch al extra steun krijgen. Daarnaast kunnen landen co-financiering van de EU krijgen voor extra groene maatregelen, bijvoorbeeld voor een extra hectaresteen voor biologisch boeren. Nederland zou deze fondsen ruimer kunnen inzetten. Omschakelsubsidie is echter niet populair bij bestaande biologische boeren, omdat dit snel vraag en aanbod uit balans kan brengen en overaanbod zal leiden tot prijsdalingen voor biologische producten. De overheid zou ook het speelveld gelijk kunnen trekken door maatregelen te nemen die de niet-grondgebonden gangbare landbouw dwingen om de maatschappelijke schade aan milieu en natuur te internaliseren.⁴³ Denk aan een belasting of de (huidige) Nederlandse verplichting om een deel van het mestoverschot te verwerken.

De argumentenkaart signaleert terecht het risico van handelsgeschillen omdat er in strijd met de afspraken over vrije wereldhandel wordt gehandeld als wordt toegevoerd naar het nationaal sluiten van de voer-mest-kringloop. Deze handelsgeschillen doen zich momenteel echter niet voor ten aanzien van biologisch geproduceerde producten. Een verklaring voor het huidige gebrek aan internationale handelsgeschillen is dat de huidige praktijk wordt gestuurd door vrijwilligheid om al dan niet biologisch te boeren. Daardoor komt biologische landbouw in co-existentie voor met gangbare landbouw en wordt niet in strijd met internationale vrijhandelsafspraken gehandeld. Overigens worden ook buiten de biologische sector stappen gezet richting duurzaamheid. Privaatrechtelijke afspraken tussen sectoren kunnen echter in strijd komen met

42 <www.louisbolck.org/news/355/161/Melkveehouders-Schiermonnikoog-extensiveren/d,NLactueel>.

43 Correspondentie opvraagbaar bij auteur.

het Europese mededingingsrecht, zoals dat het geval was bij ketenafspraken over de kip van morgen.⁴⁴

De duurzaamheidsafspraken van biologische producenten botsen echter niet met het Europese mededingingsrecht. Anders dan ‘kip van morgen’-afspraken zijn deze afspraken publiekrechtelijk vastgelegd. Sinds 1991 zijn biologische producten onderworpen aan regels, op Europees (verordeningen)⁴⁵ en nationaal niveau (Kwaliteitswet landbouw en bijbehorende regelgeving). Dat betekent echter wel dat voor zowel voer als mest de EU de ruimte is waarbinnen grondgebondenheid gestalte heeft gekregen. Dus zolang grondgebondenheid op vrijwillige basis tot stand komt en in de grensregio’s ook naburige landen niet worden uitgesloten van voer-mest-afspraken, vallen geschillen niet te verwachten. Ook als de Nederlandse overheid toewerkt naar verplichte grondgebondenheid in Nederland en net daarbuiten, handelt Nederland in overeenstemming met het Europese recht. Pas als Nederland producten die niet voldoen aan deze eisen gaat weren ter bescherming van de eigen producten, zal dit tot Europese handelsgeschillen over de beperking van het vrij verkeer op de interne markt leiden. Dergelijke handelsgeschillen kunnen worden voorkomen door het invoeren van Europese regels die tot regionale grondgebondenheid verplichten.

Grondgebonden in Europa

Aangezien de huidige intensieve veehouderij op Europese en mondiale schaal opereert, is het denkbaar om het sluiten van de kringloop ook op Europese of mondiale schaal plaats te laten vinden door verwerking van mest tot een product dat gemakkelijk (en goedkoper dan onverwerkte mest) over grotere afstand getransporteerd kan worden. Maar ook regionale grondgebondenheid zonder mestverwerking heeft baat bij Europese samenwerking (zoals hierboven al is toegelicht). Ook biologische boeren functioneren op de Europese interne markt en maken afspraken over mestafzet en veevoeder over de grens. Maatregelen om te komen tot sluiten van de kringloop moeten dus de Europees regionale schaal in ogenschouw nemen. Verschillende aspecten van grondgebondenheid zijn vergelijkbaar, of ze nu in Nederland of in Europa plaatsvinden, maar er zijn ook een aantal kenmerkende verschillen.

Het belang van nabijheid moet beslist niet uit het oog worden verloren bij de keuze voor Europa als schaalniveau. Dit lijkt wel het geval te zijn bij de argumentenkaart. Waar sluiten van de kringloop in Nederland nog tot reductie van de Nederlandse veestapel zou leiden, hoeft dat voor Europa niet te gelden. Dit standpunt – of is het een belofte? – past bij nadeel dat de argumentenkaart noemt, namelijk dat het verwerken van mest en het transport binnen Europa van (verwerkte) mest energie kost en emissies veroorzaakt. Het lijkt alsof grondgebondenheid in Europa bepaald wordt door de keuze het mestoverschot op te lossen door mestverwerking en transport op

44 Zie hierover de bijdrage van Gerbrandy elders in deze bundel.

45 Verordening (EG) nr. 834/2007 en de implementatieverordeningen (EG) nr. 889/2008 en (EG) nr. 1235/2008 aangevuld met vernieuwde specifieke regels voor bepaalde sectoren zoals bijvoorbeeld Verordening (EU) nr. 203/2012 voor biologische wijn. Op dit moment is er discussie over een nieuwe biologische verordening.

grotere afstand van veevoeder en verwerkte mest. In de huidige situatie kan ook in Europees regionaal verband de ruil tussen veehouders en veevoederproducenten ervoor zorgen dat het aanbod van mest in balans wordt gebracht met de vraag naar mest. Deze oplossing zou echter ook kunnen leiden tot deconcentratie van veehouders door vestiging in de buurt van veevoederproducenten en/of afzetmarkten.

Grondgebondenheid zonder aanpak van de andere nadelige effecten van intensieve veehouderij voor milieu en volksgezondheid, zoals ammoniak, fijnstof, visuele hinder, stank, resistente bacteriën, besmettelijke dierziekten en gebrekkig dierenwelzijn, zal niet door iedereen als een duurzame oplossing worden gezien. Volgens de argumentenkaart zal de landbouw bij grondgebondenheid in Europa meer ruimte in beslag nemen. Zoals hierboven al is toegelicht, hoeft dit argument niet op te gaan. Dat geldt ook voor het argument dat deze keuze zal leiden tot een verlies van voedselzekerheid in Europa door de toename van voederproductie en de hogere prijzen voor vlees, zuivel en eieren. Daar pleit namelijk tegen dat Europa door afhankelijkheid van import van veevoer op dit moment ook niet zelfvoorzienend is. Juist door eigen veevoederproductie kan Europa een hogere graad van zelfvoorzienendheid bereiken, mits de consumptie van dierlijke producten daalt.⁴⁶ Dat laatste hangt samen met de mate waarin de keuze voor grondgebondenheid tot hogere prijzen voor dierlijke producten zal leiden.

De argumentenkaart noemt als voordeel versterking van de Europese samenwerking. Dat mag gerust als een voorwaarde worden beschouwd om grondgebondenheid op Europese schaal te laten functioneren. Er zijn drie aspecten waar in elk geval aandacht aan moet worden besteed. Het eerste aspect is de kwaliteit van (verwerkte) mest. Het tweede aspect is de afzet van (verwerkte) mest. Het derde aspect is dat maatregelen zullen moeten worden getroffen om de afzet van in Europa geproduceerd diervoeder, vlees, eieren en zuivel te kunnen garanderen. Anders is het immers mogelijk dat goedkopere producten worden geïmporteerd en grondgebondenheid de Europese landbouw grotendeels om zeep helpt, wat gelet op de voedselzekerheid niet wenselijk is.

Op Europees niveau moet dus de politieke wil ontstaan om grondgebondenheid uit te werken als verplicht onderdeel van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Ten aanzien van de kwaliteit van verwerkte mest geldt dat deze transparant kan worden gemaakt door middel van een grondstoffenpaspoort voor mest, zodat meststoffen niet langer in de anonimiteit kunnen verdwijnen.⁴⁷ De eerste stap is al gezet. De Europese Commissie heeft onlangs een nieuwe meststoffenverordening voorgesteld die de circulaire economie in de landbouw een impuls zou moeten geven.⁴⁸

46 WRR, *Naar een voedselbeleid*, 2014, <www.wrr.nl>, p. 75.

47 Thomas Rau, <www.youtube.com/watch?v=LZywgxM82Eg>.

48 Voorstel Europese Commissie voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van voorschriften inzake het op de markt aanbieden van bemestingsproducten met CE-markering en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 1069/2009 en (EG) nr. 1107/2009, COM(2016)157 final.

Er komen geharmoniseerde Europese kwaliteitsstandaarden voor mestkorrels, digestaat, compost, mineralenconcentraten en andere producten die gemaakt zijn uit mest en er wordt gepraat over het (deels) vervaardigen van kunstmest uit organische componenten.

Producten die aan de geharmoniseerde eisen voldoen, kunnen met CE-markering worden verhandeld op de interne markt. Dit kan er dus voor zorgen dat mest de einde-afvalstatus kan bereiken onder artikel 6 lid 1 en lid 2 KRA. De algemene eisen die aan de einde-afvalstatus verbonden zijn, is dat de stof of het object vaak gebruikt wordt voor bepaalde doeleinden, dat er een markt is of vraag naar de stof of het object en dat het gebruik rechtmatig is (de stof/het object vervult de technische voorschriften voor de doeleinden en voldoet aan bestaande wetgeving en productstandaarden). Het doel van deze nadere regels is het creëren van rechtszekerheid en een *level playing field* om zo recycling en hergebruik te stimuleren en onnodige administratieve lasten weg te nemen.

Einde-afvalstatus betekent dat CE-mest een grondstof is. Dit is wel met enige onzekerheden omgeven. Allereerst biedt de voorgestelde CE-regeling voor meststoffen niet voor alle mest een oplossing. Deze regeling is namelijk facultatief en uniformeert niet ten aanzien van onbewerkte mest en bevat ook geen regeling voor mest die niet voldoet aan de geharmoniseerde eisen. Voor deze twee categorieën blijft het huidige, gefragmenteerde juridische landschap bestaan. Het komt erop neer dat er dan mest zal zijn die een grondstof is, mest die een afvalstof is en mest met CE-markering die de einde-afvalstatus bereikt heeft.

De argumentenkaart signaleert echter dat de afzet van mest niet wordt gegarandeerd door harmonisatie van de standaarden voor (verwerkte) mest.⁴⁹ Dit vereist de inzet van instrumenten zoals afspraken over mestafzet en strenge regels over gebruik van dierlijke mest en kunstmest. Als deze eisen in heel Europa gelden, kan dat ervoor zorgen dat er voldoende vraag is naar (verwerkte) dierlijke mest. Ook zou het aankopen van mest die niet aan deze kwaliteitseisen voldoet, met een heffing kunnen worden ontmoedigd.⁵⁰ De afzet van (verwerkte) mest kan ook gemakkelijker worden gemaakt door de prijs te verlagen door middel van subsidies voor mestverwerking en mestvergisting, zoals die er nu zijn in Nederland. In combinatie met meer transparantie met CE-markering zullen dergelijke subsidies ertoe bijdragen dat het Nederlandse mestoverschot gemakkelijker kan worden verwerkt en verhandeld op de Europese (en internationale) markt.

Het sterk beperken dan wel verbieden van kunstmest zal de vraag naar dierlijke mest laten toenemen. Hoewel buiten de biologische landbouw kunstmest wijdverbreid is, gelden inmiddels wel enige beperkingen ten aanzien van het gebruik

49 Vgl. SER, *Versnelling duurzame veehouderij*, advies 16/16, oktober 2016, <www.ser.nl>, p. 19 en 20.

50 SER, *Versnelling duurzame veehouderij*, p. 19 en 20.

van kunstmest. Zo is in Nederland fosfaatkunstmest verboden voor percelen waar de derogatie op de Nitraatrichtlijn 230-250 kg toestaat in plaats van 170 kg per hectare stikstof afkomstig van dierlijke mest. Het is overigens niet zeker of de Nederlandse derogatie onder de Nitraatrichtlijn (die in 2017 afloopt) zal worden verlengd door de Europese Commissie. Beëindiging van de derogatie is niet ondenkbaar, aangezien de waterkwaliteit in Nederland wordt bedreigd door eutrofiëring en juist het voorkomen daarvan een van de indicatoren is dat de doelstellingen van de Nitraatrichtlijn nog niet worden bereikt.⁵¹

Dan tot slot de vrees dat hoge prijzen leiden tot import van goedkoper diervoeder, vlees, eieren en zuivel van buiten de EU. De prijs hoeft geen probleem te vormen. Ook nu al geldt zowel voor veevoeder als voor voedsel dat Europese producten duurder zijn dan producten die buiten de EU worden geproduceerd. Deels wordt dit ondervangen doordat mensen bereid zijn een hogere prijs te betalen voor in de EU geproduceerd voedsel vanwege smaak, tradities en voedselveiligheid en deels door steunmaatregelen onder het Europese gemeenschappelijk landbouwbeleid in combinatie met labelvoorschriften, zodat het prijsverschil (sterk) wordt verkleind en de milieuvriendelijke productiewijze duidelijk kan worden gecommuniceerd. De huidige EU-maatregelen zijn niet exclusief gericht op vergroening van de landbouw en het realiseren van grondgebondenheid in Europa. De EU kan inzetten op verdere vergroening via de EU-landbouwsubsidies.⁵² Dat hoeft niet tot onoverkomelijke handelsconflicten te leiden, getuige het voortbestaan van de huidige EU-subsidies, die overigens slechts deels strekken ter vergroening van de landbouw.⁵³

Met internationale geschillen over hormoonvlees en genetisch gemodificeerde organismen in het achterhoofd kan niet worden uitgesloten dat Europese maatregelen aanleiding vormen voor internationale handelsgeschillen. Deze worden beheerst door het internationale handelsrecht. De Wereldhandelsorganisatie (WTO) biedt slechts bij wijze van uitzondering enige ruimte aan regels over milieuvriendelijke producten en productiewijze.⁵⁴ Landen die zijn aangesloten bij de WTO mogen dus milieumaatregelen treffen die de internationale handel (kunnen) beperken mits wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel XX van de GATT.⁵⁵

- De maatregel moet noodzakelijk zijn ter bescherming van de volksgezondheid, diergezondheid of plantgezondheid of gerelateerd zijn aan de bescherming van uitputbare natuurlijke voorraden.

51 Zie hierover uitgebreid: Freriks e.a. 2016.

52 David Tilman, Kenneth G. Cassman, Pamela A. Matson, Rosamond Naylor en Stephan Polasky, 'Agricultural sustainability and intensive production practices', *Nature* 2002, vol. 418, nr. 8, p. 671-677, <www.nature.com/nature>.

53 Zie bijv. Clive Potter en Jonathan Burney, 'Agricultural multifunctionality in the WTO – legitimate non-trade concern or disguised protectionism', *Journal of Rural Studies* 2002, vol. 18, p. 35-47.

54 Deze aanpak kan ook tot handelsgeschillen en juridische procedures leiden met Canada en de Verenigde Staten als verdragen als CETA en TTIP in werking treden.

55 <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#aAgreement>.

- De maatregel moet – vergeleken met alternatieven – de handel het minst verstoren.
- Er mag geen sprake zijn van willekeurige of ongerechtvaardigde discriminatie tussen landen of een verkapte restrictie van de internationale handel.

Bekende procedures waarin deze voorwaarden nader zijn uitgewerkt zijn de *US Shrimp*-zaak en de *EC Asbestos*-zaak.⁵⁶ Het vereist nadere analyse in hoeverre een EU-landbouwvergroeningsmaatregel WTO-conform kunnen worden vormgegeven.⁵⁷ Die onzekerheid in combinatie met de strenge voorwaarden waaronder bescherming van het milieu is toegestaan, wordt ook wel het *chilling effect* van de WTO genoemd.⁵⁸

4 Conclusie

‘Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral.’

*Berthold Brecht*⁵⁹

Als gevolg van het mestoverschot kan mest een grondstof zijn maar ook een afvalstof. De kwalificatie van mest als dierlijk bijproduct kan niet verhinderen dat mest die is bestemd om te worden verbrand of gestort of gebruikt zal worden in een biogas- of composteerinstallatie ook kan worden aangemerkt als afvalstof. Het hangt dus af van het gedrag van de houder of de bestaande regels voor dierlijke bijproducten of die voor afval van toepassing zijn, respectievelijk ter bescherming van de volksgezondheid en de diergezondheid of het milieu. Deze constatering vormt de aanleiding om uit te werken hoe het mestoverschot op duurzame wijze kan worden aangepakt.

De sociaal-ecologische crisis waarin de (Nederlandse) landbouwsector verkeert, toont de urgentie om maatregelen te treffen om tot een circulaire aanpak te komen en het mestoverschot te laten omslaan in een situatie waarin vraag en aanbod van mest en voer (meer) met elkaar in balans zijn. Er zijn verschillende opties mogelijk om de kringloop te sluiten op lokaal of op Europees regionaal niveau. De biologische landbouw laat zien dat het mogelijk is om op deze wijze diervriendelijk, duurzaam, maatschappelijk geaccepteerd en succesvol te opereren. Tegelijkertijd laat het

56 Zie bijvoorbeeld: Sanford Gaines, ‘The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures’, *Journal of International Law* 2001, vol. 22, nr. 4, p. 739-862; Joel Trachtman, ‘The Domain of WTO Dispute Resolution’, *Harvard International Law Journal* 1999, vol. 40, p. 2-44; Gregory C. Schaffer, ‘The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of WTOs Treatment of Trade and Environment Matters’, *Harvard Environmental Law Review* 2001, vol. 25, p. 2-93.

57 Zie voor de analyse van subsidies: Potter en Burney 2002.

58 Robin Eckersley, ‘The Big Chill: The WTO and Multilateral Environmental Agreements’, *Global Environmental Politics* 2004, vol. 4, nr. 2, p. 24-50.

59 Berthold Brecht, *Die Dreigroschenoper: der Erstdruck* 1928. *Mit einem Kommentar hrsg. von Joachim Lucchesi*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2004.

niche karakter van biologisch ook zien dat opschalen van de verduurzaming van de landbouwsector niet vanzelf gaat maar overheidsingrijpen vereist. Dat hoeft niet tot (handels)conflicten te leiden. Het is hoopgevend om te zien dat er op lokaal, nationaal en Europees niveau stappen worden gezet in deze richting. De beoogde overstap op Schiermonnikoog naar grondgebonden landbouw vormt daarbij een interessante casus voor nader onderzoek om te bepalen wat er nodig is voor een succesvolle overstap naar grondgebondenheid en voor opschaling van dit experiment.

6 Van afval naar grondstof; kan productregelgeving het afvalstoffenrecht vervangen?

*Roelof Jan Donner**

1 Inleiding

Schaarste van grondstoffen is een van de grote uitdagingen van onze samenleving in deze eeuw. De vraag naar grondstoffen neemt toe als gevolg van de bevolkingsgroei (van ruim 7 naar 9 à 10 miljard wereldburgers in 2050) en de snelgroeiende middenklasse in opkomende economieën. Het winnen van de grondstoffen gaat daarnaast gepaard met zware druk op het milieu en risico's op uitputting van natuurlijke hulpbronnen. Om de mensheid blijvend te kunnen voeden en voorzien van noodzakelijke goederen en om een menswaardig bestaan te garanderen, is een fundamenteel anders omgaan met grondstoffen nodig.¹ De ontwikkeling van de circulaire economie biedt zo'n duurzaam alternatief.

Veel experts en instanties dringen aan op een geïntegreerde aanpak van de overheid om de transitie naar de circulaire economie te faciliteren en te stimuleren. Een systeemvernieuwing van formaat die inspeelt op de maatschappelijke veranderingen. Het Nederlandse bedrijfsleven is een voorloper in de transitie naar de circulaire economie, maar om die voorsprong te behouden, verwacht men een actieve rol van de overheid om de transitie te ondersteunen op maatschappelijk, organisatorisch, en ook juridisch niveau. Om duurzaam (her)gebruik te stimuleren, werkt het rijk samen met andere overheden, het bedrijfsleven en maatschappelijke organisaties aan het programma 'Van Afval Naar Grondstof' (VANG). Het doel is om meer duurzame producten op de markt te brengen, bewuster te consumeren én meer en beter te recycleren.² Een van de acties is het opsporen en wegnemen van onnodige belemmeringen in wet- en regelgeving voor innovatie en circulaire business cases. De ministeries van Milieu en Infrastructuur en Economische Zaken werken daarvoor samen in het programma 'Ruimte in regels voor groene groei'. Het programma volgt een *case-by-case* benadering. Het programma analyseert belemmeringen en zoekt met de ondernemers die de wet- en regelgeving als knelpunt ervaren, naar een oplossing. Deze een-op-een aanpak sluit aan bij het feit dat innovatie begint bij een relatief klein aantal koplopers dat zijn weg probeert te vinden in de wet- en regelgeving ten behoeve van nieuwe producten of productieprocessen.

* Mr. R.J.A. Donner is werkzaam bij het Programma Ruimte in regels voor groene groei van de Ministeries van Economische Zaken en van Infrastructuur en Milieu. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 *Nederland circulair in 2050* (Rijksbreed programma Circulaire Economie), bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33.

2 <www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/afval/afvalbeleid/vang/>.

Gaandeweg maakt de casuïstiek zichtbaar waar structurele wijzigingen gewenst zijn om de transitie te helpen versnellen. Het oplossen van afzonderlijke casus is daarvoor onvoldoende. Om van een lineaire naar een circulaire economie te komen zijn wijzigingen in de wettelijke structuur nodig. Er is een scherpere afbakening van het juridische begrip afval nodig ten opzichte van grondstoffen en producten. Voorts hebben stoffen en materialen uit secundaire bron en recycling een duidelijkere positie nodig binnen de marktregulering. De wetgever staat daarmee voor de uitdaging om een helder begrippenkader te creëren binnen de complexe (of soms ontbrekende) samenhang tussen het afvalstoffenkader en de productregelgeving. Tegelijkertijd wordt hij geacht de bescherming tegen risico's op hetzelfde niveau binnen de productregelgeving te borgen.

In dit artikel ga ik nader in op de uitdagingen voor de wetgever bij het creëren van meer samenhang tussen de bestaande wettelijke kaders en de bijbehorende afwegingen van de belangen voor gezondheid en milieu. Kan de productregelgeving het afvalstoffenrecht daarin vervangen? Ik illustreer deze uitdagingen aan de hand van twee wetgevende voorstellen die de Europese Commissie heeft gedaan om het hergebruik van biotische reststromen te stimuleren. Het eerste voorstel is onderdeel van de wijzigingsvoorstellen voor de Kaderrichtlijn afvalstoffen³ en betreft een vrijstelling van diervoeder van de toepassing van de richtlijn. Het tweede voorstel is de gedeeltelijke harmonisatie van de interne markt voor organische meststoffen in een herziening van de Europese meststoffenverordening.⁴ De Commissie beoogt met beide voorstellen de doelmatigheid van de EU-regelgeving te verbeteren ten behoeve van circulaire economie.⁵

2 Transitie naar een circulaire economie

De ontwikkeling naar de circulaire economie omvat wezenlijke veranderingen in de handel met en het gebruik van grondstoffen en afval. In een circulaire economie hergebruikt en recyclet de samenleving stoffen en materiaal om de behoeften naar grondstoffen zo veel mogelijk op te vangen. Ondernemers ontwerpen hun producten zodanig dat kostbare en schaarse grondstoffen kunnen worden hergebruikt met zo min mogelijk waardeverlies. Wat we voorheen beschouwden als afval, wordt een waardevolle grondstof. Dat heeft tot gevolg dat het aantal bronnen waaruit we onze grondstoffen putten, toeneemt in aantal en in diversiteit. Ondernemers zoeken hun grondstoffen dichterbij huis, in de afvalstromen van andere bedrijven of consumenten. De voorkant en achterkant van de klassieke productieketens vervagen, evenals

3 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2008/98/EG betreffende afvalstoffen (COM(2015)595).

4 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van voorschriften inzake het op de markt aanbieden van bemestingsproducten met CE-markering en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 1069/2009 en (EG) nr. 1107/2009 (COM(2016)157).

5 Mededeling 'Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie', COM(2015)614, p. 13-14.

de scheiding tussen sectoren. Een tomatenteler gooit zijn planten bijvoorbeeld niet langer weg, maar laat ze door een papierfabriek verwerken tot de transportkistjes voor zijn tomaten. Waterzuiveringsinstallaties produceren organische meststoffen van zuiveringsslib. Afvalverzamelaars leveren geschikte reststromen als voedermiddel aan kwekers van algen en insecten en de kunststofindustrie maakt plastic uit bietenpulp en bermgras.

Willen ondernemers hun investeringen en transitiekosten terugverdienen, dan moeten ze de herwonnen grondstoffen en daaruit vervaardigde producten efficiënt kunnen terugbrengen op de markt. Ze moeten zich kunnen losmaken van het imago van afval en zich onderscheidend (bijv. als duurzamer) kunnen profileren op de markt. Uit de casuïstiek rond het wegnemen van belemmeringen voor innovatieve ondernemers blijkt dat het bestaande wettelijke begrippenkader voor afvalstoffen, residuen en producten niet is toegesneden op die behoeften. Ondernemers voelen zich geconfronteerd met de kosten als gevolg van het in hun ogen onnodig toepassen van afvalregels op grondstoffen en producten, en met de nalevingslasten veroorzaakt door overlappende of onduidelijke regelgeving.

De inspanningen van de Europese en Nederlandse wetgevers richten zich vooral op een scherpere afbakening van het begrip afval en een duidelijke positie van grondstoffen uit zogenoemde secundaire bron op de interne markt. Daarbij staat de wetgever voor een uitdagende taak. De kaders van de bestaande wettelijke systemen voor afval en producten zijn vaak niet samenhangend opgesteld. Tegelijkertijd staan de wettelijke systemen zelden op zichzelf en zijn ze slechts effectief in samenhang met andere wetten. Zeker waar het reststromen uit de voedselproductie betreft, heeft de (Europese) wetgever te maken met historisch onafhankelijk van elkaar ontstane wettelijke kaders voor afval van plantaardige of dierlijke afkomst, voor diervoeders, levensmiddelen en voor meststoffen. Neem bijvoorbeeld het begrip ‘dierlijk bijproduct’. Dierlijke bijproducten zijn materialen, afkomstig van dieren, die niet bestemd zijn voor humane consumptie. Dierlijke bijproducten kunnen producten, afvalstoffen of bijproducten zijn in de zin van de Kaderrichtlijn afvalstoffen. Ze ontlelen hun status als dierlijk bijproduct dus niet aan de criteria in de Kaderrichtlijn afvalstoffen. Als de dierlijke bijproducten afvalstoffen zijn, dan blijft de kaderrichtlijn buiten toepassing, tenzij die afvalstoffen bestemd zijn voor verbranding, storten of voor een biogas- of composteerinstallatie. In dat geval zijn de regimes voor afvalstoffen en dierlijke bijproducten beide van toepassing.

Een ander aandachtspunt is het evenwicht tussen het belang om te veranderen en te innoveren en het belang van de samenleving om risico's voor mens, dier en milieu zo klein mogelijk te houden. Het circulaire denken leidt wellicht tot een efficiënter gebruik van grondstoffen, maar het is geen waarborg voor de bescherming van mens, dier en milieu. De Kaderrichtlijn afvalstoffen heeft tot doel het milieu en de menselijke gezondheid te beschermen door het belang van goed afvalbeheer te benadrukken en technieken voor nuttige toepassing en recycling en hun gebruik te verbeteren. Wanneer de kaderrichtlijn buiten toepassing wordt verklaard, zal de daarvoor in de plaats tredende productwetgeving daarin moeten voorzien. Dit vergt een integrale afweging van publieke belangen van milieu en de belangen die de productwetgeving borgt, alsmede van die belangen ten opzichte van het belang van verdere innovatie en investeringen.

3 Hergebruik van reststromen uit de voedselketen

Een van de basisvoorzieningen waaraan de circulaire economie bijdraagt, is een ecologisch houdbaarvoedselsysteem, namelijk door zuiniger en efficiënt om te gaan met biomassa. Reststromen uit de levensmiddelenindustrie, zoals bietenpulp en bierbostel, worden sinds jaar en dag binnen de diervoederketen verwerkt. Ook levensmiddelen die niet langer geschikt zijn voor humane consumptie, kunnen onder voorwaarde een tweede bestemming als diervoeder krijgen. Daarmee worden grondstoffen behouden binnen de voedselketen.⁶ Neem bijvoorbeeld het afval en de restanten van een supermarkt. De supermarkt heeft een eigen retourlogistiek, waarbij hij de stromen gescheiden inzamelt bij de filialen en transporteert naar zijn distributiecentrum. Onder de stromen valt ook het brood dat na de dagverkoop overblijft. De omvang van de retourstroom varieert afhankelijk van de verkoop. Eenmaal bij elkaar gebracht vormt het echter een aanzienlijke partij die als geheel aan een mengvoederfabrikant in Nederland verkocht wordt om te worden verwerkt tot diervoeder.

Net als andere ondernemers die organische reststromen uit de levensmiddelenindustrie of voormalige levensmiddelen verzamelen en als diervoeder op de markt brengen, wordt de supermarkt hierbij geconfronteerd met elkaar overlappende Europese regelgeving. De mengvoederfabrikant en de supermarkt zijn verplicht om zich te registreren als diervoederproducent. De mengvoederfabrikant mag namelijk alleen diervoeders afnemen van bedrijven die een registratie of erkenning in de zin van de diervoederregelgeving hebben. Beide ondernemers moeten op grond van het voedselveiligheidsrecht maatregelen treffen om de veiligheid en traceerbaarheid te garanderen. Op grond van de afvalstoffenregelgeving is de handeling van de supermarkt ook aan te merken als zich ontdoen van het oude brood en moet hij de transporten melden. De mengvoederfabrikant wordt dan aangemerkt als ontvanger en verwerker van het afval. De autoriteiten van de lidstaten geven op verschillende wijze invulling aan de regelgeving in deze situatie. De status ‘afval’ schaadt het imago van de producten die gemaakt worden en de overlap veroorzaakt onnodige lasten voor de ondernemer. De gezamenlijke verwerkers van voormalige levensmiddelen schatten dat in Europa jaarlijks zo’n 3,5 miljoen ton voormalige levensmiddelen een nuttige toepassing krijgt in diervoeders, maar dat die omvang kan verdubbelen als de Europese Unie de rechtsonzekerheid in de status van het product wegneemt.⁷

Afvalrecht versus diervoederregels

In 2008 besloot de Nederlandse wetgever dat de diervoederregelgeving ‘een voldoende doelmatige omgang met afvalstoffen waarborgt’ en een afstemmingsbepaling mogelijk was voor de binnenlandse markt.⁸ Handelingen zijn sindsdien van de toepassing van Hoofdstuk 10 van de Wet milieubeheer uitgezonderd, voor zover voor die handelingen al voorschriften gelden op basis van de diervoederregelgeving.⁹ De

⁶ *Nederland circulair in 2050*, 2016, p. 46.

⁷ <www.effpa.eu/figures-network/>.

⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 337, nr. 3 (MvT).

⁹ Artikel 22.1 lid 10 Wet milieubeheer; de grondslagen voor diervoederregels zijn artikelen 2.17 en 2.18 Wet dieren.

uitzondering geldt alleen voor de Nederlandse markt. De wetgever ging niet zover om ook de Europese verordening betreffende de overbrenging van afvalstoffen (EVOA)¹⁰ buiten toepassing te verklaren. Ten eerste werd daarbij benadrukt dat de Nederlandse regering geen bevoegdheid heeft om stoffen categorisch buiten de definitie van ‘afvalstof’ te plaatsen. De afstemmingsbepaling in de Wet milieubeheer doet dat ook niet, maar plaatst afvalstoffen die een bestemming als diervoeder krijgen, buiten de toepassing van bepaalde regels omtrent afval. Hoewel het denkbaar is dat ergens in de keten van de productie van diervoeders het predicaat afvalstoffen kan verdwijnen, is dit casusafhankelijk en kan niet generiek worden bepaald.¹¹ De discussie over de status afval/diervoeder van reststromen en voormalige levensmiddelen bleef dus bestaan bij grensoverschrijdend transport.

Mede op verzoek van Nederland stelt de Commissie voor om duidelijk in de Kaderrichtlijn afvalstoffen op te nemen dat ondernemers die reststromen in de handel brengen met de bestemming voedermiddelen niet hoeven te voldoen aan de voorschriften van de kaderrichtlijn. Om precies te zijn, de Kaderrichtlijn afvalstoffen is niet van toepassing op voedermiddelen als bedoeld in Verordening (EG) nr. 767/2009 (hierna: de Voedermiddelenverordening), voor zover vallend onder voorschriften van andere communautaire regelgeving.¹² De verwijzing naar de definitie in de voedermiddelenverordening leidt tot een breed geformuleerde uitzondering. Alles met de bestemming om als voedsel aan dieren te geven, of het nu plantaardig of dierlijk is, enkelvoudig of mengsels zijn, voor of na bewerking. Hier past de kanttekening dat het voorstel alleen ziet op afvalstoffen die geen dierlijke bijproducten bevatten. Reststromen met een dierlijke herkomst zijn dierlijke bijproducten in de zin van Verordening (EG) nr. 1069/2009 (hierna: Verordening dierlijke bijproducten).¹³ Dierlijke bijproducten zijn nu al uitgezonderd van de toepassing van de Kaderrichtlijn afvalstoffen en de EVOA wanneer zij bestemd worden voor diervoeding.¹⁴

Opgelost staat netjes...?

Als de bepaling in de Kaderrichtlijn afvalstoffen wordt opgenomen, dan lijken het imagoprobleem en de belemmeringen van dubbele regelgeving voor veel ondernemers opgelost. Het voorstel laat echter een aantal vraagstukken onbeantwoord. Ten eerste heeft het voorstel van de Commissie, net als de Nederlandse afstemmingsbepaling uit 2008, alleen betrekking op de toepassing van de kaderrichtlijn. In de EVOA ontbreekt een dynamische verwijzing naar de uitzonderingen in artikel 2 van

10 Verordening (EG) nr. 1013/2006.

11 Zie standpunt kabinet bij de behandeling van het wetsvoorstel voor artikel 22.1 lid 10 (nieuw) Wet milieubeheer, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 337, nr. 5.

12 COM(2015)595.

13 Verordening (EG) nr. 1069/2009 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gezondheidsvoorschriften inzake niet voor menselijke consumptie bestemde dierlijke bijproducten en afgeleide producten en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1774/2002.

14 Artikel 2 lid 2 onder b Kaderrichtlijn afvalstoffen; artikel 1 lid 3 onder d EVOA.

de Kaderrichtlijn afvalstoffen.¹⁵ De EVOA blijft dus van toepassing, ook al wordt de toepassing van de Kaderrichtlijn afvalstoffen uitgezonderd. De ratio lijkt dat er per stroom wordt beoordeeld of de milieubelangen die de EVOA dient, geborgd blijven na vrijstelling. Zonder een voorstel in de EVOA met dezelfde strekking als de voorgestelde vrijstelling in de kaderrichtlijn blijft de rechtsonzekerheid rond de toepassing van het afvalstoffenrecht bestaan, althans bij grensoverschrijdend vervoer van de producten.

Een tweede vraagstuk wordt het beste geïllustreerd met de retourlogistiek van de eerder genoemde supermarkt. De supermarkt zamelt het oude brood bijvoorbeeld in bij zijn filialen in België en brengt de losse stromen samen in een distributiecentrum in Nederland, voordat hij het geheel verkoopt aan de mengvoederfabrikant. Formeel brengt hij de partij pas vanaf het distributiecentrum op de markt als voedermiddel. Is het transport vanaf de filialen dan het vervoer van afvalstoffen? De definitie van voedermiddel bevat als sleutelement dat de ondernemer de partij moet bestemmen voor gebruik voor orale vervoeding (hetzij als zodanig rechtstreeks, hetzij na bewerking, enz.). Een oplossing voor de supermarkt is om het oude brood in de transportpapieren al duidelijk te vermelden als bestemd voor diervoeding. Dat betekent dan wel weer dat alle filialen die niet tot het bedrijf van de supermarkt behoren (bijv. franchisenemers) zich zelfstandig moeten registreren als diervoederproducent. Veel van deze kleine ondernemers klagen nu al over de administratieve lasten, aangezien zij een registratie moeten hebben voor de handel in levensmiddelen en sommigen ook voor de handel in de dierlijke bijproducten.

Ten slotte rijst de vraag hoe de Nederlandse wetgever wil omgaan met het nationale stortverbod in samenhang met het op het land aanbieden van voedermiddelen aan dieren. In artikel 2 lid 2 van de Kaderrichtlijn aangewezen stoffen blijven alleen buiten de toepassing van de kaderrichtlijn, ‘voor zover reeds vallend onder andere communautaire wetgeving’. De diervoederregelgeving bevat veel regels over de intrinsieke veiligheid van diervoeders. Over de fysieke wijze van toediening stelt deze echter minder regels. De eisen voor het gebruik van voeders voor veehouders richten zich namelijk op de preventie van verontreinigingen die via het voer een risico kunnen vormen voor de dieren of de veiligheid van de afgeleide levensmiddelen.¹⁶ Het is de vraag of de diervoederregelgeving voldoende basis biedt om een vrijstelling van het stortverbod te rechtvaardigen. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt die redenering niet te accepteren in haar uitspraken. Een schapenhouder kwam op tegen een gemeentelijke last onder dwangsom gericht tegen de stankoverlast van een partij uien schillen die hij aan zijn dieren gaf door deze op zijn weiland te storten. De gemeente legde hem de maatregel op omdat hij de schillen stortte zonder ont-heffing van het stortverbod. De veehouder stelde in beroep dat het stortverbod niet gold, omdat hij de uien schillen rechtsgeldig als voedermiddel van de verwerkende industrie had gekocht en het stortverbod niet van toepassing was op de vervoeding

15 In artikel 1 lid 3 verwijst de EVOA slechts naar een aantal van de stoffen genoemd in artikel 2 van de Kaderrichtlijn afvalstoffen.

16 Bijlage III van Verordening (EG) nr. 183/2005.

daarvan. De Afdeling legde dit argument naast zich neer, helaas met betrekkelijk weinig uitleg.¹⁷

Het milieu beschermen via de wettelijke kaders voor diervoeders

Uitgaande van het doel om bruikbare grondstoffen efficiënter als diervoeder in te zetten, maakt de wetgever een stap in de goede richting; een stap echter die in praktijk aan effect zal inboeten omdat de stof zich niet kan losmaken van zijn status als afvalstof. Zowel de EVOA als het nationale stortverbod blijft van toepassing. De Europese en de nationale wetgever kunnen vrijstelling van die kaders verlenen indien zij vinden dat de milieubelangen die de EVOA, respectievelijk het stortverbod dienen, in andere wettelijke kaders voldoende geborgd blijven. De diervoederregelgeving bevat grondslagen om een gelijkwaardige bescherming van het milieu te garanderen. Voedermiddelen vallen onder de voorschriften van de Algemene levensmiddelenverordening,¹⁸ de Diervoederhygiëneverordening¹⁹ en Verordening (EG) nr. 882/2004²⁰ inzake controles op diervoeders en levensmiddelen. Deze wettelijke kaders zorgen gezamenlijk voor een volledige harmonisatie die alle handelingen met diervoeders omvat inclusief grensoverschrijdend transport en in- en uitvoer van en naar derde landen.

Het uitgangspunt van de diervoederregelgeving is dat primair de producenten verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit en veiligheid van hun producten. De ondernemer die een voedermiddel in de handel brengt of gebruikt, zorgt dat het veilig is. Daartoe behoort in ieder geval dat zijn handelen geen rechtstreeks nadelige gevolgen heeft voor het milieu of het dierenwelzijn, en uiteraard dat er geen gevaar voor de diergezondheid of volksgezondheid ontstaat (artikel 4 Voedermiddelenverordening en artikel 2:17 Wet Dieren). Deze algemene beginselen zijn concreter uitgewerkt wat betreft de procesbewaking in de keten, traceerbaarheid en de verontreinigingen die rechtstreeks gevolgen hebben voor de veiligheid van levensmiddelen. In het geval van de supermarkt en de mengvoederfabrikant geldt dat zij beide een kwaliteitscontrolesysteem hanteren in hun bedrijfsproces, dat is gebaseerd op de beginselen van de HACCP-standaarden.²¹ Ze moeten zodanig administratie houden dat ze elke partij een stap voorwaarts of achterwaarts in de keten kunnen volgen. Lidstaten houden toezicht op de productie, de verwerking en het vervoer van voedermiddelen.²²

Gelet op bovenstaande is het niet moeilijk zich voor te stellen dat een uitzondering van de EVOA gerechtvaardigd is. Sommige lidstaten hebben hun zorg geuit

17 ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:330.

18 Verordening (EG) nr. 178/2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden.

19 Verordening (EG) nr. 1831/2003 inzake diervoederhygiëne.

20 Verordening (EG) nr. 882/2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn.

21 *Hazard analysis and critical control points* (HACCP).

22 Artikel 54 lid 2 Verordening (EG) nr. 882/2004.

dat afvalstoffen via het voerspoor uit het zicht van milieu-inspecties kan worden gehouden. Feitelijk klopt dat, maar het toezicht wordt daardoor niet onderbroken. Zolang de stof bestemd wordt voor diervoeder, treedt de bevoegde autoriteit voor diervoederhygiëne in plaats van de milieu-inspectie. Pas als de partij bij controle wordt afgekeurd, komt de vraag van afval/geen afval weer aan bod. De Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit legt in dergelijke gevallen gewoonlijk de verplichting aan de ondernemer op om te melden welke bestemming de afgekeurde partij krijgt. Het gebruik van diervoeders mag geen direct negatief effect op het milieu hebben.²³ Deze norm is slechts beperkt uitgewerkt. Hier weegt misschien mee dat het effect van het gebruik van diervoeders voor het milieu vaak alleen indirect, namelijk alleen via het dier of de consumptie van het levensmiddel ontstaat. De Europese Unie heeft met het oog op de gezondheid van mens, dier en milieu wettelijk toegestane niveaus vastgesteld voor residuen van een groot aantal contaminanten. Het gaat om normen voor ongewenste stoffen, zoals dioxine, cadmium en arseen, of residuen van werkzame stoffen uit gewasbeschermingsmiddelen of geneesmiddelen.²⁴ Voorts is er de lijst van verboden voedermiddelen. Bijlage IV van de Voedermiddelenverordening somt stoffen en materialen op die niet aan dieren gevoerd mogen worden en als zodanig niet in de handel gebracht mogen worden. Die lijst bevat ook afvalstromen, zoals mest en huishoudelijk afval.

Dat er ook directe effecten voor het milieu kunnen zijn, blijkt uit het voorbeeld van de uienstallen. De afweging voor een vrijstelling van het stortverbod ligt daardoor minder eenvoudig. Zoals gezegd stelt de diervoederregelgeving maar beperkte eisen aan de fysieke wijze van toediening. In de situatie van de schapenboer zou een vrijstelling van het stortverbod betekenen dat niet de gemeente maar de NVWA de maatregel tegen de stankoverlast oplegt. Indien de nationale wetgever besluit om voedermiddelen algeheel vrij te stellen van het stortverbod, dan zal hij aandacht moeten besteden aan die bevoegdheidsoverdracht.

De casus van het oude brood van de supermarkt toont een ander voorbeeld van een mogelijk direct effect voor het milieu. Hoe moet worden omgegaan met mengsels van afvalstoffen en secundaire grondstoffen? De supermarkt verzamelt het oude brood bijvoorbeeld met verpakkingen als geheel. De mengvoederfabrikant ontvangt de partij met de bedoeling het brood te verwerken, nadat hij de verpakkingsmaterialen eruit heeft gehaald. De eerder genoemde lijst van verboden voedermiddelen noemt ‘verpakkingen en delen van verpakkingen afkomstig van het gebruik van producten van de voedingsmiddelenindustrie’ als verboden middel. Het verbod moet voorkomen dat ondernemers het verpakkingsafval, zoals de plastic broodzakken, via het voerspoor wegmengen. De uitleg van deze regeling loopt uiteen tussen de lidstaten. De een oordeelt dat de begripsbepaling van voedermiddel toestaat dat het brood ondanks

23 Artikel 4 Verordening (EG) nr. 767/2009 en artikel 2:17 Wet dieren.

24 Verordening (EG) nr. 396/2005 tot vaststelling van maximumgehalten aan bestrijdingsmiddelenresiduen in of op levensmiddelen en diervoeders van plantaardige en dierlijke oorsprong; Verordening (EG) nr. 470/2009 tot vaststelling van communautaire procedures voor het vaststellen van grenswaarden voor residuen van farmacologisch werkzame stoffen in levensmiddelen van dierlijke oorsprong; Richtlijn 2002/32/EG inzake ongewenste stoffen in diervoeding.

de verpakkingen als voedermiddel verhandeld wordt. Voedermiddelen zijn stoffen bestemd voor orale voeding, hetzij als zodanig rechtstreeks, hetzij na verwerking. Andere lidstaten zien het brood en de verpakking als een mengsel van stoffen, dat niet bestemd kan worden als voedermiddel, zolang het verboden middelen bevat. Een oplossing zou kunnen zijn dat de producent in de handelsdocumenten of op het etiket duidelijk aangeeft dat het voedermiddel bestemd is voor diervoeder nadat de verpakkingsmaterialen zijn verwijderd. Dat geeft de bevoegde autoriteiten beter inzicht in de bedoeling van de fabrikant.

Samenvatting

Het voorgaande illustreert dat het eenvoudig buiten toepassing verklaren van de Kaderrichtlijn afvalstoffen onvoldoende is om de stof los te maken uit het afvalstoffenregime. De stof kan nog steeds binnen het begrip ‘afvalstof’ vallen en als zodanig blijven de kaders van de EVOA en de nationale afvalstoffenregelgeving van toepassing. De voorgestelde vrijstelling schuift de vraagstukken rond milieurisico’s door naar de productregelgeving. In die regelgeving zijn grondslagen opgenomen om het milieubelang te borgen, maar die zijn in de uitvoeringsregelgeving beperkt uitgewerkt.

4 Harmonisatie interne markt voor herwonnen nutriënten

In de herziening van de Meststoffenverordening²⁵ probeert de Commissie de interne markt voor herwonnen nutriënten te harmoniseren en organische meststoffen gemaakt uit afval of reststromen een duidelijkere positie te geven. Fosfor en stikstof zijn vitale grondstoffen voor de productie van levensmiddelen. Het maken van stikstofkunstmest kost echter veel energie²⁶ en fosforerts is een schaarser wordende grondstof, waarbij Europa sterk afhankelijk is van de import uit Noord-Afrika en Rusland. Mineralen uit hernieuwbare bronnen kunnen een deel van de grondstoffen voor kunstmeststoffen vervangen, mits de kwaliteit en zuiverheid geborgd zijn. Het hergebruik van nutriënten uit afvalstoffen en mest wordt daarmee op lange termijn van belang voor de voedselzekerheid in Europa. Binnen dit spanningsveld ontstaan economische kansen, die ondernemers benutten door te investeren in innovatieve verwerkingstechnieken voor afvalstromen zoals afvalwater, dierlijke mest en rioolslib.²⁷ Ondanks de verwachte voordelen voor de economie en het milieu zijn de afzetmogelijkheden voor herwonnen nutriënten beperkt. Dit komt onder andere door de beperkte mogelijkheden om de verwerkte producten te verhandelen op buitenlandse of andere markten. De noodzakelijke investeringen in innovatie blijven daardoor uit. Het gebrek aan (geharmoniseerde) wetgeving voor de toelating van deze producten wordt gezien als een van de belangrijkste oorzaken. Voor de interne markt

25 COM(2016)157.

26 Haber-Boschproces.

27 Innovatie in de verwerking van dierlijke mest wordt in Nederland ook aangejaagd door de wettelijke mestverwerkingsverplichting (zie ook: A. Keessen, *Mest als grondstoffen als afvalstof*, in deze bundel).

zijn specificaties voor kunstmeststoffen geharmoniseerd vastgesteld, maar voor de overige, de organische meststoffen (circa 50% van de markt) is dat niet gebeurd. Lidstaten reguleren de markt voor organische meststoffen op basis van nationale regels met betrekking tot de kwaliteit en het milieu. De nationale wetgeving loopt sterk uiteen en lidstaten zijn terughoudend om nieuwe producten te erkennen vanwege de veranderlijke samenstelling en eigenschappen van de gebruikte bestanddelen. Een producent van nieuwe organische meststoffen blijft daardoor sterk gebonden aan de binnenlandse markt en er ontstaan onvoldoende mogelijkheden om zich te onderscheiden.

Bovendien is het verband met de bestaande wetgeving inzake de controle op dierlijke bijproducten en afvalstoffen niet duidelijk. Ter illustratie, vliegvelden hebben naast de stijg- en landingsbanen vaak stroken grasland liggen. De luchthavens maaien de stroken regelmatig om te voorkomen dat het veld te veel vogels aantrekt. Een naastgelegen covergister gebruikt het maaisel samen met dierlijke mest. Het resulterende biogas levert hij terug aan het vliegveld voor zijn energievoorziening. Het vergistingsresidu (digestaat) scheidt het bedrijf in een dikke en dunne fractie en droogt het met de restwarmte van de op het vliegveld geparkeerde vliegtuigen. De fosfaathoudende dikke fractie kan de ondernemer op de Nederlandse mestmarkt niet kwijt, zolang er een overschot aan goedkopere onbewerkte dierlijke mest is. In Oost-Europa kampen de boeren echter met een fosfaattekort en omdat het bedrijf de fractie heeft gedroogd, is het logistiek mogelijk het product daar met winst af te zetten. De stikstofhoudende dunne fractie levert de covergister aan een kunstmestfabrikant, die de nutriënten gebruikt in zijn eigen productie.²⁸

De dierlijke mest die de vergister aanvoert, is een dierlijk bijproduct. Het vergistingsresidu is een toegelaten meststof en een dierlijk bijproduct. Zowel het maaisel als de mest zou kunnen worden aangemerkt als een afvalstof omdat de houder zich ervan ontdoet. Deze stromen zijn in de nationale meststoffenregelgeving aangewezen als toegestane stoffen voor de covergister, waarvan het residu als meststof op de markt gebracht mag worden.²⁹ De vraag bestaat of de stoffen in die hoedanigheid aangemerkt kunnen worden als bijproduct.³⁰ Is de mest een afvalstof, dan geldt de uitzondering van de Kaderrichtlijn afvalstoffen niet, omdat het dierlijk bijproduct naar een vergistingsinstallatie gaat. Als de stoffen die de covergister aanvoert, afvalstoffen zijn, dan ligt het in de lijn om ook het vergistingsresidu aan te merken als afvalstof. Omdat het ook de status ‘dierlijk bijproduct’ heeft, hoeven de ondernemers van het residu alleen aan de voorschriften van de Verordening dierlijke bijproducten te voldoen.

28 Dit voorbeeld is fictief en houdt geen rekening met de technologische haalbaarheid van de beschreven schakeling van technieken.

29 Bijlage Aa van de uitvoeringsregeling meststoffen.

30 Zie ook A. Keessen, *Mest als grondstof en als afvalstof*, in deze bundel.

Geharmoniseerde markt voor organische meststoffen

De huidige Meststoffenverordening³¹ gaat uit van zuiver anorganische meststoffen, vervaardigd uit primaire grondstoffen, en voorziet niet in mogelijkheden om het veilig gebruik te garanderen van de inherent veranderlijke samenstelling en aard van bestanddelen uit afvalstromen. In haar voorstel stelt de Commissie voor om de verordening uit te breiden met een aantal nieuwe productcategorieën organische meststoffen en bodemverbeters. Voor de handel in deze meststoffen bevat het voorstel eisen en voorschriften in relatie tot het gebruik van een CE-markering.³² Dat betekent dat de ondernemer door middel van een conformiteitsverklaring aantoont dat de meststof voldoet aan de eisen van de Meststoffenverordening. Tot die eisen behoren productspecificaties en een limitatieve opsomming van de bestanddelen waarmee die meststoffen gemaakt worden. In het voorstel zijn elf soorten bestanddelen opgenomen, waaronder primaire grondstoffen, digestaten, compost en bepaalde dierlijke bijproducten. Per categorie en toegelaten bestanddeel somt de verordening hygiënevoorschriften op die de producent moet naleven.

In tegenstelling tot de andere productverordeningen met CE-markering wordt de toepassing van de CE-markering voor meststoffen facultatief. De producent van de meststof bepaalt zelf of hij het product onder de geharmoniseerde eisen van de verordening op de markt brengt. Kan of wil hij niet voldoen aan die eisen, dan mag hij de meststof ook zonder CE-markering op de markt brengen. In dat geval onderwerpt hij het product aan de geldende regels voor meststoffen van de lidstaten, die na de inwerkingtreding van de meststoffenverordening in stand blijven. De Europese wetgever wil zo inspelen op de snelle innovatiecyclus in de verwerkende industrie en op het vaak regionale karakter van de handel in dit soort meststoffen. Voor de ondernemer betekent dit een relatief flexibel kader, waarbij hij zelf kan bepalen of hij zijn product op de markt plaatst met het gegarandeerde en hoge kwaliteitsniveau, waarvoor de CE-markering staat.

Met het oog op de heldere rechtspositie van organische meststoffen doet de Commissie voorstellen om de verhouding met het recht omtrent afval en dierlijke bijproducten te regelen. Meststoffen met een CE-markering die aan de eisen van de verordening voldoen, krijgen automatisch de einde-afvalstatus, bedoeld in artikel 6 van de Kaderrichtlijn afvalstoffen. Een wijziging van de Verordening dierlijke bijproducten opent de weg voor de Commissie om een eindpunt in de verwerkingsketen van dierlijke bijproducten vast te stellen, waarna de verordening niet langer van toepassing is (een soort van eind-dierlijke bijproducten-status).

31 Verordening (EG) nr. 2003/2003 van het Europees Parlement en de Raad inzake meststoffen.

32 Verordening (EG) nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 339/93.

Van afval naar meststof

Het voorstel van de Commissie betreffende de einde-afvalstatus³³ luidt:

‘Een bemestingsproduct met CE-markering dat een handeling van nuttige toepassing heeft ondergaan en dat voldoet aan de eisen van deze verordening, wordt geacht te voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, lid 1, van Richtlijn 2008/98/EG en wordt derhalve geacht niet langer afval te zijn.’

De bepaling beoogt te regelen dat de toepassing van een afvalstof in een meststof een nuttige toepassing is en dat indien de verwerking heeft plaatsgevonden in overeenstemming met de eisen van de Meststoffenverordening, de einde-afvalstatus is bereikt.³⁴ Bij de formulering zijn enkele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste is de zinsnede ‘dat een handeling van nuttige toepassing heeft ondergaan’ overbodig. Er is geen reden om bevoegde autoriteiten alsnog beoordelingsruimte te bieden om per individueel geval te toetsen of er een handeling van nuttige toepassing heeft plaatsgevonden. De verwerking van een afvalstof in een bemestingsproduct met CE-markering is de handeling van nuttige toepassing. Ten tweede wekt het laatste deel van het artikel de suggestie dat de bemestingsproducten en de bestanddelen in alle andere gevallen wél afvalstoffen zijn. Voor kunstmeststoffen gemaakt uit primaire grondstoffen, zoals fosfor, is dat zeker niet het geval. In veel andere gevallen zullen de criteria voor bijproducten relevant zijn. Beide aspecten zijn opgemerkt in de raadsbehandeling van het voorstel en de formulering zal er bij de vaststelling waarschijnlijk anders uit gaan zien.

Einde-dierlijk bijproduct-criteria?

De tweede afstemmingsbepaling in het voorstel van de Commissie is een wijziging van de Verordening dierlijke bijproducten. In de overwegingen licht de Commissie toe dat zij de meststoffen, waar mogelijk, wil ontheffen van de verplichtingen van de Verordening dierlijke bijproducten.³⁵ Het voorstel houdt in dat de Commissie de bevoegdheid krijgt om zogenoemde eindpunten aan te wijzen in de verwerkingssketen van dierlijke bijproducten in meststoffen en overige afgeleide producten, een bevoegdheid waarover zij nu niet beschikt.³⁶ Een aangewezen eindpunt houdt in dat de Verordening dierlijke bijproducten na dat punt niet langer van toepassing is op het afgeleide product.³⁷ Zonder aangewezen eindpunt blijft de Verordening dierlijke bijproducten van toepassing op de meststoffen, nadat daarin dierlijke bijproducten zijn verwerkt. Indien de Commissie bijvoorbeeld bepaalt dat vergistingsresiduen hun eindpunt bereiken wanneer deze worden verwerkt tot een meststof die voldoet aan de eisen van de Meststoffenverordening, hoeft covergister uit het voorbeeld geen aparte vervoersbewijzen meer aan te vragen voor het vervoer naar Polen.

33 Artikel 18 COM(2016)157.

34 Zie overweging 13 COM(2016)157.

35 Overwegingen 9 en 10 COM(2016)157.

36 Artikel 45 COM(2016)157.

37 Artikel 5 Verordening (EG) nr. 1069/2009.

Ten tijde van het schrijven van dit artikel was er over de uitwerking van de nieuwe bevoegdheid nog niet veel bekend. Een ding valt al wel op en dat is of de bevoegdheid alle raakvlakken tussen de wettelijke kaders voor dierlijke bijproducten en meststoffen dekt. De nieuwe bevoegdheid verwijst naar artikel 32 van de Verordening dierlijke bijproducten. Dat artikel noemt alleen organische meststoffen en bodemverbeters. Dat artikel ziet dus niet op kunstmeststoffen. Voor die productcategorie biedt artikel 36 van de Verordening dierlijke bijproducten mogelijk uitkomst.³⁸

Producent is verantwoordelijk

Met de afstemmingsbepalingen ontwikkelt de Europese Unie mogelijkheden om het terugwinnen van mineralen uit afval, residuen en mest te stimuleren en deze grondstoffen efficiënt terug te brengen in de productie tot organische meststoffen en bodemverbeters. De Commissie houdt daarbij rekening met de kans op versleping van contaminanten en de risico's voor milieu en volksgezondheid. Wat voor stoffen bevat bijvoorbeeld het maaisel van de luchthaven, nadat er honderden toestellen zijn opgestegen en geland? Welke resten van diergeneesmiddelen gaan er mee in de meststof als het vergistingsresidu mede afkomstig is van dierlijke mest? De Commissie doet verschillende voorstellen om een hoog beschermingsniveau te handhaven. De verordening bevat bijvoorbeeld eisen voor de hoeveelheid cadmium en andere contaminanten (zoals zware metalen en plastic) die in de meststof mogen voorkomen. Het opvallendst is misschien wel de verantwoordelijkheid van producenten om overschrijding van contaminanten tegen te gaan in de gewassen die met de meststof geteeld worden. Producenten moeten hun gebruiksvorschriften zo opstellen dat het gebruik niet leidt tot overschrijding van de maximumresiduniveaus op levensmiddelen en diervoeders die de Europese Unie heeft vastgesteld.³⁹ Dit is een vergaande verplichting die een onderzoekstaak bij de producent legt naar de contaminanten in zijn product en de effecten daarvan op de gewassen die met zijn product zijn geteeld. Het is de vraag of die verplichting mag worden uitgelegd als een beoordeling op basis van normale landbouwkundige omstandigheden. Het lijkt echter een onmogelijke opgave als de producent met alle omstandigheden rekening moet houden. Daar komt bij dat de boer zelf al verantwoordelijk is voor het bewaken van die residuen. Voor primaire producenten van diervoeders en levensmiddelen geldt namelijk dat zij zorg dragen voor de goede landbouwpraktijken op hun bedrijf en de wettelijke residu-normen waarborgen voor hun producten.⁴⁰ Een uitgebreide verantwoordelijkheid voor de producenten van meststoffen hoeft dus niet verder te gaan dan de toepassing van zijn product onder normale omstandigheden.

38 Een interessante vraag die hier verder onbehandeld zal blijven, is wat het effect is voor de gebruiksnorm 'dierlijke mest' van de Nitraatrichtlijn. Geldt die voor meststoffen waarvan bestanddelen een dierlijke herkomst hebben, maar die een eindpunt in de verwerking hebben bereikt?

39 Zie noot 24.

40 Boeren hebben die verantwoordelijkheid op basis van bijlage I van zowel Verordening (EG) nr. 824/2004, als Verordening (EG) nr. 183/2005.

Facultatieve toepassing CE-markering, innovatievriendelijk?

Uitgaande van het doel om het hergebruik van nutriënten te stimuleren helpt de Europese wetgever het ontstaan van een interne markt voor nutriënten, herwonnen uit secundaire bronnen. Om de toetredingsdrempel voor nieuwe producten eenvoudig te houden gaat het voorstel niet verder dan een gedeeltelijke harmonisatie. In haar afwegingen verkiest de Commissie een ‘optionele harmonisatie’ boven een volledige harmonisatie, omdat zo meer ruimte wordt geboden aan innovatie en investeringen in nieuwe technieken en producten.⁴¹ Het voldoen aan de verordening brengt aanzienlijke initiële kosten met zich in relatie tot de genoemde onderzoeksplicht en de verplichte conformiteitsverklaring. Ondernemers met nieuwe verwerkingstechnieken en nieuwe meststoffen hebben nu de mogelijkheid om te starten op de interne markt zonder CE-markering.

Zo ontstaan er twee markten, een markt voor CE-meststoffen met de hierboven omschreven hoge kwaliteitseisen en een markt voor overige meststoffen. Het is de vraag of die keuze daadwerkelijk tot een innovatievriendelijke omgeving leidt met een eenvoudige toetredingsdrempel.

Op de markt voor andere dan CE-gelabelde meststoffen blijft immers de nationale wetgeving van de lidstaten van toepassing. De startende ondernemer ondervindt op die markt dus de nadelige gevolgen van sterk uiteenlopende nationale wetgeving en terughoudendheid van bevoegde autoriteiten om nieuwe producten te erkennen. De innovatieve ondernemer kan op die markt geen beroep doen op een einde- afvalstatus of het eindpunt voor dierlijke bijproducten. Althans, de afstemmingsbepalingen zijn vooralsnog voorbehouden aan meststoffen met CE-markering. Misschien is dit terecht en is het een waarborg voor de kwaliteit en veiligheid van CE-gemarkeerde meststoffen. Het stelt de bevoegde autoriteiten echter voor een lastig vraagstuk, namelijk of en hoe verschillend zij meststoffen met of zonder CE-markering kunnen beoordelen in hun toezicht. De voorgestelde voorschriften in de Meststoffenverordening zijn bijvoorbeeld nagenoeg gelijk aan de hygiënisatievoorschriften voor vergistingsresiduen in de Verordening dierlijke bijproducten. De naleving van die voorschriften, niet de CE-markering, is bepalend of er nog risico’s zijn. Zou het vergistingsresidu zonder CE-markering dan niet eveneens het voorgestelde eindpunt moeten kunnen bereiken? Een producent van nieuwe organische meststoffen blijft daardoor sterk gebonden aan de binnenlandse markt. Deze aspecten pakken extra nadelig uit voor een ondernemer die een bestanddeel gebruikt dat niet in de lijst van toegestane bestanddelen staat.⁴² De Commissie kan de bijlagen bij de verordening aanpassen naar aanleiding van nieuwe producten op de markt, maar alleen als daarin ‘waarschijnlijk aanzienlijk zal worden gehandeld op de interne markt.’⁴³ Een startende ondernemer zal die ‘aanzienlijke’ vraag naar zijn product op de interne markt moeten creëren onder de omstandigheden van de markt voor meststoffen zonder CE-markering.

41 Impact assessment bij COM(2016)157, SWD(2016)64.

42 Struviet en bodemassen zijn bijvoorbeeld bestanddelen die in de praktijk al gebruikt worden, maar niet zijn opgenomen in het commissievoorstel in afwachting van nader onderzoek.

43 Artikel 42 COM(2016)157.

Samenvatting

Bovenstaande illustreert hoe complex het creëren van een soepele overgang van afval naar grondstof kan worden. De ontwikkeling van een markt voor meststoffen gemaakt uit afvalstromen, zoals dierlijke mest en rioolslib, is gebaat bij geharmoniseerde productspecificaties. Ondernemers krijgen in de verordening de mogelijkheid om hun producten los te maken van het afvalstoffenregime en het predicaat ‘dierlijk bijproduct’. Met het CE-label brengen ze hun product met een gelijkwaardige status op de markt en met een gegarandeerd beschermingsniveau voor milieu en gezondheid. De flexibiliteit ten behoeve van innovatie is juist het element dat twijfels wekt over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het systeem als geheel.

5 Tot slot

Onder het huidige kabinet is eens te meer de behoefte gegroeid naar een flexibele en wendbare overheid die durft in te spelen op de nieuwste ontwikkelingen. Recht moet veranderen om recht te kunnen blijven doen aan de veranderende samenleving. Waar bedrijven innovatie en investering combineren om economie en duurzaamheid samen te laten gaan, verwachten ze dat de overheid hen ondersteunt en actief participeert. De overheid speelt daarop in door signalen over remmend overheidsbeleid op te vangen en in samenwerking met de ondernemer naar oplossingen te zoeken.⁴⁴ Een *case-by-case* benadering die past bij het begin van een ontwikkeling uitgaande van een kleine groep ondernemers, terwijl het grootste deel van de samenleving op de oude voet doorgaat.

Zo ook in het denken over de transitie naar een circulaire economie. De transitie vraagt echter op den duur om structurele wijzigingen in de wettelijke systemen rond producten en afvalstoffen. De bestaande, veelal ketengeoriënteerde, kaders moeten als een goed samenhangend geheel functioneren, wil de overheid een antwoord kunnen bieden op de cross-sectorale samenwerking die typerend is voor de business cases die ontstaan rond circulaire economie. Een eerste stap is een helder begrippenkader voor afval, bijproduct en grondstoffen, dat toepasbaar is in zowel ‘*end-of-pipe*’ regelgeving zoals de kaders voor afval en dierlijk bijproducten, als ook in productregelgeving zoals de verordeningen voor voedermiddelen en meststoffen.

Een belangrijke tweede stap is een robuust afwegingskader waarbinnen het evenwicht ontstaat tussen het belang om te veranderen en te innoveren en het belang van de samenleving om risico’s voor mens, dier en milieu zo klein mogelijk te houden. In dat evenwicht schuilt de vraag hoeveel risico de samenleving zelf moet dragen als prijs voor de potentiële verbetering van haar eigen welvaart. Daar hoort de kanttekening bij dat ondernemers soms het liefst van twee walletjes eten. Stoffen en materialen moeten enerzijds duidelijk onderscheiden kunnen worden als grondstoffen, althans anders dan afval, maar tegelijkertijd willen ondernemers die stoffen en

44 Instrumenten zoals het Programma ruimte in regels voor groene groei, de Maatwerk aanpak regeldruk, de Green deal-aanpak, het chemieloket en het programma Van afval naar grondstof.

materialen als ‘duurzamer’ dan primaire grondstoffen op de markt brengen juist op basis van het feit dat ze afkomstig zijn uit afvalstromen.

De omschreven stappen richting meer samenhang faciliteren de ontwikkeling van een economie waarin afvalstoffen en residuen zo veel mogelijk opnieuw worden ingezet in de productieketen. Het belang van een integrale afweging van economie en milieu in productregelgeving neemt daarbij steeds verder toe. Op weg naar een circulair economisch systeem zal het afvalstoffenrecht steeds meer vervangen worden door een toets op het veilig (her)gebruik van grondstoffen in de producten. Het eind van de transitie is wellicht een ‘grondstoffenwet’, waarin de wetgever de voorwaarden schept waaronder stoffen en materialen in de economie mogen blijven circuleren of moeten worden uitgefaseerd als afval.

7 Naar een circulaire voedselketen

Juridische uitdagingen voor het inzetten van insecten als technologische sluitschakel

*Bernd van der Meulen en Antonia Corini**

1 Inleiding

Volgens het EU-actieplan voor een circulaire economie levert de overgang naar een meer circulaire economie, waarin de waarde van producten, materialen en hulpbronnen in de economie zo lang mogelijk kan worden behouden en de afvalproductie tot een minimum wordt beperkt, een essentiële bijdrage aan de inspanningen van de EU om tot een duurzame, koolstofarme, hulpbronnenefficiënte en concurrerende economie te komen.¹ Een sector bij uitstek waar de urgentie hoog is om grote slagen te maken in het duurzaam gebruik van grondstoffen, is de levensmiddelensector. Het realiseren van een circulaire economie vergt innovaties zowel in technologische zin als in juridische zin. In de levensmiddelensector vinden vele technologische innovaties plaats. In deze bijdrage stellen wij één daarvan centraal – het gebruik van insecten – omdat uit de wetenschappelijke literatuur aanwijzingen blijken dat deze innovatie de potentie heeft de voedselketen te verkorten en circulair te maken. Insecten kunnen afvalstoffen verwerken en omzetten in hoogwaardige proteïnen. Onze bijdrage aan de discussie betreft een analyse van de juridische uitdagingen waarvoor deze innovatie zich gesteld ziet, ten einde de juridische innovaties te vinden die nodig zijn om de weg voor de technologische mogelijkheden vrij te maken.

1.1 Sectorspecifieke urgentie

Bevolkingsgroei, klimaatverandering en welvaartstoename bij grote delen van de wereldbevolking veroorzaken een toenemende druk op de voedselzekerheid en de voedselvoorziening. Mondiaal zijn deze altijd al kritiek geweest, maar naar de

* Bern van der Meulen is hoogleraar Levensmiddelenrecht aan Wageningen Universiteit. Reacties zijn welkom op <Bernd.vanderMeulen@wur.nl>. De auteurs zijn voor suggesties bij eerdere concepten dank verschuldigd aan Harry Bremmers (WUR), Roelof Jan Donner (EZ), Chris Backes (UU), Arnold van Huis (WUR) en Aster Veldkamp (Royal HaskoningDHV Legal Consultancy).

Antonia Corini is PhD onderzoeker food law aan de Doctoral School on the Agro-Food System (Agrisystem) Università Cattolica del Sacro Cuore of Milan-Piacenza.

1 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie', COM(2015)614 final <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8a8ef5e8-99a0-11e5-b3b7-01aa75ed71a1.0010.02/DOC_1&format=PDF>.

huidige inschattingen zal met name door de klimaatverandering ook de EU tussen nu en 2050 het vermogen verliezen om zelfstandig in het levensonderhoud van de eigen bevolking te voorzien,² onder meer ten gevolge van woestijnvorming in het Middellandse Zeegebied.³ In verschillende richtingen wordt naar oplossingen gezocht. Het versneld afsluiten van bilaterale handelsverdragen zolang dat nog kan onder voorwaarden die gunstig zijn voor de EU (zoals TTIP) om toekomstige import veilig te stellen, lijkt niet haalbaar ten gevolge van onvoldoende politiek draagvlak in de EU en veranderde politieke realiteit in de VS. Iets soortgelijks geldt voor het ontwikkelen met behulp van genetische modificatie van gewassen die aangepast zijn aan de komende klimaatomstandigheden. Politiek minder controversieel is het zoeken naar nieuwe eiwitbronnen in de natuur. Consumenten krijgen weliswaar de handen niet op elkaar voor algen,⁴ wieren,⁵ kwallen⁶ of insecten maar er zijn tot nu toe ook geen weerstanden die het onderzoek naar technologische mogelijkheden om de problemen tegemoet te treden al in de kiem smoren.

1.2 Potentie

In technische zin veelbelovend, in het bijzonder ook vanuit het perspectief van de circulaire economie, lijkt het onderzoek naar insecten. Insecten vormen de grootste dierlijke biomassa op aarde. Zij zouden een grote bijdrage kunnen leveren aan de voedselvoorziening: hetzij rechtstreeks als levensmiddel voor mensen, hetzij indirect door gebruik van insectenproteïnen⁷ als/in diervoeder voor vlees-, vis-, eieren of zuivel producerende dieren. Insecten zijn efficiënter dan (andere) landbouwhuisdieren in het omzetten van voer in product. Zo kunnen zij bijdragen aan het tegengaan van verspilling van grondstoffen. In veel gevallen voeden zij zich/c.q. kunnen zij worden

2 Kalliopi Mylon e.a., *Delivering on EU Food Safety and Nutrition in 2050 – Future challenges and policy preparedness*, JRC Science for Policy Report, Publications Office of the European Union 2016 <<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/delivering-eu-food-safety-and-nutrition-2050-future-challenges-and-policy-preparedness>>.

3 Joel Guiot en Wolfgang Cramer, 'Climate change: The 2015 Paris Agreement thresholds and Mediterranean basin ecosystems', *Science* 28 oktober 2016, vol. 354, nr. 6311, p. 465-468. Voor het effect van klimaatverandering op voedselproductie, zie bijvoorbeeld ook: F. Alice Cang, Ashley A. Wilson en John J. Wiens, 'Climate change is projected to outpace rates of niche change in grasses', *Biology Letters* 27 september 2016. DOI: 10.1098/rsbl.2016.0368.

4 Zie over onderzoek naar algen als voedsel bijvoorbeeld: Christien Enzing, Matthias Ploeg, Maria Barbosa en Lolke Sijsma, 'Microalgae-based products for the food and feed sector: an outlook for Europe', *JCR Scientific and Policy Reports* 2014, <<http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC85709.pdf>>.

5 Zie bijvoorbeeld: <www.nemokennislink.nl/publicaties/van-algen-tot-wieren>.

6 Zie over onderzoek naar kwallen als voedsel bijvoorbeeld: Y-H. Peggy Hsieh, Fui-Ming Leong en Jack Rudloe, 'Jellyfish as food', *Hydrobiologia* (451) 2001, p. 11-17.

7 Het woord proteïnen gebruiken wij in deze bijdrage als pars pro toto. Het is waar dat insecten een belangrijke bron zijn van eiwitten (proteïnen), maar natuurlijk ook van alle andere voedingsstoffen waaronder vetten, koolhydraten, vitaminen en mineralen.

gevoed met stoffen die door mensen als afval worden beschouwd zoals mest, slachtafval en verliezen langs de voedselketen. In deze zin kunnen zij een rol spelen in het geven van een nuttige toepassing aan afval.

Er moeten nog belangrijke natuur- en sociaalwetenschappelijke stappen worden gezet in selectie van soorten, productiemethoden en markttoegang maar de belangrijkste belemmeringen lijken op dit ogenblik juridisch van aard te zijn.⁸ Stakeholders ervaren de juridische situatie in Europa op dit moment als belemmerend, maar bovendien ook als volstrekt onoverzichtelijk.⁹ In Nederland, België en Tsjechië zijn insecten op de markt voor menselijke consumptie. In Duitsland, Finland en Luxemburg is dat verboden en in Frankrijk wisselt het van departement tot departement. In het VK mogen insecten wel in hun geheel of in poedervorm worden verhandeld, maar niet ontdaan van vleugels of poten.¹⁰

In de strategie voor een circulaire economie¹¹ geeft de Europese Commissie er blijk van het probleem in beeld te hebben van gebruik van afval in de voedsel- en met name in de voederketen.¹² Belangrijke wetgevingsvoorstellen, onder meer voor het gebruik van meststoffen, worden echter naar de verdere toekomst geschoven.

1.3 Plan van behandeling

In deze bijdrage beproeven wij tegen deze achtergrond een inventarisatie van juridische knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen specifiek in de casus insecten. Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In de volgende paragraaf wordt kort nader ingegaan op de potentie van insecten om op circulaire wijze te worden gebruikt voor verbeteringen in de voedsel- en voedersectoren. De daarop volgende drie paragrafen

8 Zie voor deze opvatting ook: Ewout Zwaenepoel, Dirk Van Gijsegheem en Jonathan Platteau, *Insecten als voeding en voeder: een stand van zaken*, Departement Landbouw & Visserij Vlaanderen 2015, <http://lv.vlaanderen.be/sites/default/files/attachments/insecten_als_voeding_en_voeder_0.pdf> en C.P.A. van Wagenberg, M.M. Eppink, S.R.M. Janssens, J. van der Roest, A.A. van der Sluis en M. van der Spiegel, *Ontwikkeling en vermarkting van nieuwe eiwitten; Ervaren belemmeringen en oplossingen*, LEI-rapport 2011-061, Den Haag 2011, <<http://edepot.wur.nl/197933>>.

9 Zie voor een mooi overzicht van de verwarring: <www.foodnavigator.com/Market-Trends/The-challenges-of-selling-insects-in-Europe>. Aanvullende gegevens zijn afkomstig van: Anu Lähteenmäli-Uutela en Nicole Grmelová, 'European Law on Insects in Food and Feed', *European Food and Feed Law Review* 2016, p. 2-8.

10 Ter vermindering van misverstand, het betreft hier niet de levende dieren. Voor zover wij kunnen nagaan, gaat het bij dit merkwaardige beleid dus niet om dierenwelzijn. Waarschijnlijk heeft het iets te maken met (Britse) opvattingen over de reikwijdte van de Novel Foodsverordening die slechts insectenproducten zou omvatten maar niet gehele insecten. Zie hierna.

11 Zie <http://ec.europa.eu/environment/circular-economy/index_en.htm>.

12 Zie in het bijzonder het Voorstel voor een richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2008/98/EG betreffende afvalstoffen (COM(2015) 595 final). Daarin wordt er onder meer in voorzien dat plantaardige stoffen van de landbouw- en voedingsmiddelenindustrie en levensmiddelen van niet-dierlijke oorsprong die niet langer bestemd zijn voor menselijke consumptie, zullen worden beschouwd als diervoeders en niet als afvalstoffen.

inventariseren juridische uitdagingen ten aanzien van de productie van insecten (paragraaf 3), het gebruik van insecten als ingrediënt voor levensmiddelen (paragraaf 4) en het gebruik van insecten als ingrediënt voor diervoeders (paragraaf 5). We besluiten de bijdrage met een korte conclusie (paragraaf 6) en een korte discussie (paragraaf 7).

De gekozen structuur gaat uit van een fasering in productie en verschillende vormen van consumptie. Deze structuur heeft uiteraard gevolgen voor de inhoud van het betoog. Zo wordt tweemaal aandacht besteed aan het diervoederrecht. Eenmaal omdat dit recht invloed heeft op hetgeen bij de productie van insecten voor deze insecten als voer kan worden gebruikt, en eenmaal omdat dit recht er invloed op heeft in hoeverre insecten mogen worden gebruikt als of verwerkt in voeder voor ander dieren.

2 Veelbelovende insecten

In 2013 heeft de VN Voedsel- en Landbouworganisatie (FAO) een paper gepubliceerd over eetbare insecten en de bijdrage die zij in de toekomst zouden kunnen leveren aan voedsel- en voederzekerheid.¹³ Ook de wetenschap heeft zich niet onbetuigd gelaten.¹⁴ Voor het doel van de onderhavige bijdrage is het niet nodig een overzicht te bieden van de stand van de wetenschappelijke literatuur. Wij zullen ons daarom in hoofdzaak beperken tot een bijdrage die Arnold van Huis in 2013 heeft geschreven in het *Annual Review of Entomology*, getiteld 'Potential of Insects as Food and Feed in Assuring Food Security'.¹⁵

Volgens de FAO en Van Huis (die overigens ook de eerste auteur is van het FAO-rapport) worden wereldwijd ongeveer 1.900 soorten insecten gegeten door zo'n twee miljard mensen – vooral in ontwikkelingslanden. Recenter heeft Yde Jongema een lijst gepubliceerd met zelfs 2.037 soorten die wereldwijd worden geconsumeerd.¹⁶ Als wij het goed zien, is in Nederland/Europa de belangstelling voor insecten¹⁷ voornamelijk beperkt tot een zeer kleine culinaire elite. Daar staat wellicht tegenover dat de ervaring leert dat de Nederlandse consument bijna alles eet dat in een korstje van

13 Arnold van Huis, Joost Van Itterbeeck, Harmke Klunder, Esther Mertens, Afton Halloran, Giulia Muir en Paul Vantomme, *Edible insects: future prospects for food and feed security*, 2013, FAO Forestry Paper 171, <www.fao.org/docrep/018/i3253e/i3253e.pdf>.

14 Sinds 2015 bestaat er een gespecialiseerd wetenschappelijk tijdschrift: het *Journal of Insects as Food and Feed*, zie: <www.wageningenacademic.com/loi/jiff>. Zie ook: References 'world list of edible insects 2015' door Yde Jongema (Wageningen University), <www.wur.nl/upload_mm/4/b/2/0a945a66-b75a-441d-91d1-b687c8984edc_Author%20list%20edible%20insects%202015.pdf>.

15 Doi: 10.1146/annurev-ento-120811-153704.

16 Zie <www.wur.nl/upload_mm/7/4/1/ca8baa25-b035-4bd2-9fdc-a7df1405519a_WORLD%20LIST%20EDIBLE%20INSECTS%202015.pdf>.

17 Garnalen, krabben en kreeften hebben veel met insecten gemeen maar zijn geen insecten.

paneermeel is gefrituurd en wordt geserveerd met mayonaise. Onzes inziens suggereert dit in de Nederlandse/West-Europese cultuur dat insecten voor menselijke voeding bruikbaar lijken als toegevoegde waarde dan als beeldbepalend ingrediënt.¹⁸ En natuurlijk als diervoeder.

Van Huis wijst op aantrekkelijke aspecten zoals de kwalitatief hoge voedingswaarde, de efficiënte voeromzetting¹⁹ en de lage uitstoot van broeikasgassen. Daarenboven bezitten vele soorten het uit circulair oogpunt cruciale vermogen om afvalstromen om te zetten in hoogwaardig diervoeder dat dan weer zou kunnen worden gebruikt om dure voedermaterialen zoals vismeel te vervangen.²⁰ Op deze manier zouden insecten een aanzienlijke bijdrage kunnen leveren aan het verwaarden van afval en aan het sluiten en verkorten van de kringloop.²¹

De kans op zoönosen – ziekten die van productiedieren kunnen worden overgedragen op mensen – is, aldus nog steeds Van Huis,²² bij insecten geringer dan bij warmbloedige dieren omdat zij veel meer van de mens verschillen en dus veel minder gastheer zijn voor micro-organismen die zich ook in de mens thuis voelen.

Om deze voordelen te kunnen behalen moet er nog veel gebeuren. Methoden moeten worden ontwikkeld om op een zinvolle schaal te produceren op zodanige wijze dat een veilig product wordt verkregen van constante kwaliteit.

Insecten lijken inmiddels begonnen aan hun lange mars door de instituties. In de Beleidsagenda duurzame Voedselsystemen uit 2009 van het toenmalige ministerie van LNV wordt ingezet op onderzoeksvragen zoals: ‘Welke grondstoffen, technologieën en agrofoodketens zijn het meest kansrijk voor de productie van vleesvervangers en hoogwaardige eiwitten in Nederland? Naast plantaardige eiwitten wordt hierbij aandacht besteed aan nieuwe eiwitbronnen, zoals algen, *insecten* en ook kweekvlees.’ In 2012 heeft de minister van EZ een ‘Green Deal’ gesloten

18 Uiteraard dient de consument ordentelijk geïnformeerd te worden over de samenstelling van producten. Bij de huidige stand van zaken zullen onzes inziens echter minder consumenten geneigd zijn producten te waarderen *omdat* er insect in zit dan *ondanks* dat er insect in zit. Overigens doen wij met deze opmerking weinig recht aan het vele sociaalwetenschappelijke onderzoek naar consumentenacceptatie en de factoren die deze beïnvloeden. Zie voor een voorbeeld van zulk onderzoek: Eveline J.S. Lensvelt en L.P.A. Steenbekkers, ‘Exploring Consumer Acceptance of Entomophagy: A Survey and Experiment in Australia and the Netherlands’, *Ecology of Food and Nutrition* 2014, vol. 53, nr. 5, p. 543-561 <<http://dx.doi.org/10.1080/03670244.2013.879865>>.

19 Volgens Zwaenepoel e.a. (verwijzend naar FAO 2013) zijn insecten twee- tot driemaal efficiënter dan kippen en varkens en viermaal efficiënter dan runderen.

20 Zie over gebruik als diervoeders ook: T. Veldkamp, G. van Duinkerken, A. van Huis, C.M.M. Lakemond, E. Ottevanger, G. Bosch en M.A.J.S. van Boekel, *Insects as a sustainable feed ingredient in pig and poultry diets – a feasibility study*, Report 638, Wageningen UR Livestock Research 2012.

21 De kringloop wordt niet alleen gesloten maar met name ook substantieel korter – ook in tijd – omdat de fasen van compostering en plantaardige gewassen kunnen worden overgeslagen.

22 In gelijke zin: J. Eilenberg, J.M. Vlak, C. Nielsen-LeRoux, S. Cappellozza en A.B. Jensen, ‘Diseases in insects produced for food and feed’, *Journal of Insects as Food and Feed* 2015, p. 87-102. Doi:10.3920/JIFF2014.0022.

met de Vereniging van Nederlandse Insectenkwekers (Venik).²³ In 2014 beveelt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) onder meer aan een houdbaarder beheer van *resources* te bevorderen:

‘Naast een efficiënt gebruik van resources, zal het beleid gericht moeten zijn op het beter terugwinnen van grondstoffen. Fosfaat verdient hierbij in het bijzonder de aandacht. Beleid zal zich moeten richten op het terugwinnen van fosfaat en het sluiten van kringlopen. Daarvoor zal de geschikte schaal moeten worden gezocht. Dat kan impliceren dat er naar verkorting van ketens moet worden gestreefd. Daarnaast dient bevorderd te worden dat reststromen zo hoog mogelijk verwaard worden. Zo kan innovatiebeleid gericht worden op het bevorderen dat reststromen voor de productie van diervoeder in plaats van voor biobrandstoffen wordt gebruikt. Reststromen kunnen bijvoorbeeld worden gebruikt voor de productie van eiwitten via insectenkweek.’²⁴

Op 30 oktober 2015 heeft de minister van EZ (DG Agro en Natuur) een Voedselagenda voor veilig, gezond en duurzaam voedsel van de Tweede Kamer gezonden.²⁵ Daarin komt onder meer de passage voor:

‘We willen inzetten op het ontwikkelen van alternatieve eiwitbronnen zoals peulvruchten, wieren, algen, *insecten* en kweekvlees. Dit kan op termijn een belangrijke bijdrage leveren aan de mondiale voedselvoorziening en een verlaging van de milieudruk opleveren.’

Het omzetten van de beleidswensen in concreet ondernemersinitiatief lijkt op dit ogenblik echter in aanzienlijke mate te blijven hangen op de juridische belemmeringen. Interessant genoeg is in de visie van zowel de FAO als van Zwaenepoel e.a.²⁶ het belangrijkste knelpunt het *ontbreken* van wetgeving die de kweek, de handel en het gebruik van insecten voor humane consumptie regelt. Onzes inziens ligt de kern van het probleem meer nog dan in het ontbreken van wetgeving juist in de mismatch tussen insecten en de wet- en regelgeving die er wel is. In paragraaf 7 zullen wij daarom niet alleen regulering bespreken als mogelijke oplossingsrichting, maar ook *deregulering*.

23 *Kamerstukken* 33 043.

24 WRR-rapport nr. 93, *Naar een voedselbeleid*, WRR/Amsterdam University Press 2014, p. 149.

25 Zie <www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/10/30/kamerbrief-over-de-voedselagenda-voor-veilig-gezond-en-duurzaam-voedsel>.

26 Zie voetnoot 8.

3 Productie van insecten

3.1 Voedervoorschriften

De mismatch tussen insecten en de bestaande wet- en regelgeving doet zich meteen al gevoelen in de productiefase wanneer insecten worden gekweekt voor gebruik in of als levensmiddelen of diervoeders.

Ronduit zorgwekkend is dat insecten naar de letter genomen vallen onder de wettelijke definitie van *landbouwhuisdieren*.²⁷ Ingevolge artikel 3 leden 5 en 6 onder a van Verordening (EG) nr. 1069/2009 tot vaststelling van gezondheidsvoorschriften inzake niet voor menselijke consumptie bestemde dierlijke bijproducten en afgeleide producten (de Verordening dierlijke bijproducten) wordt onder dieren respectievelijk landbouwhuisdieren verstaan: ‘alle gewervelde of ongewervelde dieren’²⁸ en ‘alle dieren die door de mens worden gehouden, vetgemest of gefokt en die worden gebruikt voor de productie van voedsel, (...) een ander dierlijk product of voor andere veeteelt doeleinden’.²⁹

Wanneer insecten worden gekweekt, vallen zij onmiskenbaar binnen de reikwijdte van de tekst van deze definitie. Zij zijn immers ongewervelde dieren die dan immers worden gehouden en vetgemest voor de productie van voedsel, respectievelijk diervoeder – hetgeen een ander veeteelt doeleind is.

De classificatie als landbouwhuisdier heeft onder meer gevolgen voor de eisen die gelden voor de materialen die als voer worden gebruikt. Verordening (EU) nr. 68/2013³⁰ bevat een catalogus van producten die worden gebruikt voor het voeren van landbouwhuisdieren. Zie ook de volgende paragraaf. De Verordening dierlijke bijproducten kent vervolgens een aantal verboden om materialen als diervoeder te gebruiken. Ingevolge artikel 11 is onder meer verboden om landbouwhuisdieren te voederen met keukenafval en etensresten of voedermiddelen die keukenafval en etensresten bevatten of daarvan afkomstig zijn.

Verordening (EG) nr. 767/2009 betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders, bevat een negatieve lijst van producten die niet als diervoeder mogen worden gebruikt (bijlage III). Deze lijst vermeldt onder meer ‘Faecaliën, urine

27 Zo wordt het ook geïnterpreteerd door de Europese Commissie. Zie: Joint answer given by Mr Borg on behalf of the Commission Written questions: E-010010/12, E-010009/12, 4 januari 2013, <www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-010009&language=EN>. Teun Verstappen spreekt er zijn verbazing over uit dat de Commissie haar standpunt niet nader motiveert. Zijns inziens ‘is immers aannemelijk dat de Europese wetgever deze vorm van houderij bij het opstellen van de Verordening dierlijke bijproducten niet heeft voorzien.’ T.J.H. Verstappen, ‘Insecten als eiwitrijke grondstof voor veevoeder? Twee vliegen in één klap?’, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2014, p. 332-334 (i.h.b. p. 333 r.k.).

28 Hier is dus niet de weg gevolgd die men in andere wetgeving wel tegen komt, waar ongewervelden uitdrukkelijk zijn uitgezonderd. Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2010/63/EU over dierproeven en Verordening (EG) nr. 1099/2009 over het doden van dieren.

29 Deze definitie is mede van toepassing verklaard in de TSE-Verordening (zie hierna) in Bijlage I.

30 Uitvoeringsverordening bij Verordening (EG) nr. 767/2009, zie hierna.

en de door het leegmaken of verwijderen van het spijsverteringskanaal vrijgekomen inhoud daarvan, ongeacht de behandeling die zij hebben ondergaan of het mengsel waarin zij zijn verwerkt’.

Op deze wijze gelden dan voor het voer dat voor insecten wordt gebruikt dezelfde hoge eisen die ook voor het voer voor andere landbouwhuisdieren gelden. Daarmee gaat een belangrijke meerwaarde verloren die insecten kunnen hebben uit een oogpunt van circulaire economie, namelijk dat zij het vermogen hebben om afval (mest, kadavers, reststromen uit de levensmiddelenindustrie, keukenafval, en dergelijke) om te zetten in hoogwaardige proteïnen. Het is juist dit vermogen dat aan de basis ligt van de logica om insecten te willen inzetten voor voedselproductie.³¹

3.2 Slachtvoorschriften

Zwaenepoel e.a.³² trekken de uiterste consequentie uit de classificatie van insecten als landbouwhuisdier, namelijk dat zij slechts mogen worden geslacht in een erkend slachthuis.³³ Dit onderstreept nog eens dat het fundamenteel afwijkende karakter van insecten ten opzichte van andere dieren die in de primaire productie worden gebruikt, het conventionele regelgevende kader voor onvoorziene puzzels plaatst.

3.3 Milieuvoorschriften

Zwaenepoel e.a.³⁴ wijzen voor de situatie in Vlaanderen nog op de mogelijkheid dat insecten die voor productie worden gehouden, kunnen ontsnappen naar het milieu en daarom een potentieel gevaar vormen voor inheemse soorten.

‘Het Soortenbesluit (van kracht sinds september 2009) stelt dat introductie van uitheemse soorten enkel mogelijk is als voorafgaand impactonderzoek aantoonst dat er geen kans bestaat op ongunstige gevolgen voor de in het Vlaamse Gewest voorkomende natuurlijke habitats in hun natuurlijke verspreidingsgebied, of voor de diersoorten of plantensoorten die van nature in het wild voorkomen in het Vlaamse Gewest.’

Voor Nederland geldt iets soortgelijks. Ingevolge artikel 1 lid 1 van de Flora en Faunawet is het verboden dieren of eieren van dieren in de vrije natuur uit te zetten. Dit verbod keert in ongewijzigde vorm terug in artikel 3.34 van de Natuurbeschermingswet.

31 Een ander gevolg van de classificatie van insecten als landbouwhuisdieren is dat het-geen zij produceren bij de vertering van organisch materiaal, de status krijgt van dierlijke mest – met alle juridische gevolgen van dien – in plaats van compost/humus. Deze complicatie gaat de reikwijdte van deze bijdrage echter te buiten.

32 Zie voetnoot 8.

33 Het verbod (behoudens religieuze ontheffing) op onverdoofd slachten, geldt ingevolge Verordening (EG) nr. 1099/2009 slechts voor gewervelde dieren.

34 Zie voetnoot 8.

4 Gebruik van insecten als ingrediënt in levensmiddelen

4.1 Algemene veiligheidseisen

Bij levensmiddelen geldt het basisvereiste dat zij niet op de markt mogen worden gebracht wanneer zij onveilig zijn – dat wil zeggen, schadelijk voor de gezondheid en ongeschikt voor menselijke consumptie.³⁵ Dit concept onveiligheid omvat zowel de aard van het type product als de conditie van het individuele product.³⁶ Voordat insecten op de markt worden gebracht moet er dus voldoende inzicht bestaan in hun kwetsbaarheid voor chemische of microbiologische contaminatie en moeten de daarmee verband houdende gezondheidsrisico's voor de mens onder controle zijn om te verzekeren dat producten in veilige conditie verkeren. Wat betreft de risico's die samenhangen met de aard van het product, verdient met name allergeniciteit de aandacht.³⁷ Gelet op de verwantschap met schaaldieren ligt het voor de hand te verwachten dat de eiwitten van sommige insecten bij sommige consumenten allergische reacties zullen kunnen oproepen.

4.2 Toelatingsvereisten voor Novel foods

Voor sommige producten³⁸ geldt dat hun veiligheid in een aanvraagprocedure moet worden bewezen voordat er toelating tot de markt aan wordt verleend. Ingevolge Verordening (EG) nr. 258/97 – met ingang van 1 januari 2018 vervangen door Verordening (EU) nr. 2015/2283 – geldt voor levensmiddelen die niet voor 1997 een geschiedenis van veilig gebruik binnen de EU hebben opgebouwd (zogenoemde nieuwe levensmiddelen of 'novel foods') dat deze slechts op de markt worden gebracht wanneer zij op basis van een wetenschappelijke veiligheidsbeoordeling zijn

35 Artikel 14 Verordening (EG) nr. 178/2002. Zie in detail over deze bepaling B.M.J. van der Meulen, 'The Core of Food Law. A Critical Reflection on the Single Most Important Provision in All of EU Food Law', *European Food and Feed Law Review* 2012/3, p. 117-125.

36 Zie Bernd van der Meulen, *Levensmiddelenrecht. Systeem van een gelaagd functioneel rechtsgebied*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, hoofdstuk 7 Voedselveiligheid: concept (p. 43-47).

37 Zie o.m. K.C.M. Verhoeckx, S. van Broekhoven, C.F. den Hartog-Jager, M. Gaspari, G.A.H. de Jong, H.J. Wichers, E. van Hoffen, G.F. Houben en A.C. Knulst, 'House dust mite (Der p 10) and crustacean allergic patients may react to food containing Yellow mealworm proteins', *Food and Chemical Toxicology* 2014, p. 364-373. Doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.fct.2013.12.049>; S. van Broekhoven, S. Bastiaan-Net, N.W. de Jong en H.J. Wichers, 'Influence of processing and in vitro digestion on the allergic cross-reactivity of three mealworm species', *Food Chemistry* 2016, p. 1075-1083. Doi:<http://dx.doi.org/10.1016/j.foodchem.2015.10.033>.

38 Zie voor een overzicht: Bernd M.J. van der Meulen, Harry J. Bremmers, Jo H.M. Wijnands en Krijn J. Poppe, 'Structural Precaution: The Application of Premarket Approval Schemes in EU Food Legislation', *Food and Drug Law Journal* 2012, vol. 67, p. 453-473.

toegelaten. Ondernemingen die toelating van een bepaald product vragen, zijn verantwoordelijk voor het aanleveren aan een wetenschappelijk veiligheidsdossier. Artikel 1, tweede lid, aanhef van Verordening (EG) nr. 258/97 luidt als volgt:

‘Deze verordening is van toepassing op het in de handel brengen in de Gemeenschap van voedingsmiddelen en voedselingrediënten die tot dusver in de Gemeenschap niet in significante mate voor menselijke voeding zijn gebruikt en die vallen onder de volgende categorieën.’

Dan volgt een opsomming van categorieën van levensmiddelen. Onzes inziens is aannemelijk dat de wetgever met deze opsomming niet heeft beoogd bepaalde soorten voedsel in te sluiten en andere soorten uit te sluiten van toepasselijkheid, maar heeft gepoogd alle denkbare nieuwe levensmiddelen te beschrijven. Dit neemt echter niet weg dat een legistische lezing van de tekst de interpretatie toelaat dat er levensmiddelen zijn die aan de categorie-indeling ontsnappen en daarmee ook aan de werkingssfeer van de verordening. De voor insecten relevante categorie is:

‘voedingsmiddelen en voedselingrediënten bestaande of geïsoleerd uit planten alsmede voedselingrediënten die *uit dieren zijn geïsoleerd*, met uitzondering van voedingsmiddelen en voedselingrediënten die volgens traditionele vermeerderings- of teeltmethodes zijn verkregen en die sinds lang veilig voor voedingsdoeleinden worden gebruikt’.³⁹

Op grond van deze tekst is wel betoogd dat anders dan bij planten, ten aanzien van dieren – waaronder insecten – geldt dat slechts *producten* van dieren onder de reikwijdte van de verordening vallen en gehele dieren niet.⁴⁰ Deze interpretatie lijkt ons weinig plausibel.⁴¹ Uit een oogpunt van het doel van de verordening – bescherming van de voedselveiligheid – zien wij geen relevant onderscheid tussen dieren in hun geheel en dieren in onderdelen. Aangezien echter insecten – of welke andere dieren dan ook – slechts zelden uitsluitend in hun geheel op de markt zullen worden gebracht voor consumptie, lijkt de discussie in hoge mate academisch. In de nieuwe Novel-foodsverordening is buiten twijfel gesteld dat ook gehele dieren waaronder gehele insecten binnen de reikwijdte vallen.⁴² Mocht dat al een verandering zijn ten

39 Artikel 2 lid 2 onder e Verordening (EG) nr. 258/97.

40 De Britse Food Standards Agency heeft in een brief van 12 augustus 2012 inderdaad het standpunt betrokken dat de Novel-Foodsverordening niet van toepassing zou zijn op gehele dieren zoals insecten.

41 Zo zou zij leiden tot de absurde consequentie dat een onderneming zonder toelatingsvereiste grondstoffen (namelijk gehele insecten) op de markt mag brengen terwijl de onderneming die deze grondstoffen gebruikt om producten te bereiden (dat zou een restaurant kunnen zijn) opeens een *novel food* creëert.

42 De nieuwe Novel Foodsverordening zegt daarover in overweging 8: ‘Het toepassingsgebied van deze verordening moet in principe hetzelfde blijven als dat van Verordening (EG) nr. 258/97. Het is echter gepast om, op basis van wetenschappelijke en technologische ontwikkelingen die zich sinds 1997 hebben voorgedaan, de categorieën

opzichte van de oude Novel-foodsverordening, dan treedt deze in werking met terugwerkende kracht.⁴³

Uit empirisch onderzoek⁴⁴ is gebleken dat de lasten in termen van kosten van het veiligheidsonderzoek,⁴⁵ onzekerheid van de uitkomst van de politieke besluitvorming in comitologie en vertraging van de marktintroductie zodanig hoog zijn dat zij slechts door kapitaalkrachtige (dus grote) ondernemingen kunnen worden gedragen. Ook voor deze ondernemingen geldt echter dat zij zich slechts zelden aan toelatingsprocedures wagen en dan nog alleen voor producten die in commerciële zin veelbelovend lijken. Het wekt dan ook geen verbazing dat sinds de inwerkingtreding van de Novel-Foodsverordening in 1997 slechts een zeer klein aantal (36⁴⁶)⁴⁷ producten daadwerkelijk tot de Europese markt is toegelaten. De conclusie moet daarom zijn dat de markttoegangseisen voor nieuwe levensmiddelen in de EU een vrijwel niet te nemen hindernis vormen. Dat zal temeer gelden voor insecten. Tot nu komt de belangstelling voor insecten hoofdzakelijk uit de hoek van kennisinstellingen en idealistische niche-ondernemingen maar bepaald niet uit de hoek van grote commerciële concerns.

levensmiddelen die nieuwe voedingsmiddelen zijn te herzien, te verduidelijken en bij te werken. Tot die categorieën moeten hele insecten en delen daarvan behoren.’ In de tekst van de verordening is dat als volgt verwoord bij de omschrijving van de categorie dieren: ‘levensmiddelen bestaand uit, geïsoleerd uit of geproduceerd uit dieren of delen daarvan, met uitzondering van dieren die zijn verkregen volgens traditionele teeltmethoden die reeds vóór 15 mei 1997 in de Unie voor de productie van levensmiddelen werden gebruikt voor zover de levensmiddelen van deze dieren een geschiedenis van veilig gebruik in de Unie als levensmiddel hebben’ (art. 3 lid 2 onder a ten v^e Verordening (EU) nr. 2015/2283).

43 Met dien verstande dat een terme de grâce wordt gegund om alsnog een aanvraag tot toelating in te dienen. Zie artikel 35 lid 2 van de nieuwe Novel-Foodsverordening.

44 In deze zin verschillende onderzoeken van Graham Brookes, zoals bijvoorbeeld: ‘Economic impact assessment of EU food related regulations on research, innovation and competitiveness in the specialty food ingredients sector’, Briefing paper 2016 for The Federation of European Specialty Food Ingredients Industries (ELC), <http://elc-eu.org/uploads/news_documents/Brookes_innovation_report_June_2016.pdf>. Zie ook Bernd van der Meulen, *Reconciling food law to competitiveness. Report on the regulatory environment of the European food and dairy sector*, Wageningen Academic Publishers 2009.

45 Waarmee onder meer dierproeven zijn gemoeid.

46 Zie <http://ec.europa.eu/food/safety/novel_food/authorisations/list_authorisations/index_en.htm>. Een nog veel kleiner aantal – drie – is afgewezen. Dit bevestigt het beeld dat bedrijven er gewoon niet aan beginnen.

47 Alleen al aan plantensoorten die op aarde worden geconsumeerd maar die geen geschiedenis van gebruik binnen de Europese Unie hebben, zijn er meer dan 6.500 potentiële *novel foods* (volgens I. Knudsen, I. Søborg, F. Eriksen, K. Pilegaard en J. Pedersen, ‘Risk management and risk assessment of novel plant foods: concepts and principles’, *Food Chem Toxicol* 2008, 46 (5), p. 1681-1705). Daar komen dan nog eens de eerder genoemde ongeveer 1.900 insecten bij. Dit zijn allemaal producten die een geschiedenis van veilig gebruik hebben buiten de EU, maar waarvan het verboden is deze binnen de EU op de markt te brengen zolang de toelatingsprocedure niet is doorlopen.

De autoriteiten zijn deels aan dit probleem tegemoetgekomen door op eigen initiatief veiligheidsonderzoek te ondernemen. Daarmee wordt het kostbaarste deel van de toelatingsprocedure naar de publieke sector gehaald.

Op 15 oktober 2014 heeft de Directeur bureau Risicobeoordeling & onderzoeks-programmering (Buro⁴⁸) een advies aan de minister van VWS en staatssecretaris van EZ uitgebracht over de risico's van consumptie van gekweekte insecten.⁴⁹ Het advies neemt geen standpunt in ten aanzien van de vraag of insecten toelatingsplichtige *novel foods* zijn, maar gaat uit van het feitelijke gegeven dat er in Nederland insecten te koop zijn voor humane consumptie. Het advies legt, gelet op deze feitelijkeheid, de nadruk op proceshygiëne, controle daarop en op de afwezigheid van bepaalde pathogene micro-organismen. Verder wordt erop gewezen dat het risico van allergische reacties denkbaar is. Als wij het goed zien, neemt de NVWA dit advies tot uitgangspunt bij toezicht en handhaving. Het is niet zo gelabeld, maar gezien vanuit de Novel-Foodsverordening lijkt er aldus sprake van een gedoogbeleid.

Zwaenepoel e.a. vatten de situatie voor België als volgt samen:

‘In België heeft het FAVV⁵⁰ regels (...) uitgewerkt voor het in de handel brengen van insecten voor humane consumptie (...). Deze regels werden naderhand vervat in een omzendbrief die het FAVV formuleerde, teneinde kwekers of andere betrokkenen (“operatoren”) toch enig houvast te verschaffen (FAVV, 21/05/2014). Deze omzendbrief heeft als doel om de voornoemde regels te verduidelijken die van toepassing zijn op het kweken en in de handel brengen van insecten en levensmiddelen op basis van insecten voor humane consumptie, in afwachting van een juridische verduidelijking van de regelgeving op Europees niveau. Deze omzendbrief is echter niet verordenend. (...) Niettegenstaande het gebrek aan een sluitend wetgevend kader wordt België door de commerciële sector wel beschouwd als een van de gangmakers in Europa, samen met Nederland en Frankrijk, omdat het FAVV het kweken voor humane consumptie van insecten wel gedooft en poogt te sturen.’

De in het citaat bedoelde regels omvatten onder meer een registratieverplichting en een lijst van toegelaten soorten.⁵¹ Ondernemingen die insecten in de handel willen brengen die niet in deze lijst zijn vermeld, moeten daarvoor voorafgaand een dossier

48 Buro is staatsrechtelijk interessant. Het is een onderdeel van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit. De NVWA is een ambtelijke dienst onder het ministerie van EZ ingesteld bij ministerieel besluit. De wetenschappelijke adviezen van Buro zijn echter bij wet aan het gezag van de minister onttrokken. Zo is een curieus stukje ZBO binnen een ambtelijk-hiërarchische organisatie ontstaan.

49 NVWA/BuRO/2014/2372.

50 Federaal Agentschap voor de veiligheid van de voedselketen. Zie <www.favv-afscab.be/>.

51 Huiskrekkel, Afrikaanse treksprinkhaan, Morioworm, Meelworm, Buffaloworm, Wasmotruips, Amerikaanse woestijnsprinkhaan, Bandkrekkel, Rups van de kleine wasmot en Rups van de zijdevlinder. Voor andere soorten moet eerst een dossier worden ingediend.

indienen volgens de *novel food*-aanvraagprocedure. De algemene regels van voedselveiligheid, hygiëne, traceerbaarheid en etikettering zijn van toepassing.

De Europese Voedselveiligheidsautoriteit (EFSA⁵²) heeft in 2015 een ‘Risk profile related to production and consumption of insects as food and feed’ gepubliceerd.⁵³ Het rapport is voorzichtig optimistisch van toonzetting. Zo geeft EFSA aan dat er geen aanwijzingen zijn dat insecten TSE-risico⁵⁴ kunnen overdragen. Wel onderstreept EFSA dat er nog veel lacunes in de wetenschappelijke kennis bestaan.

De nieuwe Novel-Foodsverordening introduceert per 1 januari 2018 een nieuw regime voor exotische levensmiddelen. Dit zijn producten die weliswaar nieuw zijn in de EU, maar die elders een geschiedenis van ten minste 25 jaar aan veilig gebruik hebben opgebouwd. Voor dergelijke producten zal een kennisgevingsprocedure gaan gelden. Bij de kennisgeving moet bewijs van veilig gebruik in het normale voedingspatroon in een derde land gedurende ten minste 25 jaar worden geleverd. De kennisgeving met het overgelegde bewijs wordt door de Europese Commissie gedeeld met lidstaten. De EFSA of een van de lidstaten kunnen ‘naar behoren met redenen omklede bezwaren in verband met de veiligheid indienen tegen het in de Unie in de handel brengen’ van het betrokken levensmiddel.⁵⁵ In dat geval moet alsnog een toelatingsprocedure worden gevolgd. Afhankelijk van de zwaarte van de eisen die aan het bewijs van veilig gebruik zullen worden gesteld, afhankelijk van de omvang van de toetsing van de redenen die de lidstaten voor bezwaren aanvoeren en afhankelijk van de mate van terughoudendheid die de lidstaten betrachten bij het indienen van bezwaren, zou deze procedure een belangrijke verlichting kunnen brengen voor de toelating van insecten die elders op de wereld worden geconsumeerd.⁵⁶

5 Gebruik van insecten als ingrediënt in diervoeders

5.1 Algemene veiligheidseisen – geen toelatingsvereiste

Ook bij diervoeders geldt het basisvereiste dat zij niet op de markt mogen worden gebracht wanneer zij onveilig zijn.⁵⁷ Het betreft hier zowel de veiligheid voor het

52 European Food Safety Authority, ingesteld bij Verordening (EG) nr. 178/2002.

53 Doi:10.2903/j.efsa.2015.4257.

54 TSE staat voor transmissible spongiform encephalopathie. Het gaat om hersendegeneratie veroorzaakt door prionen. Voorbeelden zijn de zogenoemde gekkekoenziekte (BSE – b van bovine) en bij de mens Variant Creutzfeld Jacob.

55 Artikel 15 Verordening (EU) nr. 2015/2282.

56 Zie over insecten onder de Novel-Foodsverordening ook: Corrado Finardi en Christophe Derrien, ‘Novel Food: Where are Insects (and Feed ...) in Regulation 2015/2283?’, *European Food and Feed Law Review* 2016, p. 119-129.

57 Artikel 15 Verordening (EG) nr. 178/2002.

dier waaraan het voer wordt vervoederd als voor de mens die producten van dit dier consumeert.⁵⁸

Voor diervoeders geldt niet een equivalent van de Novel-Foodsverordening.⁵⁹ Dit betekent dat niet vooraf in een zware procedure behoeft te worden aangetoond⁶⁰ dat eventuele nieuwe bronnen van proteïnen voldoen aan de algemene eis dat diervoeders veilig moeten zijn voor de dieren aan wie zij worden gevoederd en voor de mensen die de dierlijke producten consumeren. Met name voor soorten die zich van nature mede met insecten voeden, mag ten minste een zekere mate van veiligheid worden vermoed.

Er geldt weliswaar een notificatieverplichting maar deze gaat niet gepaard met een veiligheidsbeoordeling en leidt ook niet tot een officiële status van het genotificeerde materiaal. Materialen die worden gebruikt als diervoeder zijn opgenomen in een register. Het register is als bijlage opgenomen in Verordening (EU) nr. 68/2013, een uitvoeringsverordening bij Verordening (EG) nr. 767/2009.⁶¹ Een persoon die een materiaal voor het eerst op de markt brengt dat nog niet in het register is opgenomen, dient dit aan te melden. Te betogen valt dat insecten vallen binnen de categorie 9.16.1 ongewervelde dieren. Deze categorie omvat gehele ongewervelde landdieren of delen daarvan in al hun ontwikkelingsstadia, met uitzondering van soorten die voor mens of dier pathogeen zijn. De categorie omvat onbewerkte en bewerkte (bijvoorbeeld bevroren of gedroogde) ongewervelden.

5.2 Voederverbod

Het wettelijke kader voor de beoordeling van de toelaatbaarheid om insecten als diervoeders te gebruiken, wordt gevormd door de TSE Verordening⁶² en door – ook hier – de Verordening dierlijke bijproducten. Na de BSE-crisis is een totaalverbod afgekondigd om landbouwhuisdieren te voeren met dierlijke eiwitten. Het verbod gold niet voor aquacultuur en ook niet voor gezelschapsdieren. Hoewel de maatregelen vervolgens zijn genuanceerd en versoepeld, geldt nog steeds een totaalverbod om aan herkauwers eiwitten van dierlijke oorsprong te voederen.⁶³ Dit verbod is uitgebreid tot andere diersoorten voor verwerkte dierlijke eiwitten.⁶⁴

58 Zie voor een overzicht van het diervoederrecht in het algemeen: Dionne Chan, 'EU Feed Law', hoofdstuk 21 in: Bernd van der Meulen (red.), *EU Food Law Handbook*, Wageningen Academic Publishers 2014, p. 523-533.

59 Onzes inziens is dat evident. Finardi en Derrien (t.a.p.) komen met enkele slagen om de arm veel minder stellig tot dezelfde interpretatie.

60 Met uitzondering van producten afkomstig van genetisch gemodificeerde organismen, en diervoederadditieven. Daarvoor geldt wel een toelatingsvereiste ingevolge Verordening (EG) nr. 1829/2003 respectievelijk Verordening (EG) nr. 1831/2003.

61 Het is ook te raadplegen via <www.feedmaterialsregister.eu/>.

62 Verordening (EG) nr. 999/2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën.

63 Zie artikel 7 lid 1 TSE Verordening.

64 Zie artikel 7 lid 2 TSE Verordening jo. bijlage IV hoofdstuk I onder i.

Op het verbod zijn ook uitzonderingen gemaakt. Voor de casus insecten is de uitzondering van belang dat voor het voeren van niet-herkauwers gehydroliseerde eiwitten mogen worden gebruikt afkomstig van dieren die zelf ook geen herkauwers zijn. Het is overigens niet waarschijnlijk dat deze uitzondering veel zoden aan de dijk zal zetten. Corrado Finardi en Christophe Derrien⁶⁵ wijzen erop dat hydrolisatie een nogal kostbare aangelegenheid is.

Concreet voor insecten zou het voorgaande betekenen dat zij niet mogen worden gebruikt voor het voeren van runderen, schapen en geiten maar dat onverwerkte en gehydroliseerde insecteneiwitten eventueel wel mogen worden gebruikt voor het voederen van varkens, paarden, pluimvee, vis (en gezelschapsdieren).

Het behoeft geen betoog dat deze regelgeving de gebruiksmogelijkheid van insectenproteïnen (en dus van insecten) aanzienlijk begrenst.

6 Conclusie

Het hierboven in de paragrafen 3, 4 en 5 beschreven levensmiddelenrechtelijk kader is klaarblijkelijk niet ingesteld op het gebruik van insecten als onderdeel van de productie van levensmiddelen en diervoeders. De barrière die de Novel-Foodsverordening vormt, lijkt voor dit ogenblik in elk geval in Nederland en België gedogenderwijs genomen. Ook lijken autoriteiten bereid het uitgangspunt dat het bedrijfsleven verantwoordelijk is voor de wetenschappelijke onderbouwing van de veiligheid van nieuwe levensmiddelen soepel te hanteren door ten aanzien van insecten met eigen onderzoek te komen. Er is ons niet gebleken van enige handhaving van het in theorie mogelijk bestaande verbod insecten buiten een slachthuis te slachten. Pragmatisme alleen is echter niet voldoende om zeker te stellen dat insecten op een serieuze schaal kunnen worden ingezet bij het wegwerken van reststromen en in een circulaire economie kunnen worden gebruikt als diervoeder of voedsel.

In het bijzonder het vermogen van insecten om problematische afvalstoffen zoals met name mest om te zetten in hoogwaardig materiaal kan bij de huidige stand van de wet- en regelgeving niet worden benut. Door de classificatie van insecten als landbouwhuisdieren gelden voor het voeren van insecten dezelfde kwaliteitseisen als voor het voeren van varkens en koeien.

7 Discussie: dereguleren of reguleren?

Succesvolle opbouw van een circulaire economie vergt een geavanceerd samenspel tussen technologische ontwikkeling en juridische normering. Uit het voorgaande moge genoegzaam zijn gebleken dat insecten een belangrijke sleutel kunnen bieden tot een technologie die een veel duurzamer grondstoffengebruik in de levensmiddelensector mogelijk kan maken. Een majeur obstakel naar het realiseren van dit potentieel blijkt juridisch van aard te zijn.

65 T.a.p.

Als tussen droom en daad niet alleen praktische bezwaren maar met name ook wetten in de weg staan, dan rust op de jurist de verantwoordelijkheid de noodzaak van dat obstakel te toetsen en het zo mogelijk op te ruimen. Dat vergt een actieve betrokkenheid van beleidsmakers bij de wetenschappelijke ontwikkelingen en een even actieve betrokkenheid bij het herontwerpen van het juridische kader. In abstracto zijn daarbij twee routes denkbaar: deregulering waarbij insecten buiten het geldende wettelijke kader worden getrokken en regulering waarbij specifiek op insecten toegesneden wettelijke maatregelen worden getroffen.

7.1 Deregulering

De dereguleringsoptie zou kunnen worden verwezenlijkt door insecten bij EU-verordening te plaatsen buiten de categorieën landbouwhuisdier en *novel food*. Wanneer insecten *niet* langer gelden als landbouwhuisdieren vallen de belangrijkste juridische belemmeringen weg voor de productie van insecten met gebruikmaking van afvalstoffen. Voorts zou de toepasselijkheid van het verbod om dierlijke eiwitten als voedermiddel te gebruiken voor landbouwhuisdieren op basis van nader wetenschappelijk onderzoek moeten worden heroverwogen ten aanzien van insecteneiwitten.

Wanneer insecten niet zouden gelden als *novel food*, dan zouden zij komen te vallen onder de algemene regels voor voedselveiligheid. Deze regels omvatten een algemeen verbod om levensmiddelen op de markt te brengen die onveilig zijn en specifieke voorschriften ten aanzien van hygiëne en besmettingen met micro-organismen of chemicaliën. Het is dus zeker niet zo dat dan iedere normstelling ten aanzien van voedselveiligheid zou komen te vervallen.

Wat wel zou komen te vervallen, is de verplichting om in een voorafgaande procedure bewijs van veiligheid te leveren. De vraag is of dat een groot probleem zou zijn. In de jaren tachtig toen, bijvoorbeeld, de kiwi zijn intrede deed op de Europese markt bestond er geen algemeen toelatingsvereiste voor nieuwe levensmiddelen. Ons zijn geen alarmerende berichten bekend over nieuwe levensmiddelen die toen op de markt zijn gekomen. Meer in het bijzonder is de verordening niet gebaseerd op een risicoanalyse waaruit het bestaan van een voedselveiligheidsprobleem is gebleken. Wanneer *lidstaten* van de Europese Unie producten aan een toelatingsvereiste willen onderwerpen, dan dienen zij eerst door middel van wetenschappelijke risicoanalyse aan te tonen dat er aanwijzingen zijn dat er een veiligheidsprobleem zou kunnen bestaan. Dit ondervond Frankrijk toen het technische hulpstoffen die in de voedingsproductie worden gebruikt aan voorafgaande toelating wilde onderwerpen.⁶⁶ Volgens het Hof van Justitie EU was onbekendheid alleen niet voldoende om voorafgaande veiligheidsbeoordeling te eisen. Daarvoor moet door middel van risicoanalyse worden aangetoond dat er wetenschappelijke redenen zijn tot zorg. De risicobeoordelingen die tot nu toe beschikbaar zijn ten aanzien van insecten, suggereren niet dat

66 HvJ 28 januari 2010, zaak C-333/08 (*Commissie t. Frankrijk* (technische hulpstoffen)). Zie over deze zaak: Bernd van der Meulen, 'Prior Authorisation Schemes: Trade Barriers in Need of Scientific Justification', *European Journal of Risk Regulation* 2010, p. 465-471.

een *nationale* wetgever aan deze door het Hof van Justitie gestelde last zou kunnen voldoen om te bewijzen dat een toelatingsvereiste noodzakelijk is. Ten aanzien van *novel foods* is niet de nationale wetgever bevoegd, maar de Europese. Als echter een nationale wetgever om reden van onvoldoende wetenschappelijke rechtvaardiging niet zou mogen optreden, dan kan er toch weinig bedenking tegen bestaan wanneer de Europese wetgever bepaalde categorieën *novel foods* zou uitzonderen van toepasselijkheid van het toelatingsvereiste om daarmee het belang van een circulaire economie en van voedselzekerheid te dienen?

7.2 Regulering

Onder markttoelatingseisen is de bewijslast omgekeerd. Zolang private partijen geen bewijs van veiligheid hebben geleverd, gelden producten als onveilig en worden zij van de markt geweerd.

Er is wellicht meer moed voor nodig dan van een wetgever in redelijkheid kan worden gevergd om een eenmaal opgebouwd beschermingsregime los te laten zonder daarvoor iets in de plaats te stellen. Daarmee lijkt de dereguleringsoptie weinig kansrijk. Wanneer de wetgever toch een bijdrage wil leveren aan een circulaire economie door ruimte te scheppen voor insecten in de voeder- en voedselketens, dan ligt het ontwerpen van een toegespitst wettelijk kader voor de hand. Elementen in dat kader zouden de volgende kunnen zijn:

- het aanwijzen van insecten als categorie *suï generis* naast landbouwhuisdieren;
- het vaststellen van voedervoorschriften voor deze categorie op basis van een op het niveau van de regelgeving uit te voeren risicobeoordeling;
- het aanwijzen van insectenproteïnen als categorie *suï generis* naast eiwitten van dierlijke oorsprong;
- het vaststellen in hoeverre deze categorie als voer voor herkauwers en andere landbouwhuisdieren mag worden gebruikt op basis van een op het niveau van de regelgeving uit te voeren risicobeoordeling;
- het vaststellen van een positieve lijst van insecten die voor menselijke consumptie mogen worden gebruikt⁶⁷ op basis van een op het niveau van de regelgeving uit te voeren risicobeoordeling mede gelet op consumptie-ervaring in andere landen.

Leidende gedachte bij deze discussiepunten is dat het, in het licht van het algemene belang dat is gemoeid met de opbouw van een circulaire economie, aanbeveling verdient om inzake insecten de wetenschappelijke veiligheidsbeoordeling die voorwaarde is voor markttoegang als levensmiddel niet per product over te laten aan commercieel particulier initiatief, maar op regelgevingsniveau structureel te beleggen bij publieke onderzoeksinstituten.

67 Zoals de facto al in België bestaat.

DEEL III

Niet aan het (afval)stoffenrecht gerelateerde vragen

8 Circulaire economie: meer dan minder afval alleen

Jochem Spaans*

1 Inleiding

Terwijl binnen het Nederlandse milieurecht de aandacht op het moment vooral uitgaat naar de totstandkoming van de toekomstige Omgevingswet, voltrekt zich een ware revolutie: de transitie naar een milieurecht dat een circulaire economie faciliteert. Een circulaire economie is een economisch en industrieel systeem waarbinnen de waarde die aan producten wordt toegevoegd zo lang mogelijk blijft behouden en afval zo veel mogelijk wordt geëlimineerd. Uitgangspunt vormt dat producten na het einde van hun levensduur als hulpbronnen in de economie blijven, waardoor ze steeds opnieuw productief kunnen worden gebruikt en waarde blijven creëren.¹ Aldus stoelt een circulaire economie op een wezenlijk ander uitgangspunt dan de historisch gegroeide lineaire economie, die stoelt op een patroon van grondstoffen die worden omgezet in producten, die na gebruik als afval worden weggegooid.

Mede geïnitieerd vanuit de Europese Unie zijn verschillende beleidsinitiatieven opgestart om binnen het milieurecht een circulaire economie te faciliteren. Veel van die initiatieven betreffen het thema ‘van afvalstof naar grondstof’, meer in het bijzonder de juridische afbakening van het begrip ‘afvalstof’ en de betekenis daarvan voor initiatieven op het vlak van grondstoffenefficiëntie. De vele bijdragen in deze bundel die aan die thematiek zijn gewijd, getuigen hiervan. Vanwege de juridische én economische winst die daar valt te behalen, ligt die aandacht ook voor de hand.

Niettemin maken de Mededeling van de Commissie *Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie*² (hierna: Mededeling van de Commissie) en de in dat kader door de Commissie gepubliceerde informatie,³ alsook het Rijksbrede programma Circulaire Economie *Nederland circulair in 2050*⁴ (hierna: Rijksbrede programma) duidelijk dat een circulaire economie méér moet omvatten

* Jochem Spaans is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam en verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur schreef deze bijdrage op persoonlijke titel.

1 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, Brussel: 2 december 2015, COM(2015)614 final, p. 2.

2 Zie voetnoot 1.

3 Waaronder de Bijlage bij de Mededeling met een overzicht van de maatregelen waartoe de Mededeling oproept, en de factsheet van de Commissie *The production phase of the circular economy*.

4 Bij brief van 14 september 2016, met kenmerk IenM/BSK-2016/175734, door de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu en de minister van Economische Zaken toegezonden aan de voorzitter van de Tweede Kamer. Verschenen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33.

dan het thema van afvalstof naar grondstof alleen. Zo stelt de transitie naar een circulaire economie onder meer uitdagingen aan productieprocessen en producten, vergt die transitie voorlichtingsactiviteiten over en (financiële) ondersteuning van innovatieve projecten die een circulaire economie ondersteunen, en ook verslaglegging door de lidstaten aan de Commissie, enzovoort. Ook op die terreinen vinden beleidsinitiatieven plaats, of zijn zij voorgenomen, en die zullen evenzeer hun weerslag vinden in het (milieu)recht. De transitie naar een circulaire economie inspireert bovendien tal van nieuwe verdienmodellen. In het Rijksbrede programma wordt onderkend dat deze modellen grote kansen bieden voor de Nederlandse economie,⁵ en wordt het stimuleren van circulaire verdienmodellen – naast, onder meer, een visie op circulair productontwerp – genoemd als interventie waarop het kabinet inzet.⁶ Het ligt voor de hand dat zulke ontwikkelingen ook hun weerslag vinden in het recht, waarbij het dan overigens niet primair om het milieurecht hoeft te gaan.⁷

Deze bijdrage beschouwt de impact van de circulaire economie op het milieurecht buiten het thema ‘van afvalstof naar grondstof’. Noodzakelijkerwijs breng ik daarbij een selectie aan. Enerzijds omwille van de omvang van deze bijdrage. De circulaire economie betreft een economisch systeem, dat in potentie van betekenis is voor (vrijwel) alle onderdelen van het recht. Daarbij speelt dat het begrip ‘circulaire economie’ geen vastomlijnd begrip is, en er vele onderwerpen zijn die met dit containerbegrip in verband worden gebracht, variërend van het VN Klimaatakkoord van Parijs uit 2015 tot 3D-printing,⁸ van zwerfvuil op zee tot het verminderen van het gebruik van gratis plastic tasjes⁹ en groene werkgelegenheid.¹⁰ Anderzijds breng ik een selectie aan omdat, zoals hierna zal blijken, in de Mededeling en het Rijksbrede programma weliswaar vele beleidsinitiatieven worden aangestipt, maar over de concrete uitwerking ervan nog veel onduidelijkheid bestaat. Anders gezegd: veel van de beleidsinitiatieven voor de hier bedoelde transitie staan op het moment nog in de kinderschoenen, en hebben nog geen vertaling gevonden in concrete wetsvoorstellen, hetgeen een juridische beschouwing ervan nog niet goed mogelijk maakt.

Hierna wordt eerst de breedte van de verschillende beleidsinitiatieven geschetst voor de Mededeling (paragraaf 2) respectievelijk het Rijksbrede programma (paragraaf 3).

5 Volgens indicaties van TNO kan per jaar binnen betrokken sectoren van de circulaire economie een extra omzet van € 7,3 mld worden gegenereerd, waarmee 54.000 banen zijn gemoeid. TNO, *Kansen voor een circulaire economie in Nederland*, 2013 (TNO 2013 R10864), p. 3.

6 Rijksbrede programma (brief), p. 6.

7 Naar aanleiding van het KNB Preadvies 2016 – L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016 – hield de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie een congres over de toekomst van Boek 5 BW, in welk verband mede is stilgestaan bij de impact van de circulaire economie op het burgerlijk recht. Zie hierover de bijdrage van W. van Hoeflaken, “Juridische haken en ogen remmen de ontwikkeling”. Preadvies Boek 5 BW van de toekomst’, *Notariaat Magazine*, april 2016, editie 3, p. 10-11.

8 Aldus een eenvoudige Google search, en bijvoorbeeld wat betreft 3D-printing het Rijksbrede programma (brief), p. 5.

9 Rijksbrede programma (brief), p. 3.

10 Mededeling, p. 23.

Aangegeven wordt welke beleidsinitiatieven worden voorgesteld buiten het thema ‘van afvalstof naar grondstof’ om. Een beoordeling daarvan vindt plaats in de vorm van een tussenconclusie (paragraaf 4). Vervolgens vindt een verdieping plaats wat betreft twee van die initiatieven: de regulering van het productontwerp (paragraaf 5) en van productieprocessen (paragraaf 6). Afgesloten wordt met een korte slotbeschouwing (paragraaf 7).

2 Beleidsinitiatieven genoemd in de Mededeling

Als aangegeven draagt de Mededeling de titel *‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’*. De ‘cirkel’ slaat op de levenscyclus of kringloop van producten. Het afvalbeheer vormt slechts een schakel in die kringloop, die aanvangt met de productie van het product: het productontwerp en de toegepaste productieprocessen. De Mededeling onderkent dat deze eerste stappen van invloed zijn op de verwerving, het gebruik van hulpbronnen en de afvalproductie gedurende de levenscyclus van een product.¹¹ Wat betreft het productontwerp pleit de Mededeling voor prikkels voor een verbeterd productontwerp, dat wil volgens de Mededeling zeggen: een ontwerp dat producten duurzamer maakt of ervoor zorgt dat zij gemakkelijker kunnen worden gerepareerd, verbeterd of geherproduceerd. Het ontwerp van elektrische en elektronische producten wordt in de Mededeling in het bijzonder genoemd. De Commissie kondigt in dit verband aan eisen te stellen in de Richtlijn inzake ecologisch ontwerp,¹² die zouden kunnen zien op aspecten van een circulaire economie, als repareerbaarheid, duurzaamheid, verbeterbaarheid, recycleerbaarheid of de identificatie van bepaalde materialen of stoffen. Daarbij stelt de Commissie een financiële prikkel voor producten voor, eruit bestaande dat de hoogte van financiële bijdragen die in het kader van de producentenverantwoordelijkheid worden voldaan, afhankelijk wordt gemaakt van de kosten aan het einde van de levensduur van de betrokken producten. Aldus zou een economische stimulans worden geïntroduceerd om producten te ontwerpen die gemakkelijker kunnen worden gerecycled of hergebruikt.¹³

Wat betreft de productieprocessen zet de Commissie in op het wereldwijd stimuleren van de duurzame verwerving van grondstoffen ‘(...) bv. door middel van beleidsdialogen, partnerschappen en haar handels- en ontwikkelingsbeleid’.¹⁴ In verschillende sectoren zal de Commissie beste praktijken bevorderen door middel van de referentiedocumenten over de beste beschikbare technieken (BBT). Tegelijkertijd wenst de Commissie innovatieve industriële processen de ruimte te bieden. Onder meer wordt in de Mededeling in dit verband verwezen naar ‘herproductie’: ‘een aantal fabricagestappen waarmee het afgeschreven onderdeel of product wordt teruggebracht in een staat waarin het als nieuw of beter kan presteren, met de

11 Mededeling, p. 3.

12 Richtlijn 2009/125/EG betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energiegerelateerde producten.

13 Mededeling, p. 4.

14 Mededeling, p. 5.

desbetreffende garantie'.¹⁵ Voor het midden- en kleinbedrijf volgt oprichting van een Europees kenniscentrum inzake hulpbronefficiëntie.

Is een product eenmaal geproduceerd, dan kunnen de keuzen van miljoenen consumenten de circulaire economie ondersteunen of hinderen, aldus de Mededeling. Daarmee wordt in de kringloop opgeschoven naar de verbruiksfasen. Beleidsinitiatieven die de Commissie hier noemt, zien vooral op het informeren van consumenten. Concreet gaat het dan bijvoorbeeld om het toezien op de juistheid van 'groene claims', waarmee consumenten in een grote verscheidenheid worden geconfronteerd. De etikettering van huishoudelijke apparaten en andere energiegerelateerde producten moet verbeterd worden en niet alleen informatie tonen over de energieprestaties maar ook over de (verdere) milieuprestaties.¹⁶ Lidstaten worden aangemoedigd om economische instrumenten aan te wenden om ervoor te zorgen dat de milieukosten beter in de prijs van een product tot uiting komen. En de Commissie stelt regels voor ten aanzien van de wettelijke garantietermijn bij online aankopen – in de woorden van de Mededeling 'een belangrijk deel van de consumptiepuzzel'¹⁷ – waaronder een (in beginsel) omkering van de bewijslast bij een gebrek dat zich binnen de eerste twee jaar na levering openbaart.¹⁸ Verwante initiatieven zijn te stellen eisen omtrent de beschikbaarheid van reserveonderdelen en reparatie-informatie. Daarbij wijst de Mededeling op in de praktijk voorkomende 'geplande veroudering' van producten om de nuttige levensduur van producten te beperken. De Commissie begint met werkzaamheden om deze praktijken op te sporen en aan te pakken.¹⁹

Wat betreft innovatieve vormen van consumptie – bijvoorbeeld het delen van producten of het afnemen van diensten in plaats van producten – wordt aangegeven dat de Commissie deze steunt via subsidieregelingen als Horizon 2020.²⁰ Voor overheidsopdrachten ziet de Commissie een rol weggelegd om 'groene overheidsopdrachten' te bevorderen. Zelf zal de Commissie het goede voorbeeld geven door 'zo groen mogelijk' aan te besteden.²¹

Nadat vervolgens in de Mededeling uitvoerig is stilgestaan bij de op de verbruiksfasen volgende afvalfase, en in dat verband bij beleidsinitiatieven die zien op een zorgvuldig gebruik van grondstoffen, stelt de Commissie zich tot slot van de Mededeling ten doel om ook overigens de voorwaarden te creëren die nodig zijn om een circulaire

15 Mededeling, p. 6.

16 Op 25 mei 2016 paste de Commissie met het oog hierop haar Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices aan, SWD(2016)163 final.

17 Mededeling, p. 7.

18 Zie het voorstel van de Commissie voor een richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de online-verkoop en andere verkoop op afstand van goederen van 9 december 2015, COM(2015)635 final.

19 Mededeling, p. 8.

20 Mededeling, p. 8.

21 Mededeling, p. 9. In verband hiermee publiceerde de Commissie in 2016 diverse nieuwe Green Public Procurement criteria, zie het Report from the Commission on the implementation of the Circular Economy Action Plan van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, p. 8.

economie tot ‘volledige ontplooiing’ te laten komen.²² Opnieuw wijst de Commissie hier op het belang van innovatie, die zij door middel van subsidiëring wil ondersteunen. Innovatie draagt bij tot het concurrentievermogen en de modernisering van de EU-industrie, aldus de Commissie.²³ De Commissie schuwt in dit verband het in de Nederlandse praktijk beproefde instrument van de ‘deal’ niet:

‘In het kader van het initiatief wordt ook een experimentele aanpak onderzocht om vernieuwers te helpen die met belemmeringen van regelgevende aard (bv. dubbelzinnige wettelijke bepalingen) worden geconfronteerd, door het sluiten van overeenkomsten met belanghebbenden en overheden (“innovatiedeals”).’²⁴

De Commissie noemt in de Mededeling verder het belang van publieke en private financieringsbronnen om verbeterde technologieën en processen op grotere schaal toe te passen, infrastructuur te ontwikkelen en de samenwerking tussen actoren in de waardeketen te intensiveren, en verwijst daarbij naar bestaande instituten als het Europees Fonds voor strategische investeringen (EFSI) en de Europese Investeringsbank (EIB).²⁵ In januari 2017 riep de Commissie, tezamen met de EIB, een Circular Economy Finance Support Platform in het leven om innovators en investeerders samen te brengen.²⁶ Investerings zijn ook nodig in onderwijs- en opleidingsstelsels, om gekwalificeerd personeel met specifieke en soms nieuwe vaardigheden op te leiden voor de overgang naar een circulaire economie.²⁷

3 Beleidsinitiatieven genoemd in het Rijksbrede programma

Het Rijksbrede programma (van 16 september 2016) dateert van geruime tijd na de Mededeling (van 2 december 2015). Het Rijksbrede programma bestaat, in de kern, uit eerdergenoemde brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, waarbij gevoegd meerdere bijlagen. De meest omvattende bijlage betreft het zeventig pagina’s tellende document ‘Nederland circulair in 2050’. De ambities van het Rijksbrede programma zijn bepaald hoog: het kabinet stelt het perspectief te schetsen op een

22 Mededeling, p. 21.

23 Mededeling, p. 21.

24 Mededeling, p. 21. Uit het Report from the Commission on the implementation of the Circular Economy Action Plan van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, volgt dat inmiddels, bij wijze van pilot, de mogelijkheid heeft opengestaan voor partijen om zich te melden voor ‘Innovation deals for a circular economy’, zie ook <<https://ec.europa.eu/research/innovation-deals/index.cfm>>. Naar verwachting worden twee deals in het eerste kwartaal van 2017 gesloten.

25 Mededeling, p. 22.

26 Zie het Report from the Commission on the implementation of the Circular Economy Action Plan van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, p. 7.

27 Mededeling, p. 23.

toekomstbestendige, duurzame economie en een leefbare aarde voor toekomstige generaties.²⁸ Hiertoe is volgens het Rijksbrede programma vereist dat grondstoffen efficiënt worden ingezet en optimaal worden hergebruikt, en op duurzame wijze worden gewonnen. En uiteraard dat aantasting van milieu, leefomgeving en gezondheid zo veel mogelijk wordt voorkomen.²⁹ Hoewel dit laatste waarschijnlijk meer zal vergen dan een efficiënt grondstoffengebruik alleen, is het Rijksbrede programma daarop wel primair gericht. Het kabinet beoogt in 2030 een tussendoelstelling van 50% minder gebruik van primaire grondstoffen (mineraal, fossiel en metalen), en in 2050 moet Nederland ‘circulair zijn’. De geformuleerde tussendoelstelling zou kunnen suggereren dat in 2050 in het geheel geen primaire grondstoffen meer worden gebruikt, maar uit genoemde bijlage ‘Nederland circulair in 2050’ kan worden opgemaakt dat dit genuanceerder ligt, en mede afhangt van wat (tegen die tijd) technisch mogelijk is.³⁰

Ook in het Rijksbrede programma wordt in de eerste plaats gewezen op het belang van het productontwerp. Daarvoor is ook een cultuuromslag – ‘Geen wegwerpmentaliteit’ – vereist, gezien het feit dat veel producten nu niet opnieuw bruikbaar zijn en soms zelfs bewust zijn ontworpen om snel te worden afgedankt.³¹ Wat opvalt, is dat in de brief vervolgens veel concrete voorbeelden worden gegeven – onder vermelding van de namen van de betrokken ondernemingen³² – van wat het kabinet beschouwt als circulair denken. De voorbeelden variëren van het verkopen van verlichting als dienst, tot het vervaardigen van spijkerbroeken uit aangespoelde drinkflessen, enzovoort. Dat maakt de brief heel concreet, maar ook zeer divers van inhoud. Het kabinet formuleert drie strategische doelstellingen om zijn ‘circulaire ambities te ondersteunen’. Een ervan betreft niet het thema van afvalstof naar grondstof en luidt:

‘We ontwikkelen nieuwe productiemethodes, gaan nieuwe producten ontwerpen en gaan gebieden anders inrichten. Ook bevorderen we nieuwe manieren van consumeren. Dit leidt tot andere ketens die de gewenste reductie, vervangen en benutting [van grondstoffen] een extra impuls geven.’³³

Het kabinet ziet de overheid hierbij niet alleen als ‘marktmeester’, maar ook als ‘regisseur’ die richting geeft, en als ‘netwerkpartner’ die in de uitvoering actief samenwerkt met ‘stakeholders in productketens, in sectoren en op diverse schaalniveaus’.³⁴

28 Vooral die laatste ambitie doet denken aan de in de Wet milieubeheer voorgeschreven doelstelling van het nationaal milieubeleidsplan, waarvan het meest recente (het NMP4) alweer dateert van 2001.

29 Rijksbrede programma (brief), p. 1. De in deze bijdrage gehanteerde paginaverwijzingen refereren aan de oorspronkelijke opmaak van bedoelde brief; in de opmaak als Kamerstuk kunnen de verwijzingen verschillen.

30 Rijksbrede programma (bijlage Nederland circulair in 2050), hfst. 5.

31 Rijksbrede programma (brief), p. 2.

32 Een voorbeeld van een kop uit de brief is: ‘Auping Take Back System. Een supervoorbeeld van circulair denken.’, Rijksbrede programma (brief), p. 8.

33 Rijksbrede programma (brief), p. 5.

34 Rijksbrede programma (brief), p. 6.

Om zijn strategische doelstellingen te realiseren, zet het kabinet in op in het Rijksbrede programma genoemde ‘interventies’. Het gaat dan onder meer om stimulerende wet- en regelgeving, waaronder een ‘visie op circulair productontwerp’ en het stimuleren van circulaire verdienmodellen.³⁵ Ook beoogt het kabinet slimme marktprikkels: niet alleen door zelf circulair in te kopen, maar ook het tot uitdrukking brengen van de positieve effecten van circulaire producten in de marktprijs.³⁶ De overige interventies betreffen de financiering van circulaire initiatieven, het ontwikkelen en delen van kennis en innovatie, en internationale samenwerking. Ook het kabinet noemt bij deze interventies veelvuldig het belang van het sluiten van deals, zoals dat in de afgelopen jaren veelvuldig – en met succes³⁷ – heeft plaatsgevonden.

Een uitwerking van het vorenstaande is opgenomen in de genoemde bijlage ‘Nederland Circulair in 2050’, die voor een aantal ‘prioriteiten’ beschrijft welke ambities, doelen en inspanningen het kabinet als eerste wil oppakken. De prioriteiten betreffen biomassa en voedsel, kunststoffen, de maakindustrie, de bouw en consumptiegoederen. Voor elk van deze prioriteiten wordt een visie voor 2050 aangegeven, en vervolgens benoemd welke maatregelen op dit moment al zijn of worden getroffen, en welke maatregelen daaraan nog worden toegevoegd. Zo beoogt het kabinet, in de kern, dat in 2050, waar technisch mogelijk, 100% hernieuwbare (gerecyclede en biobased) kunststofmaterialen worden toegepast, zonder schadelijk effect voor het milieu. Hiertoe dienen kunststofmaterialen in ketens zo efficiënt mogelijk te worden benut, en kunststofmateriaalstromen zo veel mogelijk hernieuwbaar te worden toegepast, maar ook kunststofproducten zodanig te worden ontworpen dat deze kunnen worden hergebruikt en na afdanking hoogwaardig kunnen worden gerecycled.³⁸ Bij de beschrijving van al getroffen maatregelen staan vervolgens diverse maatregelen die raken aan het thema van afvalstof naar grondstof, variërend van de recycling van kunststofverpakkingen tot het verbod op het weggeven van gratis plastic tassen. Nog te treffen maatregelen betreffen onder meer programma’s gericht op circulair ontwerpen en het ontmoedigen van niet-recyclebare producten.³⁹ De nadruk binnen de uitwerking in de bijlage ‘Nederland Circulair in 2050’ ligt evenwel op het thema van afval naar grondstof.

4 Tussenconclusie

Wat direct opvalt bij beoordeling van zowel de Mededeling als het Rijksbrede programma, is dat beide documenten blijk geven van een hoog ambitieniveau wat betreft de transitie naar een circulaire economie. Daarbij zijn beide documenten sterk gedreven door de – belangwekkende – idee van grondstoffenefficiëntie, en de daarmee samenhangende discussie over de afbakening van het begrip afvalstof. Met name in het Rijksbrede programma springen deze punten in het oog, vanwege

35 Rijksbrede programma (brief), p. 6-8.

36 Rijksbrede programma (brief), p. 10.

37 *Kamerstukken II* 2015/16, 33 043, nr. 71.

38 Rijksbrede programma (bijlage Nederland circulair in 2050), p. 53.

39 Rijksbrede programma (bijlage Nederland circulair in 2050), p. 54.

de geëxpliciteerde ambitie van het kabinet om een perspectief te schetsen op een toekomstbestendige, duurzame economie en een leefbare aarde voor toekomstige generaties. Nu zal grondstoffenefficiëntie daarvoor essentieel zijn, maar naar mag worden aangenomen zijn daarvoor nog veel meer inspanningen vereist. Buiten het thema van afval naar grondstof blijkt het Rijksbrede programma – en overigens ook de Mededeling – dan echter weinig concreet. Wat wel zichtbaar wordt, is de breedte van de maatregelen die nodig zouden zijn om een circulaire economie te faciliteren. Duidelijk is dat ten minste maatregelen nodig zijn wat betreft productontwerp en productieprocessen, waarover in de volgende paragrafen.

In het oog springt verder dat zowel de Europese als nationale overheid wil sturen op innovatie. De gedachte daarachter zal zijn dat de transitie naar een circulaire economie weliswaar milieurecht vergt dat die transitie faciliteert, maar bovenal ondernemingen die circulaire initiatieven tot ontwikkeling willen brengen. Uit beide documenten klinkt de ambitie van de overheid om hierin niet alleen te faciliteren, maar ook te sturen. De vraag is hoe effectief zulke sturing is, in die zin dat er een paradox lijkt te bestaan bij het sturen op innovatie: hoe meer sturing, hoe minder ruimte voor innovatie. Backes gaat elders in deze uitgave uitvoerig op deze paradox in.

In het verlengde hiervan valt wat betreft het Rijksbrede programma ook de toon ervan op. De ‘naming & praising’, waaronder in de brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer, is opvallend. Dat is ook het veelvuldig gebruik van de wij-vorm – waaronder de geciteerde passage ‘We ontwikkelen nieuwe productiemethodes, gaan nieuwe producten ontwerpen (...)’. Daarmee is duidelijk dat het kabinet veel van het bedrijfsleven verwacht, en het spreken in wij-vorm zal passen bij de vele (green) deals die de afgelopen jaren – mede op het terrein van de circulaire economie⁴⁰ – zijn gesloten. Het suggereert echter – mogelijk onbewust – een fluïde scheiding tussen markt en overheid, en doet de vraag opkomen wat voor de verwezenlijking van een circulaire economie tot de taak van de overheid behoort, en welke instrumenten zij daartoe kan inzetten.

5 Regulering van het productontwerp

Een van de beleidsinitiatieven die wat meer uitgewerkt worden genoemd in de Mededeling en het Rijksbrede programma, is de regulering van het productontwerp. Eisen ten aanzien van het productontwerp moeten de transitie naar een circulaire economie faciliteren, zoveel is duidelijk, maar beide documenten worden ook hier niet heel erg concreet.

De Mededeling benoemt wel dat elektrische en elektronische producten in dit verband van bijzonder belang zijn. Repareerbaarheid kan voor consumenten belangrijk zijn en deze producten kunnen waardevolle materialen bevatten waarvan de

40 Onder meer GD156 (Nederland Hotspot voor Circulaire Economie), zie <www.green.deals.nl>.

recycling eenvoudiger moet worden gemaakt, aldus de Mededeling.⁴¹ Juist ten aanzien van elektrische en elektronische apparatuur (EEA) bestaat echter al jaren een dergelijke verplichting. De voormalige richtlijn 2002/96/EG betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur (AEEA) beoogde al te bevorderen dat bij het ontwerp en de productie van EEA ‘(...) ten volle rekening wordt gehouden met reparatie, de mogelijkheid tot verbetering, hergebruik, demontage en recycling daarvan en dat deze aspecten worden vergemakkelijkt’.⁴² Artikel 4 verplichtte de lidstaten hiertoe, in de kern, ‘ontwerp en productie van EEA te stimuleren’ ‘(...) met oog voor het vergemakkelijken van de ontmanteling en nuttige toepassing, en in het bijzonder van het hergebruik en recyclen van AEEA, onderdelen en materialen’. De herziening van deze richtlijn bij Richtlijn 2012/19/EU verlangt dat de lidstaten samenwerking tussen producenten en recycleerders, alsook maatregelen stimuleren ‘ter bevordering van ontwerp en productie van EEA’ ‘met name met oog voor het vergemakkelijken van het hergebruik, de ontmanteling en de nuttige toepassing van AEEA en de onderdelen en materialen daarvan’. De betrokken bepaling verwijst daarbij, anders dan haar voorganger, naar Richtlijn 2009/125/EG inzake het ecologisch ontwerp. De lidstaten moeten passende maatregelen nemen opdat de eisen inzake ecologisch ontwerp die gericht zijn op het vergemakkelijken van het hergebruik en de verwerking van AEEA, worden toegepast en zodat specifieke ontwerpelementen of productieprocessen van de producenten het hergebruik van AEEA niet in de weg staan (artikel 4).

Het in de Mededeling bedoelde bijzondere belang zal de reden zijn dat ten aanzien van EEA al vele jaren bedoelde verplichtingen gelden, maar juist hierom bevreemdt het dat uitgerekend EEA in de Mededeling wordt genoemd wat betreft het creëren van prikkels voor een verbeterd productontwerp. Mogelijk wordt bedoeld dat de naleving van de reeds geldende verplichtingen tekortschiet, en daarop in de toekomst beter zal worden toegezien, maar dat dit het geval zou zijn, blijkt in elk geval niet uit de Mededeling.

De Mededeling noemt verder drie maatregelen wat betreft het verbeteren van het productontwerp. In de eerste plaats heeft de Commissie in het kader van de Richtlijn inzake ecologisch ontwerp verplichte eisen voor productontwerp en -marketing uitgewerkt wat betreft het demonteren, hergebruiken en recyclen van elektronische beeldschermen. De Commissie heeft een ontwerpregeling, met uitvoerige bijlage met producteisen, op 21 december 2016 genotificeerd aan de World Trade Organization.⁴³

⁴⁴ In de tweede plaats stelt de Commissie voor een beter productontwerp te bevorderen

⁴¹ Mededeling, p. 4.

⁴² Richtlijn 2002/96/EG, considerans onder (12).

⁴³ Waarover het Report from the Commission on the implementation of the Circular Economy Action Plan van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, p. 5.

⁴⁴ Uit de Annex bij het Report from the Commission on the implementation of the Circular Economy Action Plan van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, kan bovendien worden opgemaakt dat de Commissie de Europese standaardisatieorganisaties heeft verzocht

door de hoogte van financiële bijdragen die producenten uit hoofde van regelingen voor uitgebreide producentenverantwoordelijkheid betalen, te koppelen aan de kosten aan het einde van de levensduur van hun producten. Hiermee wordt een rechtstreekse economische stimulans gecreëerd om producten te ontwerpen die gemakkelijker kunnen worden gerecycled of hergebruikt. In de derde plaats onderzoekt de Commissie de mogelijkheden en maatregelen voor een coherenter beleidskader voor de verschillende werkterreinen van het EU-productbeleid en de bijdrage daarvan tot een circulaire economie.

Wat betreft dit laatste is vermeldenswaardig dat de Commissie op 20 november 2016 een Ecodesign Working Plan 2016-2019 aannam.⁴⁵ Daar waar dit Working Plan ziet op EEA, sluit genoemde derde, vrij algemene maatregel uit de Mededeling niet uit dat op termijn ook voor andere producten dan EEA, verplichtingen komen te gelden voor verbeterd productontwerp. Of de richtlijn inzake ecologisch ontwerp daarvoor steeds een voor de hand liggend kader biedt, valt te bezien, in zoverre dat het toepassingsbereik van die richtlijn vooralsnog is beperkt tot ‘energiegerelateerde producten’. Dat zijn, in de kern, goederen die tijdens het gebruik een effect hebben op het energieverbruik, en zodoende EEA. In elk geval kan worden vastgesteld dat regulering van het productontwerp nog geen vorm kreeg in de richtlijnvoorstellen die de Commissie tezamen met de Mededeling bekend heeft gemaakt,⁴⁶ en dat over de precieze invulling van dit beleidsinitiatief ook op dit moment nog onduidelijkheid bestaat.

Niettemin vallen mij, bij beoordeling van de Mededeling en het Rijksbrede programma, nog drie zaken op. Het eerste punt wordt ook door Backes elders in deze uitgave benoemd. De onder de richtlijn inzake ecologisch ontwerp geldende beoordelingskaders zijn buitengewoon omvattend, en adresseren alle aspecten die bij het streven naar een circulaire economie een belangrijke rol spelen, van het verbruik van grondstoffen en energie, tot emissies bij de productie, de hoeveelheid inzet van gerecyclede stoffen bij de productie, enzovoort. Indien men al deze voor een circulaire economie relevante aspecten wil reguleren – vanuit de idee dat zij nu eenmaal ‘relevant’ zijn – zouden producten aan een omvangrijke catalogus van eisen moeten voldoen. Backes vraagt zich mijns inziens terecht af of dat geen rem vormt op innovaties, die volgens de Mededeling en het Rijksbrede programma nu juist zo wenselijk worden geacht voor de transitie naar de circulaire economie.

Bovendien en in de tweede plaats zou een dergelijke, op alle relevante parameters gerichte regulering zich slecht verdragen met de zogeheten ‘nieuweraanpak-wetgevingstechniek’, die ten aanzien van productvoorschriften in de EU wordt

om standaarden te ontwikkelen om in de toekomst eisen te kunnen stellen aan onder meer de reparbaarheid, het hergebruik, enz.

45 Zie COM(2016)773 final.

46 Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van de Richtlijnen 2000/53/EG betreffende autowrakken, 2006/66/EG inzake batterijen en accu's, alsook afgedankte batterijen en accu's, en 2012/19/EU betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur, COM(2015)593 final.

gehanteerd,⁴⁷ en aldus op gespannen voet kunnen komen te staan met de voorschriften van de Uniewetgeving inzake het goed functioneren van de interne markt. Bedacht moet in dit verband worden dat naar aanleiding van het arrest *Cassis de Dijon*⁴⁸ binnen de EU is gekozen voor harmonisatiewetgeving die zich beperkt tot het stellen van essentiële eisen (bij voorkeur prestatie- of functionele eisen) waaraan de producten die in de EU in de handel worden gebracht, moeten voldoen als ze willen profiteren van vrij verkeer binnen de EU.⁴⁹

In de derde en laatste plaats valt mij op dat daar waar wat betreft het thema ‘van afvalstof naar grondstof’ veel aandacht uitgaat naar de definitie van het begrip ‘afvalstof’, en daarmee naar een meer heldere afbakening van de wettelijke verantwoordelijkheden, de Commissie wat betreft het productontwerp slechts in algemene termen refereert aan het belang van (onderzoek naar de mogelijkheden en maatregelen voor) een coherenter beleidskader voor de verschillende werkteerrenen van het EU-productbeleid. Een heldere afbakening van verantwoordelijkheden lijkt mij echter ook hier een eerste vereiste. In dat verband springt in het oog dat EU-productwetgeving maar ten dele stoelt op een uniform begrippenkade. Zo’n kader is voorhanden voor na 9 juli 2008 tot stand gekomen richtlijnen met productvoorschriften waarbij wordt voorzien in CE-markering.⁵⁰ Bij gebrek aan uniformiteit kan in het bijzonder discussie ontstaan over wie (binnen de productketen) voor het verbeterde productontwerp verantwoordelijk is.

Bijvoorbeeld wat betreft EEA geldt dat Richtlijn 2012/19/EU betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur de ‘producent’ centraal stelt. Van dat begrip bevat die richtlijn een uitvoerige definitie, die onder meer verduidelijkt dat het primair gaat om natuurlijke en rechtspersonen die in een lidstaat zijn gevestigd, maar in voorkomend geval ook om partijen in een derde land (buiten de EU) omvat. De verwante Richtlijn 2011/65/EU betreffende beperking van het gebruik van bepaalde gevaarlijke stoffen in elektrische en elektronische apparatuur, kent het begrip ‘producent’ niet, maar bevat een korte definitie van de ‘fabrikant’ (naast definities van verschillende andere marktdeelnemers). Die definitie sluit aan bij het begrippenkader dat tegenwoordig wordt gehanteerd voor CE-markering. De tot 20 april 2016 geldende Richtlijn 2004/108/EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wet-

47 Goedgekeurd door de Raad van ministers op 7 mei 1985 in zijn resolutie betreffende een nieuwe aanpak op het gebied van technische harmonisatie en normen, zie *PbEG* 1985, C 136/1.

48 HvJ 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*), *Jur.* 1979, p. 649.

49 Zie hierover uitvoerig de Mededeling van de Commissie ‘Richtlijnen voor de uitvoering van de productvoorschriften van de EU’, waarvan de meest recente versie dateert van 2016, 2016/C 272/01. In de praktijk wordt deze Mededeling al jaren aangeduid als de ‘Blue Guide’ (Blauwe Gids). Zie over de invloed van het *Cassis de Dijon*-arrest p. 7 e.v.

50 Zie Bijlage I met referentiebepalingen voor communautaire harmonisatiewetgeving voor producten, bij Besluit 768/2008/EG betreffende een gemeenschappelijk kader voor het verhandelen van producten.

gevingen van de lidstaten inzake elektromagnetische compatibiliteit, regelde weliswaar CE-markering en hanteerde het begrip fabrikant, maar bevatte daarvan geen definitie. Richtlijn 2006/66/EG inzake batterijen en accu's, alsook afgedankte batterijen en accu's, hanteert op haar beurt zowel het begrip producent als fabrikant, maar alleen het eerste begrip is gedefinieerd, en wel op een wijze die afwijkt van de definitie in Richtlijn 2012/19/EU. Richtlijn 94/62/EG betreffende verpakking en verpakkingsafval – EEA wordt vanzelfsprekend ook verpakt – gaat dan weer uit van 'ondernemingen', wat 'met betrekking tot verpakking' betekent: 'leveranciers van verpakkingsmaterialen en fabrikanten en verwerkers, vullers en gebruikers, importeurs, handelaren en distributeurs van verpakking, overheden en publiekrechtelijke organisaties'. Wordt hierbij de wetgeving op nationaal niveau beschouwd, dan ontstaat een nog complexer beeld. De Warenwet – voor EEA in het bijzonder relevant via het tot 1 juli 2016 geldende Warenwetbesluit elektrotechnische producten, dat sinds die datum is vervangen door het Warenwetbesluit elektrisch materiaal (dat Richtlijn 2014/35/EU betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake het op de markt aanbieden van elektrisch materiaal bestemd voor gebruik binnen bepaalde spanningsgrenzen implementeert) – neemt als voornaamste aangrijpingspunt het 'verhandelen': het te koop aanbieden, uitstellen, tentoonstellen, verkopen, afleveren of voorhanden of in voorraad hebben van een waar. Om nog te zwijgen van de weerbarstige praktijk die heeft geleid tot juridische procedures over de vraag of een producent onder het voormalige Besluit beheer elektrische en elektronische apparatuur in Nederland moet zijn gevestigd,⁵¹ en bedoelde praktijk waarin het toegepaste btw-regime (mede) bepalend wordt geacht voor de vraag wie kwalificeert als producent.⁵² Mijs inziens ligt hier voor de Commissie een taak tot uniformering, maar in de Mededeling blijft dit aspect onderbelicht.

6 Regulering van productieprocessen

Een tweede beleidsinitiatief dat als zodanig wordt genoemd in de Mededeling en het Rijksbrede programma, betreft het reguleren van productieprocessen, zodanig dat dit bijdraagt aan de transitie naar een circulaire economie. Concreet gaat het dan, bijvoorbeeld, erom dat bij de productie meer secundaire grondstoffen en meer hernieuwbare primaire grondstoffen worden ingezet, dat het ontstaan van afval zo veel mogelijk wordt voorkomen, enzovoort. Bedoeld beleidsinitiatief richt zich in de Mededeling in het bijzonder op het opnemen van BBT (beste beschikbare technieken) in communautaire BBT-referentiedocumenten, die voor zogeheten IPPC-inrichtingen – veelal grote industriële inrichtingen – het uitgangspunt vormen bij milieuvergunningverlening. Dit systeem – dat zijn grondslag vindt in de voormalige 'IPPC-richtlijn' en inmiddels is verankerd in Richtlijn 2010/75/EU inzake industriële

51 ABRvS 5 maart 2008, zaaknr. 200701761.

52 Zie de website van het Nationaal WEEE ('Waste Electric and Electronic Equipment', dus EEA) Register, <www.nationaalweeeregister.nl/>, onder 'Ben ik een producent en moet ik mij registreren?' en <[www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/afval/landingspagina-0/faq-elektr\(on\)ische/](http://www.rwsleefomgeving.nl/onderwerpen/afval/landingspagina-0/faq-elektr(on)ische/)>, beide websites geraadpleegd op 11 februari 2017.

emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging) – is niet nieuw, en het opnemen van maatregelen die bijdragen aan de transitie naar een circulaire economie is dat evenmin. Zo bevat het BREF for the Refining of Mineral Oil and Gas – doorgaans aangeduid als het BREF Raffinaderijen – van (begin) 2015, bij de beschrijving van de ‘Techniques to consider in the determination of BAT [BBT]’ een paragraaf ‘Recycling and reusing waste’ (paragraaf 4.25.4). Wat betreft afvalproductie en -beheer is op grond van genoemd BREF zelfs een BBT-conclusie bepaald. BBT is hergebruik van slib in proceseenheden ter beperking van de hoeveelheid slib die moet worden behandeld of verwijderd.

Ik kan mij voorstellen dat ten aanzien van andere categorieën van IPPC-activiteiten soortgelijke overwegingen worden opgenomen in een BREF, of zelfs BBT-conclusies worden bepaald.⁵³ Bij dit beleidsinitiatief valt echter een aantal kanttekeningen te plaatsen. Elders in deze uitgave heeft Backes er al op gewezen dat een dergelijke vorm van regulering de status quo en het gebruik van op ruime schaal gangbare technieken en technische oplossingen bestendigt. Innovaties worden daardoor niet bevorderd en mogelijk zelfs afgeremd. Die inschatting lijkt me juist, maar bedacht moet wel worden dat binnen de systematiek van de IE-richtlijn (2010/75/EU) een onderscheid wordt gemaakt tussen het BREF-document, de BBT-conclusies, en de met BBT geassocieerde emissieniveaus. Binnen de systematiek van de IE-richtlijn zijn bedoelde emissieniveaus in beginsel bindend – in zoverre dat daarvan alleen in bepaalde gevallen kan worden afgeweken, en dat wel gelijkwaardige parameters of gelijkwaardige technische maatregelen die een gelijkwaardig niveau van milieubescherming garanderen, kunnen worden voorgeschreven – maar wordt met BBT-conclusies ‘slechts’ rekening gehouden.⁵⁴ In het belang van het bevorderen van innovatie is mijns inziens daarom niet zozeer de vraag of er voldoende ruimte is voor de overheid om strengere eisen te stellen – zoals Backes zich afvraagt – maar vooral in hoeverre drijvers van IPPC-inrichtingen de ruimte kunnen nemen om andere technieken toe te passen dan in BBT-conclusies of een BREF worden genoemd. Binnen de systematiek van de IE-richtlijn zou die ruimte mijns inziens moeten bestaan (althans in ieder geval binnen de ruimte die de met BBT geassocieerde emissieniveaus laten). Wel is het zo dat afwijken van BBT-conclusies dan zal moeten worden gemotiveerd, en dat daarover vervolgens een juridische discussie kan ontstaan. Met name dit laatste zou een reden kunnen zijn voor een drijver om dan maar op voorhand een wel in het BREF benoemde techniek toe te passen, met de door Backes genoemde rem

53 De Commissie noemt maatregelen die bijdragen aan de transitie naar een circulaire economie in (in elk geval) de BREFs Common waste water and waste gas treatment/management systems in the chemical sector, Non-ferrous metals industries en Intensive rearing of poultry and pigs, zie de Annex bij het Report from the Commission on the implementation of the Circular Economy Action Plan van 26 januari 2017, COM(2017) 33 final.

54 Zie in die zin ook artikel 5.4 lid 1 Besluit omgevingsrecht (Bor; over het rekening houden met BBT-conclusies) en artikel 5.5 lid 6 Bor (over het vaststellen van emissiegrenswaarden die waarborgen dat de emissies onder normale bedrijfsomstandigheden niet hoger zijn dan de met de BBT geassocieerde emissieniveaus).

op innovatie tot gevolg. Ter mitigatie moet worden bedacht dat er – in elk geval wat betreft het thema van afvalstof naar grondstof – een economisch motief kan bestaan voor de drijver om toch zijn innovatieve techniek te willen toepassen. Door minder gebruik van (primaire) grondstoffen kan in voorkomend geval binnen de bedrijfsvoering een kostenvoordeel worden behaald, en kan aldus niet alleen een milieuvoordeel, maar ook een voordeel op concurrenten worden behaald.

Verder staat tegenover de zorg van Backes dat de IE-richtlijn mede een *level-playing field* binnen de EU beoogt te creëren voor de betrokken IPPC-inrichtingen.⁵⁵ De voorgenenomen regulering van productieprocessen zou daaraan kunnen bijdragen, zonder dat ‘circulaire koplopers’ daarbij hoeven te worden afgeremd (zie hiervoor). Alhoewel dit losstaat van onderhavig beleidsinitiatief, maakt de toelichting op het bij de Mededeling gevoegde voorstel tot wijziging van enkele richtlijnen op het gebied van afvalbeheer⁵⁶ inzichtelijk dat op het gebied van afvalbeheer grote verschillen tussen de lidstaten bestaan. Datzelfde beeld onder de lidstaten was eerder (een van de) aanleiding(en) voor de introductie onder de IE-richtlijn van BBT-conclusies.⁵⁷

Een derde punt is dat de IE-richtlijn beoogt om de nadelige gevolgen vanwege, in de kern, het in werking hebben van IPPC-inrichtingen te beperken. Het is daarom maar de vraag of alle aspecten die bij het streven naar een circulaire economie een belangrijke rol spelen, wel een plaats kunnen krijgen in een BREF-document. Vanuit het perspectief van de Nederlandse ‘verruimde reikwijdte’, zou er in elk geval ruimte kunnen bestaan voor regulering van een zuinig gebruik van energie en grondstoffen.⁵⁸ Ik heb de indruk dat verschillende BREF-documenten ook het een en ander noemen over die aspecten. Maar tegelijkertijd deel ik Backes’ visie dat dit niet zover gaat, dat ook regulering kan plaatsvinden op aspecten die niets veranderen aan de milieugevolgen van de inrichting als zodanig.⁵⁹

7 Tot besluit

Uit het voorgaande volgt dat een circulaire economie meer behelst dan minder afval alleen. Voor de transitie naar een circulaire economie is een breed scala aan beleidsinitiatieven voorzien. Sommige van die initiatieven zijn evident. In de levenscyclus of kringloop van producten vormt het afvalbeheer slechts een schakel, en die ‘cirkel’

55 Zie overweging (3) van de considerans van de IE-Richtlijn (Richtlijn 2010/75/EG).

56 Voorstel voor een Richtlijn tot wijziging van de Richtlijnen 2000/53/EG betreffende autowrakken, 2006/66/EG inzake batterijen en accu’s, alsook afgedankte batterijen en accu’s, en 2012/19/EU betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur, COM(2015)593 final.

57 Zo kan worden opgesteld uit de Impact Assessment opgesteld t.b.v. de IE-Richtlijn, SEC(2007)1679.

58 Artikel 1.1 lid 2 onder c Wet milieubeheer.

59 En zo heeft de Afdeling ook meermaals geoordeeld onder de vigeur van de Wm-vergunning.

vangt aan met het ontwerp en de productie van het product. Wat de verschillende initiatieven buiten het thema van afval naar grondstof gemeen hebben, is dat zij op het moment nog weinig concreet zijn. De beschouwing in deze bijdrage over de regulering van productontwerp en productieprocessen moge inzichtelijk maken dat op die twee terreinen circulaire kansen liggen, maar aan regulering ook de nodige haken en ogen zitten.

9 **Faciliteert het omgevingsrecht innovaties op weg naar een circulaire economie?**

*Chris Backes**

1 **Inleiding**

Zoals uit de inleiding van deze bundel blijkt en verder wordt toegelicht in de Europese en nationale beleidskaders, raakt het streven naar een circulaire economie enorm veel verschillende delen van het recht. De transitie naar een circulaire economie roept onder meer vragen op in het belastingrecht, het mededingingsrecht, het aansprakelijkheidsrecht, het aanbestedingsrecht en uiteraard ook het afvalstoffenrecht. Vele bijdragen in deze bundel gaan over dit laatste. In deze bijdrage echter zal op al deze deelterreinen van het recht niet worden ingegaan, maar zal de vraag centraal staan of het omgevingsrecht de voor de omslag naar een circulaire economie noodzakelijke innovaties stimuleert. Deze vraag zal niet omvattend (kunnen) worden beantwoord. Gekozen wordt om een drietal vragen nader te belichten. Eerst zal worden nagegaan of de vernieuwing van het omgevingsrecht die is ingezet met de komst van de Omgevingswet mogelijkheden bevat ter bevordering van het streven naar een circulaire economie. Vervolgens worden enkele voornemens tot nadere regelgeving uit de mededeling van de Europese Commissie over de circulaire economie besproken. Dat gebeurt tegen de achtergrond van een paar gedachten over de vraag welke regelgeving nodig is om innovaties te bevorderen. Uit de ruime keuze van beoogde maatregelen in het actieplan van de EU kies ik drie onderwerpen uit: de regulering van milieubelastende activiteiten (thans nog inrichtingen geheten), de mogelijkheden van de Ecodesign-richtlijn en het bevorderen van innovaties voor de circulaire economie door middel van groen aanbesteden.

2 **Verankering van het streven naar een grondstofarme economie in het omgevingsrecht**

De discussie over een circulaire economie richt zich vooral op een efficiënte omgang met grondstoffen.¹ Zoals zowel uit de Mededeling van de Europese Commissie over circulaire economie als uit het ‘Rijksbreed programma Circulaire Economie’ blijkt,

* Prof. dr. C. Backes LL.M. is werkzaam als hoogleraar omgevingsrecht aan de Universiteit Utrecht, Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL).

1 Mededeling van de Commissie, ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, COM(2015)614 final en *Nederland circulair in 2050*, Rijksbreed programma Circulaire Economie, verschenen als bijlage bij de brief van 14 september 2016 van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu en de minister van Economische Zaken, *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33. De regulering met als direct doel een

is het sluiten van stofkringlopen en het zo veel en zo hoogwaardig mogelijk gebruiken van stoffen en voorwerpen na beëindiging van hun oorspronkelijke bestemming, in tegenwoordige termen vaak gekwalificeerd als hergebruik van afvalstoffen, daarbij één belangrijk aandachtsveld, maar zeker niet het enige. Het gaat bijvoorbeeld ook om het delen van producten door meerdere gebruikers of het verminderen van de inzet van (eindige) grondstoffen bij de productie.²

De vraag is of ons huidige en het in de steigers staande toekomstige omgevingsrecht dit doel duidelijk en voldoende adresseert. Het huidige omgevingsrecht is thans nog sectoraal opgebouwd en aangestuurd. Bodemverbruik is een belangrijk thema in het ruimtelijke ordeningsrecht,³ maar dan volledig beperkt tot verbruik van de bodem en ruimte in Nederland. Het natuurbeschermingsrecht ziet niet op het verbruik van grondstoffen, maar wel op bepaalde aspecten van het verbruik aan biodiversiteit. Het waterrecht en het milieurecht hebben de grootste raakvlakken met het streven naar vermindering van het grondstoffengebruik, maar hebben als voornaamste doelstellingen het in stand houden en waar nodig verbeteren van de kwaliteit van de verschillende milieucomponenten. Binnen het milieurecht is de aandacht in het afvalstoffenrecht deels gericht op het bevorderen van een circulaire economie en het verminderen van het grondstofgebruik, althans indirect. De als ‘ladder van Lansink’ al in 1979 aanvaarde en in het Landelijk Afval Plan (LAP) opgenomen⁴ afvalhiërarchie kan men begrijpen als een poging gericht op het sluiten van stofkringlopen. Dit beleidsconcept laat echter veel ruimte voor verschillende accenten. Zo was het voornaamste doel van het afvalstoffenbeleid onder het LAP 1 en de eerste jaren van het LAP 2 het verminderen van stort van afval en het verminderen van de klimaat-emissies. Op beide doelen is flink vooruitgang geboekt. ‘LAP1 en LAP2 hebben grotendeels de doelen gerealiseerd die ongeveer tien jaar geleden gesteld werden’, zo werd in een evaluatie van het afvalstoffenbeleid geconstateerd.⁵ In termen van de Ladder van Lansink heeft het beleid tussen de jaren 2003 en 2015 geleid tot een grote verschuiving van de laagste stap op de ladder van Lansink (stort) naar de derde stap (afvalverbranding met energietoepassing). Voor bouw- en sloopafval is er daarnaast een verschuiving geweest naar materiaalhergebruik en recycling. Voor de andere sectoren is echter vaak gekozen voor verbranden met energieopwekking. De toename van het percentage nuttige toepassing ten opzichte van verwijdering is overigens voor een substantieel deel zonder feitelijke veranderingen, dus slechts formeel, bereikt door verwerking in afvalverbrandingsinstallaties, in overeenstemming met

vermindering van het energieverbruik, het verbruik van schoon water, de luchtvervuiling of het landverbruik blijven hier dus buiten beschouwing.

- 2 Zie ook de samenvatting van de inhoud van beide documenten in de bijdrage van Spaans in deze bundel.
- 3 De in ongenade gevallen ‘ladder van duurzame stedelijke ontwikkeling’ is hier een voorbeeld van.
- 4 Thans geldt het LAP 2 (2009 tot 2021); ook in de consultatieversie van het LAP 3 is de ladder opgenomen, Landelijk Afvalbeheerplan 2017-2029, Consultatieversie, <www.lap2.nl/uitvoering-lap/inspraakprocedure/>, p. 29.
- 5 G.C. Bergsma, J. Vroonhof, M.J. Blom en I.Y.R. Odegard, *Evaluatie Landelijk Afvalbeheersplan (LAP) In en 2*, CE Delft, Delft 2014, p. 63.

Europees beleid, niet langer meer als verwijdering, maar als (thermische) nuttige toepassing aan te merken.⁶ De ‘LAPs’ waren echter niet gericht op grondstofefficiency en het streven naar een circulaire economie. Het LAP3 is een belangrijk kader om elementen van een beleid voor een circulaire economie uit te werken. Het LAP is echter een beleidskader voor het omgaan met afvalstoffen. Het is één instrument dat kan bijdragen aan het streven naar een circulaire economie, niet meer en niet minder. Het LAP3 bevat dan ook een eigen hoofdstuk waarin het Rijksbrede programma Circulaire Economie wordt weergegeven (hoofdstuk B 1.2.), maar geeft ook aan dat de bijdrage van het LAP aan dit programma beperkt is.⁷

Een goede analyse hoe de wetgeving op de deelterreinen van het omgevingsrecht kan worden ingezet om het doel van vermindering van het grondstofgebruik te bevorderen ontbreekt echter. Dat geldt ook voor het aankomende recht, de Omgevingswet. De woorden ‘circulaire economie’ komen in de memorie van toelichting op de Omgevingswet niet voor. Andersom wordt ook in het Rijksbrede programma Circulaire Economie niet ingegaan op de Omgevingswet. Over regelgeving valt in het programma vooral te lezen dat belemmeringen voor innovatieve oplossingen die de circulaire economie bevorderen dienen te worden weggenomen.⁸ In de begeleidende brief bij het programma wordt daaraan toegevoegd, dat naast het bieden van meer ruimte en het opheffen van beperkingen door regelgeving door de Crisis- en herstelwet en straks de Omgevingswet ook het programma ‘Ruimte in Regels’ het streven naar circulaire oplossingen kan faciliteren. Naast de ‘80 belemmeringen’ die dit programma tot het verschijnen van het Rijksbrede programma heeft weggenomen, aldus de brief, streeft het kabinet ernaar om ‘tot 2020 minimaal nog eens 80 belemmeringen weg te nemen’. De rol die het omgevingsrecht en in het bijzonder de Omgevingswet lijkt te moeten spelen bij de nodige drastische transitie naar een circulaire economie lijkt vooral gericht te zijn op het niet reguleren van uit de markt komende oplossingen en toepassingen en het wegnemen van hindernissen die bestaande regels (zouden kunnen) opwerpen.

Het opmerkelijke zwijgen van de Omgevingswet over (het juridisch instrumentarium ter bevordering van) de circulaire economie is voornamelijk het gevolg van de keuze om de productgerichte (milieu)regelgeving vooralsnog niet in de Omgevingswet op te nemen. Daarvoor is wel plaats gereserveerd (hoofdstukken 6, 7 en 8), maar of productgerichte (milieu)wetgeving ooit een plaats in de Omgevingswet krijgt, is nog maar de vraag. Het stoffenrecht, inclusief het afvalstoffenrecht, zal dus voorlopig nog buiten de Omgevingswet te vinden zijn. De verdere ontwikkeling van het stoffenrecht en de verdere ontwikkeling van het stelsel van de Omgevingswet lijken (vooralsnog) twee, bijna geheel, gescheiden sporen. Zo bezien is het logisch dat het thema circulaire economie in de Omgevingswet niet voorkomt en de Omgevingswet geen

6 Bergsma, Vroonhof, Blom en Odegard 2014, p. 7.

7 Zie de concrete voorbeelden die worden genoemd in de paragraaf B.1.5 ‘de relatie tussen het LAP en het Rijksbrede programma Circulaire Economie’, Landelijk Afvalbeheerplan 2017-2029, Consultatieversie, <www.lap2.nl/uitvoering-lap/inspraak-procedure/>, p. 83 en 84.

8 Rijksbrede programma Circulaire Economie, *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33, bijlage, p. 25.

rol speelt in de discussie over de circulaire economie. Er is echter meer aan de orde dan een vraag van wetgevingstechniek en ordening van wetgeving. Het gaat ook om een nog ontbrekende focus. De hoofdaandacht van het omgevingsrecht, meer in het bijzonder het milieurecht, is tot nu toe gericht op het tegengaan van schadelijke effecten van emissies en afval die bij het productieproces of door andere handelingen (bijvoorbeeld aanleg van infrastructuur) ontstaan. Het zo min mogelijk gebruiken van nieuwe grondstoffen en het zo veel mogelijk benutten van de waarde van grondstoffen is nog niet het sturende, of een van de sturende principes van het omgevingsrecht en het nadenken daarover.⁹ Dat wordt in de structuur van de regelgeving weerspiegeld. Integratie van het stoffenrecht in de Omgevingswet kan daarom meer zijn dan een, arbitraire, wetgevingstechnische operatie. Mijn inziens zal het lonen om over de samenhang tussen het stoffenrecht en de Omgevingswet na te denken.

3 Recht als innovatiebevorderende of innovatiebelemmerende factor

Om binnen een of twee decennia een omslag te maken naar een overwegend circulaire economie waarin niet het percentage nuttig toegepaste afvalstoffen, maar een minimaal grondstofgebruik centraal staat, moeten nieuwe wegen worden bewandeld en zijn nieuwe technologieën en werkwijzen nodig. Het verminderen van de input van nieuwe grondstoffen in de economie vergt innovaties. Niet voor niets luidt de eerste aanbeveling uit de hiervoor al aangehaalde evaluatie van de Landelijke Afvalbeheer Plannen: ‘Bouw meer instrumenten in voor stimulering van innovatie.’¹⁰ De vraag of het huidige (omgevings)recht het vinden en toepassen van innovaties die gericht zijn op het minimaliseren van het grondstofgebruik bevordert of eerder in de weg staat, zal in het volgende aan de hand van enkele voorbeelden nader worden belicht. In de Nederlandse juridische of mede-juridisch-interdisciplinaire literatuur is veel onderzoek gedaan naar de juiste mix van regulering, administratieve lasten van regulering en (on)mogelijkheden van zelfsturing. Tamelijk weinig onderzoek is echter gericht op de vraag welke regelgeving innovatie bevordert of belemmert. In 2009 heeft Heldeweg een deel van zijn oratie aan deze vraag gewijd.¹¹ Dat gat is onlangs substantieel gevuld door Verschuuren en Bink die in opdracht van het ministerie van I en M een onderzoek hebben gedaan naar ‘milieuregelgeving die innovatie

9 Overigens kan ook de ruimtelijke ordening een belemmerend of juist bevorderend effect hebben op het streven naar circulaire economie, zie hierover bijvoorbeeld PBL, *Circulaire economie, de fysieke omgeving en het omgevingsbeleid*, Den Haag 2016, Achtergrondstudie, <www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/PBL2016_Circulaire%20economie,%20de%20fysieke%20omgeving%20en%20omgevingsbeleid_2445.pdf>.

10 Bergsma, Vroonhof, Blom en Odegard 2014, p. 63.

11 Zie bijvoorbeeld M.A. Heldeweg, *Smart rules and regimes, publiekrechtelijk(e) ontwerpen voor privatisering en technologische innovatie* (oratie Universiteit Twente), 24 september 2009, <www.utwente.nl/academischeplechtigheden/oraties/archief/2007-2014/oratieboekje_heldeweg.pdf>, p. 155 e.v.

stimuleert'.¹² Onderdeel van dit onderzoek was een overzicht van de overwegend Amerikaanse literatuur over dit thema. Ondanks het feit dat nog veel onduidelijkheid en meningsverschillen bestaan over de vraag welke regelgeving innovaties het beste bevordert, bestaat over een aantal bevindingen grote eenstemmigheid, aldus Verschuuren en Bink. Dat betreft onder meer de volgende bevindingen:

- ‘Streng milieudoelen die gedurende geruime tijd zullen vaststaan zijn een cruciale voorwaarde voor het realiseren van radicale innovaties’;¹³
- Incrementele innovaties worden gefaciliteerd door een gefaseerde aanscherping van milieudoelen;
- Als de wetgever voor deze benadering (van gefaseerde aanscherping van doelen) kiest, dan is het bereiken van radicale innovaties vrijwel uitgesloten.’¹⁴

In navolging van Porter en Van de Linde moet milieuregelgeving, wil zij innovatie bevorderen voorts:

- maximale ruimte laten voor innovatie door de industrie; de regelgever mag deze ruimte niet zelf inkleuren;
- continue verbetering stimuleren in plaats van zich te richten op het realiseren van een bepaalde technologie;
- zo min mogelijk ruimte laten voor onzekerheid.¹⁵

Deze bevindingen worden in het vervolg als vertrekpunt genomen. Verschillende factoren zijn van invloed op het al dan niet tot ontwikkeling komen van innovaties, zoals kennisinfrastructuur, verdienmodellen, financieringsmogelijkheden enzovoort. Regelgeving, waarop hier het accent wordt gelegd, is daar slechts één van. Ook al is de regelgeving op zich geschikt om innovatie te bevorderen, het succes daarvan zal beperkt blijven als niet ook andere factoren, zoals een voor innovaties gunstig fiscaal beleid, ondersteuning bij kennisverspreiding en training, enzovoort hierop zijn afgestemd. De vraag die in deze verkennende bijdrage centraal staat, is echter of de bestaande regelgeving en de in de recente Europese en nationale beleidsagenda's voor de circulaire economie aangekondigde regelgeving innovaties ten behoeve van een minimaal grondstofgebruik en een circulaire economie bevorderen. Ik zal mij daarbij beperken tot een beschouwing over enkele instrumenten die, volgens de

12 J. Verschuuren en K. Bink, *Naar slimme milieuregelgeving die innovatie stimuleert*, Tilburg University 2015, <https://pure.uvt.nl/portal/files/6577524/Naar_slimme_milieuregelgeving_die_innovatie_stimuleert_eindrapport260215_anon.pdf>; zie ook J. Verschuuren, 'Innovatie en milieuregelgeving', *Men R* 2015, p. 113 e.v.

13 Radicale innovaties berusten, in tegenstelling tot incrementele innovaties, op een grote (technologische) doorbraak, een heel nieuw product, service of werkwijze (proces) die onafhankelijk zijn van eerdere producten, services of werkwijzen.

14 Verschuuren en Bink 2015, p. 5 e.v.

15 Verschuuren en Bink 2015, p. 7.

Europese¹⁶ en nationale overheid,¹⁷ een cruciale rol moeten spelen op de weg naar een circulaire economie.

Uiteraard levert dit geen omvattend antwoord op de vraag of beleid en regelgeving die gericht zijn op het nader brengen van de circulaire economie innovaties bevorderen of eerder belemmeren. Dat is, zou het in een dergelijk kader mogelijk zijn, ook niet de bedoeling. De gekozen voorbeelden laten hopelijk wel zien waar nog winst zou kunnen worden behaald en waarop de discussie in de komende jaren zou moeten zijn gericht. Soortgelijke analyses zijn ook met betrekking tot andere delen van de regelgeving en andere subthema's van de circulaire economie mogelijk.

4 Recht ter regulering van productieprocessen

Bij het bevorderen van grondstofarme productieprocessen gaat het erom bij de productie meer secundaire grondstoffen en meer hernieuwbare primaire grondstoffen in te zetten. Een mogelijkheid om dit te bevorderen is bedrijven ertoe te bewegen producten in te kopen die meer secundaire grondstoffen bevatten. De Europese Commissie wil dit hoofdzakelijk bereiken door dit aspect mee te nemen in de BATReferentie documenten die in aanmerking moeten worden genomen bij de vergunningverlening voor bedrijven die onder de richtlijn voor industriële emissies vallen.¹⁸ In deze documenten staan technieken die binnen de EU kunnen worden gezien als 'beste beschikbare technieken', dat wil zeggen technieken die in de praktijk worden toegepast en hun waarde hebben bewezen. Iets verkort gezegd hoeft een bedrijf dat kan aantonen dat de door zijn bedrijfsproces veroorzaakte milieugevolgen overeenkomen met de milieugevolgen van een van de in een BATreference document genoemde productieprocessen, op grond van deze richtlijn geen verder strekkende maatregelen te nemen. Een dergelijke vorm van regulering bestendigt de status quo en het gebruik van gangbare technieken en technische oplossingen, en is niet gericht op het bevorderen van innovaties. Het voor de vergunningverlening meest prominente kader bepaalt immers dat een niveau overeenkomstig de in de praktijk al toegepaste technieken voldoende is.¹⁹ Nu kan daartegen worden ingebracht dat het meer dan nu²⁰ opnemen van eisen aan de inzet van secundaire grondstoffen in BATreference documenten (en BBT-conclusies) ten minste tot gevolg heeft dat bedrijven in een aantal landen grote vooruitgang zullen boeken en dat een zeker *level playing field* ontstaat. Voor de vermindering van het grondstoffenverbruik in heel Europa zou dat dus zeker

16 Mededeling van de Commissie, 'Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie', COM(2015)614 final.

17 Rijksbreed programma Circulaire Economie, *Kamerstukken II* 2015/16, 32 852, nr. 33, bijlage.

18 Richtlijn 2010/75/EU, IE-Richtlijn.

19 In algemene zin zie ook al Verschuuren en Bink 2015, p. 53 e.v.

20 Spaans wijst er in zijn bijdrage in deze bundel terecht op dat het ook nu al (bij recentere BREF-documenten) voorkomt dat eisen worden gesteld om secundaire grondstoffen in het productieproces te gebruiken.

een vooruitgang opleveren. Dat is juist, maar dat is iets anders dan het bevorderen van innovaties.

Ook kan worden tegengeworpen dat de IE-richtlijn slechts minimumharmonisatie bevat en het de lidstaten vrij staat om verder strekkende eisen te stellen. Zo voorziet artikel 2.14 Wabo, anders dan de nationale bepalingen van menig ander land, in de mogelijkheid strengere eisen te stellen nu ingevolge artikel 2.14 lid 1 onder c sub 1 Wabo ‘ten minste’ de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken moeten worden toegepast.²¹ Artikel 14 lid 4 IE-Richtlijn benadrukt nog eens in het bijzonder dat nationale bevoegde instanties

‘strengere vergunningsvoorwaarden [kunnen, Ch.B.] vaststellen dan die welke haalbaar zijn door gebruik te maken van de beste beschikbare technieken als beschreven in de BBT-conclusies. De lidstaten kunnen regels vaststellen op grond waarvan de bevoegde autoriteit dergelijke strengere voorwaarden mag vaststellen.’

Op basis van artikel 14 lid 4 IE-Richtlijn zou dus het Rijk of zouden de provincies, om ambitieuze doelstellingen voor een circulaire economie na te streven en innovatie te bevorderen, eisen kunnen stellen aan bijvoorbeeld het hergebruik van secundaire grondstoffen in bepaalde sectoren of soorten inrichtingen die vervolgens in vergunningen moeten worden opgenomen. De IE-richtlijn staat dus niet in de weg aan een (mede) op innovatie gericht beleid, maar de lidstaten moeten dan het voortouw nemen. Normalerweise is het omgevingsbeleid erop gericht eisen uit het Europees recht correct om te zetten en toe te passen. ‘Nationale koppen’ zijn verdacht en worden al in ieder geval sinds de kabinetten-Balkenende zo veel mogelijk verwijderd. Wil men ook ten aanzien van de regulering van de productie innovatie bevorderen, dan moet deze ‘default-option’ en pawlow-reactie worden doorbroken. De structuur en werkwijze van de IE-richtlijn voorzien in standaardoplossingen die innovatie niet bevorderen, maar eerder remmen. Wil men dat doorbreken, dan moet men nationaal verder gaan. De richtlijn nodigt daartoe ook uit. Op deze mogelijkheid wordt echter noch in de mededeling van de Commissie, noch in het Rijksbrede Programma ingegaan. Dat is een gemiste kans.

Spaans wijst er in zijn bijdrage in deze bundel terecht op dat de in de BATReference documenten genoemde technische maatregelen slechts voorbeelden zijn om de emissieniveaus te bereiken die in de BAT-conclusies als (minimaal) maatgevend zijn aangemerkt. Als de, in beginsel bindende, emissieniveaus aldus zouden worden bepaald dat deze alleen kunnen worden bereikt met een circulaire inzet van secundaire grondstoffen, dan zou daarvan inderdaad een stimulatie tot bevordering van circulaire werkwijzen kunnen uitgaan. Dat is echter, tenminste tot nu toe, niet het geval en lijkt ook, als ik de Europese Commissie goed begrijp, niet de bedoeling. Voorschriften over het hergebruik van zelf geproduceerde reststoffen of het verminderen van de inzet van grondstoffen zijn thans in de BREF-documenten

21 Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:18.

slechts genoemd als ‘examples of good environmental practices’.²² Zo wordt bijvoorbeeld in het meest recent (januari 2017) gepubliceerde ontwerp tot herziening van een BREF-document²³ met een verwijzing naar de circular economy strategy geconstateerd: ‘The potential role of treated waste water as an alternative source of water supply is now well acknowledged and embedded within European and national strategies.’ Vervolgens worden technieken opgesomd die thans in deze sector in de praktijk gebruikt worden. Dergelijke technieken moeten, aldus het document, mede in beschouwing worden genomen voor het bepalen van de beste beschikbare technieken voor een bepaald bedrijf: ‘All the aforementioned issues must be taken into consideration when evaluating the water consumption and considering water reuse and recycling in a specific installation.’²⁴ In de BREF-documenten worden dus technieken benoemd die hun waarde bewezen hebben en die als oriëntatie kunnen dienen voor bedrijven die dergelijke technieken nog niet inzetten. Dat is zeker zinvol, maar het zal innovaties niet significant stimuleren. Het zou overigens ook anders kunnen. In artikel 27 IE-Richtlijn worden de lidstaten gevraagd om, ‘waar passend’, de ontwikkeling en toepassing van ‘technieken in opkomst’ te stimuleren. Daaraan wordt in het tweede lid van artikel 27 IE-Richtlijn toegevoegd dat de Commissie richtsnoeren opstelt ‘om de lidstaten bij te staan bij het stimuleren van de ontwikkeling en de toepassing van technieken in opkomst...’. Dit middel is, voor zover mij bekend, nog nooit gebruikt. Richtsnoeren van de Commissie als bedoeld in artikel 27 lid 2 IE-Richtlijn bestaan tot nu toe niet. Voor het bevorderen van circulaire productiewijzen zou dit middel goed geschikt moeten zijn.

In Nederland²⁵ komt daar nog bij dat de mogelijkheden beperkt zijn om in een Wabo-vergunning voor een inrichting een ander gebruik van grondstoffen voor te schrijven dan door de aanvrager is beoogd. De Afdeling bestuursrechtspraak is gauw geneigd om te oordelen dat door verplichting om bij de productie andere (bijvoorbeeld secundaire) grondstoffen in te zetten dan aangevraagd een ‘andere inrichting’ zou ontstaan.²⁶ Een zuinig gebruik van (primaire) grondstoffen en de inzet van secundaire in plaats van primaire grondstoffen is wel een aspect waarop een Wabo-vergunning voor een inrichting kan zien, maar een van de aanvraag afwijkende verplichting tot inzet van een hoger percentage secundaire grondstoffen lijkt mij bij de huidige jurisprudentie slechts in bijzondere gevallen te kunnen. Ook kunnen in een dergelijke vergunning geen eisen worden gesteld aan de eigenschappen en de samenstelling van

22 Zie bijvoorbeeld paragraaf 4.25.4.5 (p. 615) van het BREF-document Refining of Mineral Oil and Gas van 2015; <eippcb.jrc.ec.europa.eu/reference/ref.html>.

23 Het gaat om het (ontwerp voor de herziening van het) BREF-document voor de Food, Drink and Milk Industries, zie <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu/reference/BREF/FDM/FDM_31-01-2017-D1_b_w.pdf> (laatst geraadpleegd 27 februari 2017).

24 Best Available Techniques (BAT) Reference Document in the Food, Drink and Milk Industries, First Draft, <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu/reference/BREF/FDM/FDM_31-01-2017-D1_b_w.pdf> (laatst geraadpleegd 27 februari 2017), p. 67 en 68.

25 In hoeverre dit ook voor andere EU-landen of algemeen binnen de EU geldt, kan ik zonder nader onderzoek niet beoordelen.

26 Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 september 2000, *Men R* 2001, 21.

de producten die in een inrichting worden vervaardigd.²⁷ Blijkens de opsomming van aspecten waarover rijksregels voor milieubelastende activiteiten kunnen worden gesteld (zie artikel 4.22 Ow) verandert de komst van de Ow weinig aan dit alles.

5 Ecodesign – aanpassing van Richtlijn 2009/125/EG

De ‘Richtlijn betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energiegerelateerde producten’ heeft thans een relatief beperkt toepassingsbereik. Doel van de richtlijn in haar thans bestaande vorm is om de eisen die lidstaten stellen aan het ontwerp van producten die in de gebruiksfase gevolgen hebben voor het energieverbruik te harmoniseren met het oog op het waarborgen van het vrij handelsverkeer. De richtlijn eist dat alle producten waarop de richtlijn van toepassing is slechts op de markt kunnen worden gebracht als zij zijn voorzien van een CE-markering. Die markering mag alleen worden toegekend en opgebracht als het product voldoet aan een aantal in de bijlage en de uitvoeringsregeling bij de richtlijn opgesomde eisen.

Heeft een product een CE-markering, dan mogen de lidstaten het op de markt brengen en verhandelen ingevolge artikel 6 van de richtlijn niet verbieden, beperken of belemmeren op grond van voorschriften inzake ecologisch ontwerp die verband houden met de in de bijlage opgesomde parameters. De in bijlage II bij de richtlijn opgesomde beoordelingskaders voor dergelijke producten zijn buitengewoon omvattend.

Bij de vaststelling van de significante milieuaspecten van de onder de richtlijn vallende producten moeten de volgende fasen in de levenscyclus van het product in aanmerking worden genomen voor zover zij betrekking hebben op het productontwerp:

- a. selectie en gebruik van grondstoffen;
- b. fabricage;
- c. verpakking, transport en distributie;
- d. installatie en onderhoud;
- e. gebruik, en
- f. einde van de levensduur, met andere woorden, de toestand van een product dat aan het einde van zijn eerste gebruiksmogelijkheid is gekomen tot aan zijn definitieve verwijdering.

Voor elke fase worden in voorkomend geval de volgende milieuaspecten beoordeeld:

- a. voorspeld verbruik van materialen, energie en andere hulpbronnen zoals drinkwater;
- b. verwachte lucht-, water- of bodememissies;
- c. verwachte verontreiniging door fysische effecten zoals geluid, trillingen, straling of elektromagnetische velden;

27 Zie ook hiervoor ABRvS 12 september 2000, *M en R* 2001, 21.

- d. verwachte productie van afvalstoffen, en
- e. mogelijkheden voor hergebruik, recycling en terugwinning van materialen en/of energie, rekening houdend met Richtlijn 2002/96/EG.

Bij de beoordeling van de milieueffecten van de onder de richtlijn vallende producten moet vervolgens – ‘waar van toepassing’ – onder andere met de volgende aspecten rekening worden gehouden:

- a. gewicht en omvang van het product;
- b. gebruik van materialen afkomstig van recyclingactiviteiten;
- c. verbruik van energie, water en andere hulpbronnen over de gehele levenscyclus;
- d. gebruik van stoffen die gevaarlijk voor de gezondheid en/of het milieu zijn;
- e. hoeveelheid en aard van de verbruiksgoederen die nodig zijn voor correct gebruik en onderhoud;
- f. gemak waarmee hergebruik en recycling plaatsvinden, af te meten aan: aantal gebruikte materialen en componenten, gebruik van standaardcomponenten, voor demontage benodigde tijd, complexiteit van de voor demontage benodigde gereedschappen, enzovoort;
- g. inbouw van gebruikte componenten;
- h. niet-toepassing van technische oplossingen die nadelig zijn voor hergebruik en recycling van componenten en gehele apparaten;
- i. verlenging van de levensduur, af te meten aan: gegarandeerde minimumlevensduur, minimumtermijn voor de beschikbaarheid van reserveonderdelen, modulariteit, mogelijkheid tot upgraden, repareerbaarheid;
- j. hoeveelheden geproduceerde afvalstoffen en hoeveelheden geproduceerde gevaarlijke afvalstoffen;
- k. luchtemissies; en
- l. wateremissies.

Deze, nog niet eens volledig weergegeven, lange opsomming laat twee dingen zien. De richtlijn adresseert alle aspecten die bij het streven naar een grondstofarme economie een belangrijke rol spelen. Het gaat, vereenvoudigd gezegd, om het verbruik van grondstoffen en energie en om emissies bij de productie, om de hoeveelheid inzet van gerecyclede stoffen bij de productie, om het verbruik van grondstoffen en energie tijdens de gebruiksfase en om de geschiktheid van het product om na beëindiging van het gebruik hergebruikt of gerecycled te worden. Daarmee heeft de ecodesign-richtlijn een grote potentie als kader voor de voor innovaties noodzakelijke ambitieuze normering. De opsomming laat echter ook zien hoe complex regulering op grond van deze richtlijn zou kunnen worden. De vraag is of een holistische regulering van alle milieuaspecten van bepaalde producten de voor het bevorderen van innovaties noodzakelijke vrijheid voor de ontwikkelaars van nieuwe producten uitsluit. Wordt dan nog voldaan aan het ‘maximale ruimte laten voor innovatie door de industrie’?²⁸ Het antwoord op die vraag hangt af van hoe wordt gereguleerd. De aan bepaalde (groepen van) producten te stellen eisen mogen geen technische specificaties inhouden of

28 Verschuuren en Bink 2015, p. 7 onder verwijzing naar Porter en Van der Linde 1995.

bepaalde technieken voorschrijven, maar slechts de te bereiken resultaten en doelen aangeven, zoals dat bijvoorbeeld gebeurt bij de milieuprestatie-eisen die ingevolge artikel 5.9 Bouwbesluit voor bouwwerken kunnen en binnenkort zullen²⁹ worden voorgeschreven. Deze eisen zijn holistisch en houden rekening met alle milieu-relevante aspecten van gebouwen, waaronder de circulariteit, maar laten aan de industrie en bouwpartijen volledige vrijheid op welke wijze aan de normen wordt voldaan. Mits dergelijke normen ambitieus genoeg zijn, bevorderen zij wel innovaties. Het alternatief zou zijn om de verruiming van de toepassing van de Ecodesign-richtlijn te beperken tot enkele bijzonder belangrijke aspecten van enkele (groepen van) producten. Zo zou er bijvoorbeeld voor sommige producten of productgroepen voor kunnen worden gekozen om uitsluitend doelen voor te schrijven voor de inzet bij de productie van materialen afkomstig van recyclingactiviteiten of voor andere producten of productgroepen uitsluitend doelstellingen vast te stellen over het gemak waarmee hergebruik en recycling plaatsvinden.³⁰ Dit alternatief heeft echter enkele wezenlijke nadelen. Indien slechts enkele aspecten van de circulariteit worden beschouwd, ligt het gevaar van ongewenste en onvoorziene neveneffecten op de loer. Bovendien wordt de vrijheid van de ondernemer om op verschillende wijzen te kunnen voldoen aan de gestelde normen nu juist kleiner, naarmate de normstelling inhoudelijk specifieker wordt. Ten slotte is de rechtszekerheid en voorzienbaarheid geringer omdat frequentere wijziging en aanvulling van de normstelling waarschijnlijk is. Het heeft daarom de voorkeur om alle milieuaspecten van bepaalde (groepen van) producten in een holistische wijze te betrekken bij een op het bevorderen van de circulaire economie gerichte verruiming van de toepassing van de Ecodesign richtlijn. Om stappen in deze richting te zetten heeft de Europese Commissie de normalisatieorganisaties gevraagd algemene normen te ontwikkelen inzake de duurzaamheid, herbruikbaarheid en recycleerbaarheid van bepaalde producten.³¹ Dat lijkt een belangrijke voorbereidende stap in de goede richting.

Artikel 17 van de Ecodesign-richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat zelfreguleringsmaatregelen als alternatief voor dwingende regulering door de overheid in beschouwing moeten worden genomen. Zelfregulering heeft bepaalde voordelen boven regulering door de overheid. Uit een oogpunt van bevordering van innovaties lijkt zelfregulering echter alleen dan te verkiezen boven normering van overheidswege, indien zeker is dat de daarin voorziene eisen voldoende ambitieus, controleerbaar en, mocht zelfregulering uiteindelijk niet haar doelen bereiken, afdwingbaar zijn. In bijlage VIII

29 De minister van Bouwen en Rijksdienst heeft begin 2017 aangekondigd dat vanaf januari 2018 dergelijke eisen gelden voor alle nieuw te bouwen woningen en kantoren vanaf 100 m²; zie <www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/12/27/eisen-aan-duurzaamheid-nieuwe-huizen-en-kantoren>; laatst bezocht 5 maart 2017.

30 Twijfelend of de richtlijn een dergelijke focus van regulering zou toelaten: Th. Schomerus en L. Spengler, *Integration der Ressourceneffizienz in die Ökodesign Richtlinie – Regelungsrahmen und Regelungsmöglichkeiten* – Arbeitspapier, <www.eup-network.de/fileadmin/user_upload/Produktgruppen/V_526-3_Arbeitspapier_-_Regelungsrahmen_und_Moeglichkeiten__AP2_.pdf>.

31 Verslag van de Commissie inzake de uitvoering van het actieplan voor de circulaire economie van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, p. 6 e.v.

bij de Ecodesign-richtlijn worden criteria voor de beoordeling van zelfreguleringsvoorstellen gegeven. In het bijzonder criterium 4 besteedt aandacht aan deze vraag. Terecht wordt daarin geëist dat de in zelfreguleringsvoorstellen voorziene doelstellingen duidelijk en ondubbelzinnig moeten zijn en het ‘op betaalbare en geloofwaardige wijze’ controleerbaar moet zijn of de doelstellingen ‘in acht worden genomen.’ Vanuit een oogpunt van bevordering van innovaties komt daar bij dat zelfreguleringsvoorstellen dusdanig ambitieus moeten zijn dat ten minste incrementele, zo niet radicale innovaties te verwachten zijn. Het moet dus gaan om doelstellingen die met een voortzetting of lichte wijziging van bestaande productiewijzen niet haalbaar zijn. Een belangrijk aandachtspunt is dat het toepassingsbereik van de Ecodesign-richtlijn thans nog is beperkt tot ‘energiegerelateerde producten’. Bekijkt men voor welke productgroepen thans op basis van de richtlijn eisen zijn gesteld, dan gaat het ook inderdaad om producten die tijdens hun gebruiksfase een aanzienlijke hoeveelheid energie verbruiken, bijvoorbeeld televisietoestellen,³² huishoudelijke koel- en vriesapparaten,³³ wasmachines³⁴ en vaatwassers.³⁵ Doelstelling van de regulering tot nu toe is bijna uitsluitend een beperking van het verbruik van (elektrische) energie. Geen van de thans op grond van de Ecodesign-richtlijn uitgevaardigde producteisen heeft bijvoorbeeld het bevorderen van de inzet van gerecyclede grondstoffen of de herbruikbaarheid van componenten na de gebruiksfase tot doel. Zoals gezien biedt de Ecodesign-richtlijn wel de ruimte voor dergelijke regulering.³⁶ De beperking tot ‘energiegerelateerde producten’ lijkt daarbij wel enige, maar toch geen enge grenzen te stellen. In artikel 2 sub 1 Ecodesign-richtlijn wordt ‘energiegerelateerd product’ gedefinieerd als een product ‘dat tijdens het gebruik een effect heeft op het energieverbruik’. Het gaat dus niet slechts om apparaten die zelf tijdens het gebruik energie verbruiken, maar ook om producten die enig effect op het energieverbruik hebben. Gedacht kan hierbij worden aan isolatiemateriaal voor gebouwen, kabels en leidingen of ramen. Er zijn inmiddels ook voorstudies gemaakt voor ramen³⁷ en stroomkabels.³⁸ De vraag is echter waar de grenzen van dit begrip zijn bereikt. Bouwmaterialen die een wezenlijk effect hebben op het energieverbruik van bouwwerken lijken onder de richtlijn te kunnen worden gebracht. Dat lijkt mij echter niet voor alle bouwmaterialen zonder meer te gelden. Uiteindelijk kan derhalve de vraag aan de orde komen of het toepassingsbereik van de Ecodesign-richtlijn niet uitgebreid moet worden. Bij het ontstaan van de oorspronkelijke Ecodesign-richtlijn in 2004/2005 was het oogmerk beperkt tot het bevorderen van energie-efficiëntie. Thans

32 Verordening (EG) nr. 642/2009. Inmiddels is hier een ontwerp voor een wijziging van deze verordening opgesteld.

33 Verordening (EG) nr. 643/2009.

34 Verordening (EU) nr. 1015/2010.

35 Verordening (EU) nr. 1016/2010. Zie voor een actueel overzicht van alle bestaande en in voorbereiding zijnde uitvoeringsinstrumenten: <www.eup-network.de/de/produktgruppen/entwuerfe-verordnungen>.

36 Zie ook als L. Tholen, ‘Die Ressourcenfrage innerhalb der Ökodesign-Richtlinie’, *Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht*, Jg. 34, p. 9.

37 Met als code ‘Los 32’.

38 Met als code ‘ENFR Los 8’.

is grondstofefficiëntie eveneens een belangrijk speerpunt van het EU-milieubeleid geworden. Er pleit weinig tegen om de reikwijdte en focus van de Ecodesign-richtlijn principieel te verruimen, wil men een van de belangrijkste en meest belovende juridische instrumenten ter bevordering van een circulaire economie in overeenstemming brengen met deze verruimde inzichten en ‘fit for purpose’ maken.

In het actieplan wordt aangekondigd dat de focus van de uitvoeringsvoorschriften op grond van de Ecodesign-richtlijn in de toekomst zal worden verruimd en ook betrekking zal hebben op aspecten als repareerbaarheid, duurzaamheid, verbeterbaarheid, recycleerbaarheid of de identificatie van bepaalde materialen of stoffen. Deze aspecten zullen, aldus het actieplan, ‘systematisch [worden, Ch.B.] onderzocht’.³⁹ In het werkprogramma 2015-2017 moet dit alles nader geconcretiseerd worden. In een eerste stap wil de Commissie bindende voorschriften voor sommige producten voorstellen die de demontage, het hergebruik en de recycling van elektronische beeldschermen makkelijker en veiliger maken. Dat is zeker een stap in de goede richting. Onduidelijk blijft tot nu toe echter het ambitieniveau. Dat op basis van de Ecodesign-richtlijn, voor het eerst, producteisen aan de repareerbaarheid en de recycling worden gesteld is een belangrijke vooruitgang. Vanuit een oogpunt van bevordering van innovaties is echter vooral het ambitieniveau van dergelijke eisen belangrijk. Daarover leest men in het actieplan weinig. Indien de uit een oogpunt van resource-efficiëntie verruimde productnormen aanknopen bij hetgeen thans door de betrokken producenten als stand der techniek of met zekerheid haalbare standaard wordt beschouwd, worden innovaties niet gestimuleerd. Dergelijke regels staan in het beste geval niet in de weg aan innovaties. Indien een snelle wijziging van de economische omgang met bepaalde stoffen vereist of beoogd is en daarom innovaties zo veel mogelijk bevorderd moeten worden, is een hoger ambitieniveau nodig.

6 Stimulering van groene publieke opdrachtverlening en aanbesteding

Overheidsopdrachten zijn, aldus het actieplan, goed voor bijna 20% van het Europese bbp.⁴⁰ Dat is jaarlijks meer dan 2.000 miljard euro. Zij kunnen daarom een belangrijke rol spelen als motor voor een omslag naar een circulaire economie. De rol van de EU en de Commissie is hier tweërlei. Ten eerste kan en wil de Commissie bij aanbestedingen en opdrachten van de EU-instituties zelf het goede voorbeeld geven en aspecten van efficiënt gebruik van natuurlijke hulpbronnen een duidelijkere rol te geven. Belangrijker zal het zijn om, ten tweede, in Europese regelgeving over aanbestedingscriteria voldoende ruimte te laten voor een ‘circulair inkoopbeleid’ of overheidsorganen zelfs daartoe te dwingen.⁴¹ Die criteria zijn te vinden in de Richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU. Ik beperk mij hier verder tot Richtlijn 2014/24/EU over de aanbesteding van overheidsopdrachten, hier verder te noemen

39 ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, p. 4.

40 ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, p. 8.

41 Zie over dit onderwerp op S. Schoenmaekers, ‘Aanbesteding en duurzaamheid, een natuurlijke symbiose’, *Men R* 2016/2.

(de) Aanbestedingsrichtlijn.⁴² Een van de belangrijke doelen van de herziening van de aanbestedingsrichtlijnen die heeft geleid tot de vaststelling van deze drie richtlijnen in 2014, was om groen aanbesteden makkelijker mogelijk te maken en te stimuleren. ‘Groene overheidsopdrachten’ worden door de Europese Commissie gedefinieerd als opdrachten gericht op het verkrijgen van goederen, diensten en werken die gedurende de volledige levenscyclus ervan een minder belastend milieueffect hebben dan vergelijkbare goederen, diensten en werken met dezelfde primaire functie.

Centraal staat in het aanbestedingsrecht dat de gunning van een opdracht moet worden gebaseerd op de ‘economisch meest voordelige inschrijving’ (artikel 67 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn). Cruciaal is derhalve welke kosten in deze prijs verrekend moeten worden. Daartoe bepaalt artikel 67 lid 2 Aanbestedingsrichtlijn dat daarbij onder meer de beste prijs-kwaliteitsverhouding in aanmerking kan worden genomen. Onder de kwaliteitscriteria vallen ook, zo wordt uitdrukkelijk bepaald, milieuaspecten. Dat wordt vervolgens nader uitgewerkt in artikel 68 Aanbestedingsrichtlijn waarin wordt bepaald dat tot de in aanmerking te nemen ‘levenscycluskosten’ ook bijvoorbeeld kosten ‘volgend uit het einde van de levenscyclus, zoals inzamelings- en recyclingkosten’ (artikel 68 lid 1 onder a sub iii Aanbestedingsrichtlijn) behoren alsmede (artikel 68 lid 1 sub b) ‘kosten toegerekend aan externe milieueffecten, die verband houden met het product, de dienst of de werken gedurende de levenscyclus...’ Dat is een ruim kader. Volgens de considerans vallen hier bijvoorbeeld ook onder ‘verontreiniging veroorzaakt door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen’.⁴³ Het is niet vereist dat toepassing van gunningcriteria een economisch voordeel oplevert voor de aanbestedende overheidsdienst. De richtlijn maakt het immers mogelijk ook rekening te houden met niet-economische doeleinden van het overheidsbeleid.⁴⁴ Door deze verruiming van de bevoegdheid is het thans mogelijk om bij een gunningsbeslissing rekening te houden met alle milieurelevante kosten van een product of dienst, waaronder ook de grondstof efficiëntie en de mate van inzet van secundaire stoffen. Dat is een belangrijke stap voorwaarts. Voorwaarde is wel dat de milieueffecten, in ons verband bijvoorbeeld de grondstofefficiëntie, kunnen worden vertaald in objectieve (kosten)termen. Het Europees aanbestedingsrecht maakt het dus sinds kort mogelijk en moedigt de lidstaten ook aan om bij de aanbesteding rekening te houden met alle milieuaspecten van een product of dienst, ook externe en slechts indirecte milieu-effecten.

Innovatie kan in dit verband het beste worden bevorderd indien de eisen in een aanbestedingsbestek niet als een technische specificatie van het product, werk of dienst worden vormgegeven, maar als prestatie-eis of functie-eis. Aan prestatie- of functie-eisen kan op verschillende wijze worden voldaan. Het zo veel mogelijk werken met prestatie- en functie-eisen in plaats van technische detailspecificaties voorkomt enerzijds kunstmatige concurrentiebeperking en maakt het mogelijk

42 Deze richtlijn wordt ook de Algemene aanbestedingsrichtlijn genoemd. Richtlijn 2014/25/EU heeft betrekking op opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en Richtlijn 2014/23/EU op concessieovereenkomsten.

43 Punt 96 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU.

44 Zie al HvJ 17 september 2002, zaak C-513/99 (*Concordia Bus Finland*).

voor een inschrijver om oplossingen voor te stellen die beter scoren op duurzaamheidscriteria.⁴⁵ Het gebruik van specifieke technische eisen ter bevordering van milieuprestaties, bijvoorbeeld het voorschrijven van het gebruik van bepaalde productietechnieken, filters of dergelijke, werkt echter, tenminste op den duur, eerder innovatiebelemmerend. Hetzelfde geldt voor het gebruik van keurmerken dat de nieuwe richtlijn makkelijker maakt, mede in reactie op het arrest van het Hof van Justitie in de Nederlandse koffieautomaten-zaak.⁴⁶

Ten slotte moet hier worden ingegaan op de nieuwe mogelijkheid om op grond van artikel 31 Aanbestedingsrichtlijn een ‘innovatiepartnerschap’ op te richten. Dat is een langdurig samenwerkingsverband tussen een aanbestedende dienst en één of meer ondernemingen. ‘De aanbestedende dienst geeft in de aanbestedingsstukken aan dat er behoefte is aan innovatieve producten, diensten of werken, en dat met de aanschaf van reeds op de markt beschikbare producten, diensten of werken niet in die behoefte kan worden voorzien’, aldus artikel 31 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn. De aanbesteding is dus bij wijze van spreken gericht op een combinatie van de gezamenlijke ontwikkeling van een nieuw product, werk of dienst en vervolgens de aanschaf van het ontwikkelde product, werk of dienst. Door een dergelijke samenwerking moet het makkelijker mogelijk worden om gezamenlijk nieuwe, innovatieve producten, werken en diensten te ontwikkelen. Bij het selecteren van gegadigden voor een innovatiepartnerschap moeten de aanbestedende diensten ingevolge artikel 31 lid 6 Aanbestedingsrichtlijn in het bijzonder letten op het potentieel van de kandidaten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en hun vermogen om vernieuwende oplossingen te ontwikkelen en toe te passen. Deze nieuwe bepaling zou nog wel eens van groot belang kunnen gaan worden voor de green deals, in het bijzonder de green deal circulair inkopen, waarmee in Nederland op een heel praktische wijze de omslag naar circulair inkopen wordt bevorderd en in de afgelopen jaren al ruime ervaring is opgedaan in vele pilotprojecten.⁴⁷ Overigens heeft ook de Europese Commissie aangekondigd om innovatiedeals te willen uitproberen. Specifiek voor de circulaire economie is in mei 2016 een pilot voor een Europese innovatiedeal gestart. De EU-pilot ‘innovatiedeals voor een circulaire economie’ lijkt echter eerder overeen te komen met het Nederlandse Ruimte voor Regels-steunpunt. Het gaat er met name om om EU-regelgeving te melden die belemmerend zou kunnen zijn voor innovatieve oplossingen ten behoeve van de circulaire economie. In totaal zijn 32 reacties op de oproep van de Commissie binnengekomen. Twee gevallen zullen nader worden uitgezocht.⁴⁸

De rol van de EU en in het bijzonder de Commissie in dit veld is tot nu toe echter beperkt. Het zijn immers vooral de instanties in de lidstaten die hun opdrachten moeten aanbesteden en daarbij criteria gericht op het bevorderen van een circulaire

45 Zie ook punt 74 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU.

46 Zie HvJ 10 mei 2012, zaak C-368/10 (*Commissie t. Nederland*).

47 Zie <<http://mvonederland.nl/green-deal-circulair-inkopen>>.

48 Aldus de Raadsconclusies over de mededeling van de Commissie van 21 juni 2016, 10518, p. 5. Zie ook Verslag van de Commissie inzake de uitvoering van het actieplan voor de circulaire economie van 26 januari 2017, COM(2017)33 final, p. 4 e.v.

economie *kunnen* toepassen. Richtlijn 2014/24/EU bevat geen verplichting voor aanbestedende diensten om duurzaam aan te besteden. De Commissie is hier ook helder over in haar beleidsplan ‘Maak de cirkel rond’. De Commissie zal criteria voor groene aanbesteding uitwerken die vervolgens, aldus het beleidsplan, ‘op vrijwillige basis door overheidsinstanties worden gebruikt’.⁴⁹ De Commissie wil verder een bredere toepassing van groene aanbesteding ‘ondersteunen’ en bij haar eigen opdrachten het goede voorbeeld geven. Als de politieke wil zou bestaan, zou de EU-wetgever echter veel verder kunnen gaan en groen aanbesteden verplicht kunnen voorschrijven. In de considerans van de richtlijn wordt deze gedachte afgewezen, althans wat betreft een generieke, algemeen geldende verplichting. Op grond van de ‘te grote verschillen tussen sectoren en markten’ zou dat niet raadzaam zijn, aldus de richtlijn.⁵⁰ Juist is m.i. zonder meer dat een gedetailleerde, kwantitatief gespecificeerde verplichting tot groen aanbesteden moeilijk denkbaar is. Ik deel de noodzaak van een zo terughoudende opstelling daarentegen niet wat betreft een algemene verplichting. Een bepaling in de algemene Aanbestedingsrichtlijn luidende dat aanbestedende diensten steeds de milieu-effecten (inclusief de energiezuinigheid, de emissies en het grondstoffenverbruik) van aan te besteden goederen en diensten in de afweging *moeten* betrekken zou een signaalwerking en waarschijnlijk ook enige praktische betekenis kunnen hebben. Nog effectiever zijn waarschijnlijk echter specifiekere voorschriften voor bepaalde productgroepen. Een voorbeeld waarin dit thans al gebeurt is Richtlijn 2009/33/EG inzake bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen. In deze richtlijn worden overheidsdiensten verplicht om bij het kopen (aangeboden) van wegvoertuigen de energie- en milieuprestaties mee te laten wegen en wordt ook EU-wijd geharmoniseerd hoe deze effecten worden berekend en vergeleken. Richtlijn 2009/33/EG heeft thans uitsluitend betrekking op emissies en het energieverbruik van voertuigen. Er staat echter (juridisch) niets aan in de weg om ook de hoeveelheid van de inzet van rest- of secundaire grondstoffen bij de productie van voertuigen een verplicht mee te wegen criterium te laten zijn. Dat zou het transparant maken van de mate aan circulariteit van de productie in deze sector wezenlijk kunnen bevorderen. Hetzelfde geldt uiteraard ook voor andere productgroepen, zoals bijvoorbeeld gebouwen⁵¹ of computers en andere kantoorapparatuur. De kaders die het EU-recht geeft, zijn dus vrijblijvend en het beleid van de Commissie is gericht op het mogelijk maken en bevorderen van de vrijwillige medewerking van de bevoegde instanties in de lidstaten. Een belangrijke manier van faciliteren van groene aanbesteding door de lidstaten zijn de EU Green Public Procurement Criteria, die de Commissie voor talrijke productgroepen heeft gepubliceerd. In deze documenten wordt per productgroep aangegeven welke criteria in het aanbestedingsbestek kunnen worden ingezet om groener aan te besteden. Vergelijkt men wat oudere met nieuwe documenten, dan wordt duidelijk dat criteria die de circulaire economie bevorderen recent meer en

49 ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, p. 9.

50 Overweging 95 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU.

51 De bestaande Richtlijn 2010/31/EU betreffende de energiestaat van gebouwen gaat duidelijk minder ver.

omvattender de aandacht krijgen.⁵² Deze documenten laten echter ook zien dat, zo de politieke wil er zou zijn, een concrete en specifieke verplichting tot groen aanbesteden in vele sectoren en voor vele productgroepen technisch best mogelijk zou zijn.

7 Enkele concluderende opmerkingen

Zowel in de EU als in Nederland is het inzicht doorgedrongen dat een overgang naar een circulaire economie noodzakelijk en urgent is. Dat is al heel wat. Ook blijkt uit beide documenten dat het beleid erop moet zijn gericht om innovaties ten behoeve van de circulaire economie zo veel mogelijk te bevorderen. De vraag die ik, aan de hand van enkele voorbeelden, heb willen belichten is hoe deze ambitie in de recente beleidsplannen, vooral in het actieplan van de EU, is uitgewerkt en of de bestaande juridische instrumenten en de aangekondigde wijzigingen daarvan voldoende juridische instrumenten verschaffen om dit te doen.

Algemeen kan worden gezegd dat het actieplan beperkt is ‘tot maatregelen op EU-niveau met een hoge toegevoegde waarde’.⁵³ Bedoeld is daarmee dat het alleen maatregelen bevat die, in de ogen van de Commissie, een hoog economisch rendement hebben als zij worden uitgevoerd. Daar is niets mis mee, vooral niet omdat het plan niet uitputtend en ook niet als een eindpunt is bedoeld. Het bevat alleen de EU-maatregelen die door maatregelen van de lidstaten zouden moeten worden aangevuld. Het is voorts een stap op een weg die uiteindelijk verdere maatregelen vereist en ‘langdurige betrokkenheid op alle niveaus’, aldus de Commissie. Uit een oogpunt van bevorderen van innovaties is een beperking tot maatregelen met een hoge (economische) meerwaarde echter minder vanzelfsprekend. Het is, gezien het hiervoor weergegeven referentiekader, niet waarschijnlijk dat radicale of ver strekkende incrementele innovaties hierdoor aangemoedigd worden.

Het ambitieniveau van het actieplan is hoog, maar wordt niet uitgewerkt in cijfermatige, toetsbare doelstellingen. Het plan bevat talrijke acties op vele gebieden en nodigt de lidstaten uit om mee te denken en verder gaande maatregelen op het niveau van de lidstaat te nemen. Dat alles zijn zeker belangrijke stappen in een discussie waarin de EU een aanjagende rol speelt en mijns inziens ook moet spelen. Initiatieven van enkele lidstaten lijken hiervoor, mede vanwege de samenhang van vele aspecten van de circulaire economie met de regels van de interne markt, onvoldoende. Het plan bevat echter geen ver gaande en bindende verplichtingen voor de lidstaten, de in de EU werkzame bedrijven of burgers. Streng milieudoelen die gedurende geruime tijd zullen vaststaan zijn echter, zoals blijkt uit onderzoek, een cruciale voorwaarde voor het realiseren van radicale innovaties. Van een actieplan mag waarschijnlijk ook niet worden verwacht dat het bindende milieunormen bevat die aan de lidstaten of aan de

52 Zie bijvoorbeeld het in 2016 verschenen document over criteria voor de aanbesteding van kantoorgebouwen, EU GPP Criteria for Office Building Design, Construction and Management, SWD(2016)180 (final); alle documenten zijn te vinden op <http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm>, laatst geraadpleegd 27 februari 2017.

53 ‘Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie’, p. 3.

marktaandeel worden opgelegd. Het zou echter wel kunnen aankondigen dat en welke milieudoelen en milieunormen in toekomstige wetgeving beoogd zijn. Dat is thans nog niet het geval.

Wat de regulering van de productie betreft, in toekomstige termen de regulering van milieubelastende activiteiten of in huidige termen de regulering van inrichtingen, valt op dat een innovatiebevorderende normering bijzonder lastig lijkt. Dat komt door de focus op de beste beschikbare technieken. In Nederland komt daar bij dat de ruimte om in een vergunning iets voor te schrijven dat afwijkt van de aanvraag zeer beperkt is. Indien men ook het recht ter regulering van milieubelastende activiteiten wil gebruiken om innovaties voor een circulaire economie zo veel mogelijk te bevorderen zal dat, binnen de huidige wetgeving, kunnen door eisen te stellen die uitgaan boven de prestaties die door toepassing van de best beschikbare technieken kunnen worden bereikt. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om het voorschrijven van de inzet van bepaalde percentages secundaire grondstoffen in bepaalde productieprocessen. In de toekomst zouden dergelijke regels moeten worden gesteld op basis van artikel 4.22 Ow.

Wat producten betreft zou de aanpassing van de Ecodesign-richtlijn en de aangekondigde verordening over eisen aan televisies en displays kunnen leiden tot ambitieuze milieunormen die innovatie bevorderen. Dat lijkt echter wat mager. Juist op het terrein van een verdere ontwikkeling van de Ecodesign-richtlijn lijkt thans een discussie nodig over de integratie van het doel van grondstofarm werken en het daarbij na te streven ambitieniveau. Het is te hopen dat die discussie zal leiden tot initiatieven van de EU (en de lidstaten) die de voor een omslag naar een circulaire economie noodzakelijke innovaties uitlokken. Meer principieel zou overwogen moeten worden het toepassingsbereik van de Ecodesign-richtlijn te verruimen. Niet alleen de energie-efficiëntie, maar ook de grondstof-efficiëntie zou doel en focus van de richtlijn moeten zijn.

De recente aanpassing van de aanbestedingsrichtlijnen schept betere voorwaarden voor het bevorderen van innovaties voor een circulaire economie door middel van groen aanbesteden. Het Europese recht en beleid zijn echter te veel beperkt tot dit voorwaarden scheppen. Een bepaling in de algemene Aanbestedingsrichtlijn luidende dat aanbestedende diensten steeds de milieu-effecten (inclusief de energiezuinigheid, de emissies en het grondstoffenverbruik) van aan te besteden goederen en diensten in de afweging moeten betrekken, zou een signaalwerking en waarschijnlijk ook enige praktische betekenis kunnen hebben. Effectiever nog zijn waarschijnlijk specifiekere voorschriften die voor bepaalde productgroepen bij de aanbesteding in acht zouden moeten worden genomen. Enkele voorbeelden hiervan bestaan, maar een uitbreiding tot andere producten, werken of diensten lijkt wenselijk.

10 Circulaire economie en de grondslagen van het mededingingsrecht

*Anna Gerbrandy**

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt geïnventariseerd of de overgang van een lineaire naar een circulaire economie mededingingsrechtelijke vragen opwerpt. Daartoe wordt eerst kort de achtergrond van nationaal en Europees mededingingsrecht geschetst (paragraaf 2). Daarna zal worden gezien of de grondslagen van een circulaire economie zich verdragen met de uitgangspunten van mededingingsrecht en of in een circulaire economie, eerder dan in een lineaire economie, samenwerking tussen bedrijven op mededingingsrechtelijke grenzen zal stuiten (paragraaf 3). Enkele oplossingsrichtingen die op dit moment worden onderzocht zullen worden aangeduid (paragraaf 4). De bijdrage sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

2 Mededingingsrechtelijke fundamenteën

2.1 Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken

Mededingingsrechtelijke bepalingen verbieden – kort samengevat – overeenkomsten tussen ondernemingen,¹ die een mededingingsbeperking ten doel of ten gevolge hebben. Dit ‘kartelverbod’ is neergelegd in artikel 101 VWEU en in artikel 6 van de Mededingingswet (Mw).² Het verbod dient te worden begrepen in het licht van de grondslagen van het mededingingsrecht: het economisch uitgangspunt dat een goede werking van het marktmechanisme ten dienste staat van een zo groot mogelijke (consumenten)welvaart. Aan het mededingingsrecht ligt derhalve een model van concurrentie en daarmee individuele (atomistische) besluitvorming van economische actoren ten grondslag. Het huidige mededingingsrecht past bij een (neo)-liberaal marktmodel, gericht op economische groei, vaak uitgedrukt in groei van het BNP. In deze context is samenwerking tussen concurrenten, zoals afspraken tussen ondernemingen die daarbij hun gedrag afstemmen, niet altijd toegestaan, omdat deze samenwerking het marktmechanisme verstoort. Het mededingingsrecht verbiedt niet

* Prof. dr. Anna Gerbrandy is hoogleraar Mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Een ‘onderneming’ is iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op de markt.

2 Daarnaast omvat het mededingingsrecht andere bepalingen, waaronder het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie, en bepalingen over het toezicht op fusies en overnames. Die bepalingen zijn voornamelijk voor het onderwerp van deze bijdrage minder relevant.

elke afspraak of samenwerkingsvorm, maar met name afspraken die *mededingingsparameters* betreffen. In het bijzonder worden prijsafspraken (een breed begrip) en marktverdelingsafspraken geraakt door het verbod, maar ook het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie, vooral tussen concurrenten, is problematisch. Deze typen afspraken hebben (over het algemeen) een negatief effect op consumentenwelvaart, met name door een verhoging van de prijs of door verstarring van het concurrentieproces. Artikel 101 lid 1 VWEU (en artikel 6 lid 1 Mw) verbiedt derhalve mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen.³

Artikel 101 lid 3 (en artikel 6 lid 3 Mw) geeft een uitzondering: overeenkomsten die mededingingsbeperkend zijn maar aan de voorwaarden van de uitzondering voldoen, zijn toegestaan. De vier voorwaarden zijn – opnieuw: samengevat – dat (a) sprake moet zijn van een bijdrage aan technische of economische vooruitgang; (b) een deel van de voordelen wordt doorgegeven aan consumenten; (c) de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk; en (d) er restconcurrentie overblijft. In de praktijk is sprake van een weging: als de voordelen opwegen tegen de nadelen dan is de overeenkomst uitgezonderd van het verbod. Daarbij speelt een rol dat als er sprake is van ernstige mededingingsbeperkingen – ‘doelbeperkingen’ of ‘hard-core’ beperkingen – zoals prijsafspraken of productiebeperkingen, het moeilijker zal zijn om aan de uitzonderingsvoorwaarden te voldoen.

2.2 Economisering en modernisering

Om te begrijpen waarom tussen het mededingingsrecht en de idee van circulaire economie een spanningsveld kan ontstaan op zowel praktisch niveau, maar ook op fundamenteel niveau, is de ingezette *modernisering* en *economisering* van het mededingingsrecht aan het eind van de twintigste eeuw van belang. De *modernisering* was vooral gericht op een betere, effectievere, handhaving van het Europese mededingingsrecht. Naast de Europese Commissie zijn in het huidige mededingingsrechtelijke systeem nu ook de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bevoegd tot handhaving van artikel 101 VWEU.⁴ Dit betekent op een meer praktisch niveau ook dat nationaal en Europees mededingingsrecht nauw met elkaar in verband staan. Met name in kleinere lidstaten als Nederland is het materieelrechtelijk over het algemeen weinig zinvol een onderscheid tussen beide te blijven maken omdat vrijwel steeds de verbodsbepalingen tegelijkertijd van toepassing zullen zijn. De modernisering heeft als gevolg dat in Nederland de Autoriteit Consument en Markt (de ACM) *zowel* het Nederlandse als het Europese mededingingsrecht handhaaft. Indien beide van toepassing zijn en er een materieelrechtelijk conflict ontstaat tussen beide, dan gaat het Europese mededingingsrecht vóór. Bij de toepassing van het mededingingsrecht volgt ACM dan ook over het algemeen de Europese Commissie. Op Europees niveau

3 Deze weergave is een versimpelde weergave van een verbodsbepaling die (inderdaad) qua tekst niet zo ondoorgroendelijk is, maar in toepassing tot ingewikkelde (economische) interpretatieproblemen kan leiden.

4 Zie over modernisering bijvoorbeeld D.J. Gerber en P. Cassinis, ‘The Modernisation of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement’, Part I & II, *ECLR* 2006, p. 10-18 en p. 51-57.

geeft de Commissie vorm aan het mededingingsbeleid (in Nederland is dat ondergebracht bij het ministerie van EZ) en is zij belast met toepassing en handhaving daarvan. Uiteindelijk is de bewaking van die toepassing en de interpretatie van het Europese mededingingsrecht in handen van het Europese Hof van Justitie.

Economisering houdt in dat het mededingingsrecht aan het eind van de vorige eeuw een sterkere economische grondslag kreeg (dat wil zeggen: sterker dan tot dan toe). Het idee waarop deze economiseringsslag was gegrond is dat alleen afspraken met een *daadwerkelijk* negatief effect op *consumentenwelvaart* zouden moeten worden verboden.⁵ Dat was een correctie op de toepassing van het mededingingsrecht die (vooral achteraf) als formalistisch werd gezien: niet de daadwerkelijk negatieve effecten, maar een beoordeling in het licht van meer vage begrippen als economische handelingsvrijheid stond in die oudere benadering centraal. Deze verandering betekende ook dat economische theorie, met de centrale notie van de efficiëntie van marktwerking, de kern is geworden van een mededingingsrechtelijke beoordeling. De daadwerkelijke effecten van overeenkomsten kunnen met behulp van de toepassing van economische inzichten en modellen worden *gekwantificeerd*. Dat is gedrongen in zowel de toepassing van het verbod (van lid 1) als in de toepassing van de uitzondering (van lid 3): zowel positieve als negatieve effecten (met name op consumentenwelvaart) kunnen door gebruik van economische inzichten worden berekend. Daarmee kunnen ze ook worden vergeleken en gewogen.

2.3 De beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven

Naast de zonder meer positieve gevolgen van modernisering en economisering zijn de afgelopen jaren ook enkele scherpe randjes daarvan zichtbaar geworden. Met name de Nederlandse zaken rond de *Kip van Morgen* en het *Energieakkoord* hebben laten zien dat het in de huidige op consumentenwelvaart gerichte interpretatie van het mededingingsrecht niet duidelijk is of en hoe positieve effecten die zich niet direct laten berekenen of ‘vertalen’ in consumentenwelvaart-termen mee moeten worden genomen in een mededingingsrechtelijke beoordeling.⁶ Deze zaken maken daarnaast duidelijk dat als de overheid aan tafel zit bij de totstandkoming van zelfregulering of in het afsluiten van convenanten, dat niet betekent dat er mededingingsrechtelijke immuniteit ontstaat voor deze afspraken. Zo was bij de *Kip van Morgen* – een ketenbreed en door de overheid ondersteund initiatief om te komen tot een iets diervriendelijker geproduceerde kip – een van de fundamentele vragen of dierenwelzijn een intrinsieke waarde vertegenwoordigt, of dat een verbetering in dierenwelzijn alleen kan (en moet) worden uitgedrukt in termen van verhoogde consumentenwelvaart: door te onderzoeken wat consumenten bereid zijn meer te betalen voor een diervriendelijker

5 Zie hierover ieder handboek over mededingingsrecht, bijvoorbeeld A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2016.

6 ACM 2013, Notitie ACM over Sluiting 5 Kolencentrales in SER-Energieakkoord. Beschikbaar via: <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/>; ACM 2015, Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken Kip van Morgen. Beschikbaar via: <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13758/Analyse-ACM-van-duurzaamheidsafspraken-Kip-van-Morgen/>.

kip. Bij het Energieakkoord – een breed gesteund akkoord mede met inmenging door de SER tot stand gekomen om de overgang naar duurzame energieproductie in gang te zetten – was de vraag aan de orde of een mededingingsrechtelijke beoordeling van de daarin voorziene sluiting van kolencentrales in isolatie mocht plaatsvinden. Bovendien riep de beoordeling van voor- en nadelen van deze sluiting de vraag op of ‘gezondheid’ een intrinsieke waarde is, of alleen kan worden uitgedrukt in het berekenen van vermeden gezondheidskosten; en of langetermijngevolgen in de zin van een gezondere ecologie niet óók in acht hadden moeten worden genomen.⁷

Kort samengevat zien de mededingingsrechtelijke problemen in het beoordelen van overeenkomsten met een ‘duurzaamheidsaspect’ er als volgt uit:

- Wat te doen met ‘voordelen’ (positieve gevolgen van een afspraak) die vanuit normatief oogpunt eigenlijk niet kwantificeerbaar (zouden moeten) zijn? Wanneer daarvan sprake is, kan verschillend worden beantwoord ten aanzien van verbetering van gezondheid, bescherming van de grutto, verhoogd dierenwelzijn, bescherming van fundamentele rechten van fabrieksarbeiders in India of vakbondsvrijheid van mijnwerkers in Colombia;⁸
- Als wordt gekwantificeerd, welke methode is dan geschikt (vooral een economisch vraagstuk) en hoe wordt vervolgens het resultaat ingezet (een ‘simpele’ rekensom, of als input in een kwalitatief wegingsproces)?;
- Is het mogelijk om voordelen mee te nemen die *niet* terechtkomen bij degenen die het welvaartsverlies dragen (de hogere prijs betalen)?;
- In hoeverre kunnen lange(re)termijnvoordelen mee worden genomen (en hoe zou je die moeten kwantificeren)?;
- Kunnen voordelen voor de maatschappij als geheel, of de idee dat de beperking onderdeel uitmaakt van een proces of een groter complex aan afspraken, mee worden genomen in een mededingingsrechtelijke analyse?

Dit alles leidt er in een deel van het mededingingsrechtelijk discours toe om (opnieuw) te bevragen waartoe het mededingingsrecht dient. Die vraag stelt elk zichzelf respecterend rechtsgebied zo nu en dan, maar het (nog relatief jonge) mededingingsrecht lijkt hiermee vrijwel continu te worstelen.⁹ Een economisch antwoord

7 De (indicatieve en voorlopige) mededingingsrechtelijke beoordeling door de ACM van deze initiatieven riep ook een politieke vraag op naar de machtsverhouding tussen ministeries en de ACM; en uiteindelijk ook over de verhouding tussen Nederlands Parlement en Europese Commissie. Dat laatste blijft hier verder buiten beschouwing maar zie voor een korte beschouwing: A. Gerbrandy, Renforce Blog 2016, beschikbaar via: <<http://blog.renforce.eu/index.php/nl/author/anna-gerbrandy/>>.

8 Fair Wear Foundation 2015, Self-assessment. Beschikbaar via: <www.fairwear.org/ul/cms/fck-uploaded/documents/labourstandards/E-bookArnoldandPorter-CompetitionLawandLivingWages.pdf>; ACM 2014, Advies ACM over herkomsttransparantie in de steenkolensector. Beschikbaar via: <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13544/Advies-ACM-over-herkomsttransparantie-in-desteenkolenketen/>.

9 Een voordeel van economisering is natuurlijk dat het deze vraag beantwoordt met een (redelijk) eenduidig antwoord: mededingingsrecht dient één doel, bescherming van consumentenwelvaart. Ook in de toepassing die op dit idee is gebaseerd is het in de praktijk zo dat dit begrip niet eenduidig is en er toch ook andere – maar wel economisch-gebaseerde

is: mededingingsrecht is gericht op de bescherming van zo groot mogelijke consumentenwelvaart, door efficiënt werkende markten en bescherming van het concurrentieproces. Dit is het antwoord dat in de huidige toepassing door Commissie en ACM voorop staat. Daarin is echter weinig ruimte voor wat mededingingsjuristen ‘niet-economische’, ‘niet-mededinging’ of ‘publieke’ belangen noemen: dierenwelzijn, bescherming van fundamentele rechten, duurzaamheid, of sociale belangen. Althans, er is lastig ruimte te maken voor deze belangen in een mededingingsrechtelijke beoordeling indien zij niet in consumentenwelvaartstermen kunnen worden uitgedrukt. Dat is relevant voor circulaire economie, aangezien de samenwerking om de kringloop van productie te sluiten die daarbij voorop staat eveneens gericht is op bescherming van dergelijke ‘niet-economische’ belangen (zie de volgende paragraaf). Er zijn nuances op het bovenstaande. Zo is de focus op consumentenwelvaart, en het daarmee ‘uitsluiten’ van niet-economische belangen in een mededingingsrechtelijke beoordeling vooral op te merken bij de Europese Commissie. De Commissie heeft een scherp ingekaderde visie op het mededingingsrecht, als in dienst staand van consumentenwelvaart.¹⁰ In ‘oude’ beschikkingen van de Commissie was dat anders: zo kan worden verwezen naar een beschikking van de Commissie ten aanzien van het uitfasen van de productie van milieuonvriendelijke wasmachines, waarin de Commissie toch óók milieuoverwegingen betrok (naast besparing van kosten). Weliswaar noemt de Commissie enkele bedragen, maar deze hebben vooral betrekking op de totale voordelen van de vermeden (externe) kosten in het overgaan naar nieuwe wasmachines. Een echte *berekening* is in deze zaak niet aan de orde.¹¹ Het is de zeer de vraag of de Commissie een dergelijke beoordeling *nu* op dezelfde manier zou doen. Belangrijk is óók dat het Hof van Justitie van de EU uiteindelijk de interpretatie, en dus de grenzen, van het Europese mededingingsrecht bewaakt. Het Hof heeft zich niet uitgesproken vóór het vernauwen van de doelstelling van mededingingsrecht tot één enkele doelstelling, maar aanvaardt consumentenwelvaart wel

– redenen zijn om het mededingingsrecht in te zetten. De discussie over de doelstellingen van mededingingsrecht is uitgebreid, maar zie voor een overzicht: O. Andriychuk, ‘Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process’, *European Competition Journal* 2010, 6 (3), p. 575-610; B. Baarsma, ‘Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective’, *European Competition Journal* 2011, 7(3), p. 559-585; S. Kingston, ‘Integrating Environmental Protection and EU Competition Law. Why Competition Isn’t Special’, *E.L.J.* 2010, 16(6), p. 780-805; G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007; M.E. Stucke, ‘Reconsidering Antitrust’s Goals’, *Boston College Law Review* 2012, 53(2), p. 551-629; C. Townley, *Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community Lawyer*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2008, 10(1), p. 345-381. Meer direct in relatie tot duurzaamheidsproblematiek ook R. Claassen en A. Gerbrandy, ‘Rethinking European Competition Law: from a consumer welfare to a capability approach’, *Utrecht Law Review* 2016, 12 (1).

10 Europese Commissie, ‘Richtsnoeren Artikel 81(3) van het Verdrag’, *PbEU* 2004, C 101/97; Europese Commissie, ‘Richtsnoeren verticale restricties’, *PbEU* 2010, C 130/1.

11 Zie Commissie beschikking van 24 januari 1999, zaak IV.F.1/36.718, CECED, *Pb EC* 2000, L 187/47.

als één daarvan.¹² Bovendien zijn er enkele, wat wonderlijke, constructies ontstaan in de jurisprudentie van het Hof waarbij de vraag omtrent de relatie tussen mededingingsrechtelijke belangen en niet-mededingingsrechtelijke belangen soms tot verrassende uitkomsten heeft geleid.¹³ En ten slotte is het – bij gebrek aan jurisprudentie – onduidelijk hoe het Hof een beoordeling onder de uitzondering van artikel 101 lid 3, waarbij een weging van publieke belangen (niet) werd betrokken, in de huidige situatie zou bezien.

3 De grondslagen van de circulaire economie en mededingingsrechtelijke risico's

De ambitie van de Nederlandse regering is: 'Nederland circulair in 2050'.¹⁴ Die ambitie is zo veelomvattend dat het in deze bijdrage onmogelijk is om op elk van de deelterreinen waarop zij betrekking heeft in te gaan. Voor een mededingingsrechtelijke analyse op wat hoger abstractieniveau is dat ook niet nodig omdat het mededingingsrecht (in beginsel) van toepassing is op alle sectoren en terreinen van het economisch proces. Ik zal in deze paragraaf enkele algemene uitgangspunten van de circulaire economie belichten die relevant zijn voor een mededingingsrechtelijke invalshoek: op het niveau van economische structuur en economische ordening en op het niveau van uitvoering van de ambitie om tot een circulaire economie te komen. Vervolgens zal ik laten zien hoe spanning kan ontstaan op het niveau van daadwerkelijke samenwerking.

3.1 Economische structuur in een circulaire economie

In de kern is een circulaire economie gebaseerd op het principe dat er zo min mogelijk verloren gaat: zo zuinig mogelijk met grondstoffen, en waar mogelijk dus gebruik van duurzame grondstoffen, zo min mogelijk afvalstoffen, zo veel mogelijk duurzaam gebruik, hergebruik en recycling.¹⁵ Maar, zoals het Rijksbrede programma

12 Zie A. Gerbrandy, 'Extended Case Note to Case C-8/08, T-Mobile e.a.', *Common Market Law Review* 2010, vol. 47, p. 1199-1220.

13 Bijvoorbeeld het leerstuk van inherente beperkingen (zie recent hierover E. Kloosterhuis, 'Wouters: All-in the Family?', *M&M* 2016, nr. 3); het 'haakje' van solidariteit gebruiken (zie A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig Mededingingsrecht', *M&M* 2016, nr. 3, p. 102-112); of via de nuttig-effectroute (zie R. Wesseling, "'Polder-Plus"-model: oplossing "Kip van Morgen" ligt niet bij ACM maar bij minister', *M&M* 2015, nr. 6, p. 220-221). Over dat laatste hieronder meer.

14 Zie het Rijksbrede programma Circulaire Economie, aanbiedingsbrief 14 september 2016, beschikbaar via: <www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/09/14/rijksbrede-programma-circulaire-economie>.

15 Zie ook de R-ladder: *refuse, rethink, reduce* op het niveau van producten slimmer maken en gebruiken; *re-use, repair, refurbish, remanufacture, re-purpose* op het niveau van levensduurverlenging; *recycle, recover* op het niveau van hergebruik van materialen (Greendeals, o.a. Evaluatie van het Planbureau voor de Leefomgeving 5 september 2016,

aanduidt, het fundament van de circulaire economie wordt gevormd door een omslag naar een andere *economische structuur*. Dat houdt in dat ‘niet alleen economische en milieutechnische, maar ook andere aspecten van welvaart worden meegenomen’.¹⁶ Deze aanduiding in het Rijksbrede programma is niet verder uitgewerkt, maar kan worden gezien als een subtiele afwijking (of afwijzing) van het (neo)liberale marktmodel van economische ordening dat de afgelopen decennia dominant is. Dát model beantwoordt de kernvraag van economie – wat te produceren, hoe te produceren, en voor wie te produceren – met te wijzen op het marktmechanisme. De veronderstelling van het marktmechanisme is dat efficiënt werkende markten (met veel vragers en aanbieders, grote transparantie, geen toetredingsbarrières, enz.) de grootst mogelijke economische welvaart opleveren.¹⁷ Het welvaartsbegrip is daarin inherent gekoppeld aan economische groei door middel van groeiende consumptie. Nu is een circulaire economie nog geen afscheid van het marktmechanisme. Integendeel: zoals de Europese Commissie bijvoorbeeld benadrukt, levert een circulaire economie kansen op voor het vergroten van de concurrentiekracht van de Europese economie en is het mogelijk om via het creëren van *nieuwe* markten (waarop dan weer geconcentreerd wordt) marktaandeel te verwerven. Soms is juist de *introdunctie* van marktwerking een stimulans voor zowel beter hergebruik als een lagere prijs.¹⁸ Andersom volgt uit het mededingingsrecht weliswaar dat ondernemingen zélf hun marktgedrag dienen te bepalen, maar dat kan net zo goed in een circulair model als in een ‘take – make – dispose’ model. Mededingingsrechtelijk gezien is de keuze voor bedrijven om te kiezen voor een bedrijfsvoering volgens de principes van circulaire economie een *neutrale* beslissing, net als de keuze voor een circulaire economie in zekere zin *neutraal* is ten aanzien van economische ordeningsprincipes.

Toch lijkt de invulling van het doel van het marktmechanisme – datgene waarvoor het marktmechanisme dient – wel degelijk verschillend. De grondslagen van de economische ordening berusten op andere waarden. In de visie van de overheid wordt dit niet heel expliciet gemaakt, maar het is duidelijk dat een circulaire economie niet alleen gericht is op vergroten van de economische welvaart op korte termijn, maar op een inclusiever welvaartsbegrip en daarnaast ook op een begrip dat gericht is op de lange termijn. Bovendien wordt economische groei losgekoppeld van consumptie en wordt – op een niveau dichterbij de consument – eigendom losgekoppeld van gebruik. Dit betekent ook dat wordt gekozen voor een welvaartsbegrip dat breder is dan het

p. 26, beschikbaar via: <www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2016-evaluatie-green-deals-circulaire-economie-achtergrondstudie-2477.pdf>).

16 Rijksbrede programma, p. 19.

17 Het marktmodel wordt in de ideaaltypen van economische ordening afgezet tegen een centraal geleide planeconomie.

18 Zie de afschaffing van het monopolie op inzameling van Grüne Punkt-afval die zowel leidde tot een lagere prijs (van inzameling en verwerking) als tot betere verwerking (zie presentatie op ACM Conference on impact assesment of oversight by competition and consumer atuhorities, 11 november 2016). Hoewel er vraagtekens kunnen worden gezet bij de kracht van causaliteit – was de betere verwerking niet *ook* de resultante van betere technieken – kan in bepaalde markten het introduceren van marktwerking duurzaamheidswinst opleveren.

begrip dat in het huidige mededingingsrecht met zijn focus op consumentenwelvaart wordt gehanteerd. Daarmee kan zowel een link worden gelegd met de onder het (al wat oudere) idee van duurzaamheid liggende ‘triple-p’-gedachte waarin een economische structuur gebaseerd is op people, planet, profit, als met de discussie over een ‘Breed welvaartsbegrip’. Op een nog fundamenteeler niveau, buiten de ambitie van deze bijdrage liggend maar boeiend als het gaat om het doordenken van de verhouding tussen de mens en haar omgeving en de invloed die daarop betreffende keuzes hebben op het model van economische ordening, is het de vraag of de verdringing door het marktmodel van wat antropoloog Graeber de ‘menselijke economie’ noemt, door een streven naar circulariteit weer teruggedraaid zal (moeten) worden. Als de grondslagen en waarden waarop een circulaire economie rust van een fundamenteel andersoortige aard zijn dan de fundamenteen waarop een markteconomie rust dan is een dergelijk terugdringen van het marktmodel niet uitgesloten.

3.2 Invloed op ondernemingen bij uitvoering van de ambitie naar circulariteit

Naast een andere economische structuur is mededingingsrechtelijk gezien een van de meest in het oog springende elementen in de transitie naar een circulaire economie dat daarvoor samenwerking nodig is. Zo wordt gesteld: ‘de ambitie van het kabinet is om samen met maatschappelijke partners in 2030 een (tussen) doelstelling te realiseren’. Samenwerking is nodig ‘tussen publieke en private partijen’, ‘in de eigen keten en cross-sectoraal’, en op ‘verschillende schaalniveaus’. De samenwerking wordt bevestigd door vele voorbeelden: het doel om ‘samen met maatschappelijke partners nog dit jaar tot een grondstoffenakkoord te komen’, het ketenakkoord kunststofkringloop en de Green Deal Verduurzaming Betonketen, dat heeft geleid tot het Betonakkoord (waarna ‘soortgelijke akkoorden over andere thema’s in de bouw’ zullen volgen), het Convenant Duurzame Kleding en Textiel, en het Energieakkoord. Alle Green Deals zijn een vorm van samenwerking tussen, op zijn minst, publieke en private partijen.

De redenen die worden benoemd om samen te werken kunnen zowel marktgericht van aard zijn als daarbuiten liggen. Zo wordt genoemd dat door samenwerking negatieve externe effecten (negatieve effecten op de welvaart die niet in de prijs zijn meegerekend) weg kunnen worden genomen. Maar andere redenen om samen te werken zijn kennisdeling en afstemming van de materiaalstromen binnen een productieketen. Dat samenwerking wordt benadrukt is niet zomaar een loze frase, maar hangt samen met de karakteristieken van een circulair businessmodel. Dat businessmodel gaat bijvoorbeeld uit van een andere houding ten aanzien van omgang met natuurlijk hulpbronnen, naar een verdienmodel en supply-chain management dat is gebaseerd op een netwerk van (langdurige) relaties, samenwerking en cocreatie. Met andere woorden: samenwerking is een fundamenteel onderdeel van een circulaire economie. Dat is boeiend als de positie van de onderneming nader wordt gezien. Aan het mededingingsrecht ligt de veronderstelling ten grondslag dat de onderneming vooral gericht is op het *eigen* (private, winst)belang (en dat de overheid er is voor het behartigen van het publiek belang). Voor ondernemingen staat het waarborgen van ‘shareholder-value’ voorop. Het is echter de vraag of de onderneming die een

circulair businessmodel nastreeft wel past in dit beeld. Een circulair businessmodel past beter bij het idee van ondernemerschap waarbij een ‘stakeholder-model’ van verantwoordelijkheden vooropstaat (en ook concepten van maatschappelijk verantwoord ondernemen en *responsible business conduct* passen in dit frame).¹⁹ Maar deze grondslag stelt de scheiding tussen het publiek domein, gericht op behartiging van het publiek belang, en het private domein, gericht op private belangen (zoals winst) op de proef. Een onderneming die medeverantwoordelijkheid draagt voor het opkomen van andere belangen dan alleen het eigen winstbelang (zonder te willen stellen dat de overgang naar een circulair businessmodel *niet* ook in het eigen belang kan zijn) past niet goed. Nu is dit alles in zekere zin voor het mededingingsrecht nog wel neutraal, maar wél alleen indien de onderneming solistisch optreedt. Indien wordt *samengewerkt* om deze belangen te waarborgen, ontstaan er mededingingsrechtelijke angsten en voetklemmen: een mededingingsrechtelijke beoordeling van deze samenwerking dient zich al snel te buigen over de als ‘niet-economisch’ of ‘publiek’ aangemerkte belangen.

Hieruit volgt, dat het idee dat samenwerking weleens het uitgangspunt kan zijn in een economische orde die op circulariteit is gebaseerd, mededingingsrechtelijk *niet* neutraal is. Indien samenwerking tot een mededingingsbeperking leidt, kan die alleen gesauveerd worden indien zij voor het behalen van de positieve effecten *noodzakelijk* is. Het mededingingsrecht gaat immers uit van het idee dat elke onderneming zelfstandig haar marktpositie bepaalt. Daarom houdt de noodzakelijkheidsvoorwaarde in dat vereist is dat zonder de (mededingingsbeperkende) onderlinge afspraken het positieve effect niet zou ontstaan. Maar in een circulair businessmodel lijkt samenwerking meer een algemene *mindset*. Dan is samenwerking niet beperkt tot gevallen waarin dat noodzakelijk is in strikte zin, maar een in algemene zin wellicht te prefereren route om de overgang naar een circulaire economie te bespoedigen. Bovendien is samenwerking daarin een breed begrip, en omvat het samenwerking tussen verschillende ondernemingen, met publieke instellingen en het maatschappelijk midden wat de scheidslijn tussen publiek en privaat domein in elkaar laat overvloeien.

Ten slotte is mededingingsrechtelijk gezien ook de focus op langetermijnrelaties in de ondernemingsketen en op het gezamenlijk adresseren van negatieve externe effecten *niet* geheel neutraal. Hoewel het mededingingsrecht samenwerking toestaat indien de positieve effecten – het opheffen van negatieve externe effecten bijvoorbeeld – de

19 Zie OECD Guidelines for Multinational Enterprises – Responsible Business Conduct Matters, 2011, beschikbaar via: <https://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCMatters.pdf>; OECD, Competition Law and Responsible Business Conduct. Global Forum on Responsible Business Conduct, 2015, beschikbaar via: <<http://mneguidelines.oecd.org/global-forum/2015GFRBC-Competition-Law-RBC.pdf>>; European Commission 2011, Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions: A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, COM(2011)681 final; H.J. Zwalve-Erades, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen in Nederland’, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2015, afl. 1. Zie over het ‘shareholder model’: J. Heath, *Morality, Competition, and the Firm: The Market Failures Approach to Business Ethics*, Oxford: Oxford University Press 2014.

negatieve effecten op consumentenwelvaart opheffen, is het lastig om langetermijneffecten mee te nemen in een mededingingsrechtelijke beoordeling. Zover kijkt een mededingingsrechtelijke beoordeling van een samenwerkingsverband tussen ondernemingen over het algemeen niet.

3.3 Mededingingsrechtelijke risico's

Zoals uit het voorgaande blijkt kan samenwerking tussen ondernemingen mededingingsrechtelijk problematisch zijn. Dat betreft niet alle samenwerkingsvormen: indien samenwerking niet is gericht op marktparameters, dan is zij mededingingsrechtelijk over het algemeen onschuldig. In de praktijk is die grens echter soms lastig te bepalen.²⁰ Samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen hoeft evenmin problematisch te zijn, mits daarbij enkele grondregels niet worden overtreden.²¹ Dat neemt de *fundamentele* spanning die hiervoor aan de orde kwam echter niet weg.

Die spanning uit zich vervolgens in praktische zin wellicht als volgt. Met inmening van het publiek domein, vaak inclusief het meepraten door maatschappelijke organisaties, wordt met ondernemingen gezamenlijk een initiatief tot stand gebracht dat is gericht op het verduurzamen of circulair maken van (een onderdeel van) de productie- of dienstverleningsketen. Ondernemingen doen natuurlijk soms alleen schoorvoetend mee. Zij hoeven misschien niet zo nodig, maar uit welbegrepen eigenbelang – beter zelfregulering dan overheidsdwang, beter meewerken dan negatieve publiciteit – sluiten zij zich aan. Het past bovendien in de poldertraditie dat partijen gezamenlijk vorm geven aan belangrijk geachte maatschappelijke waarden. De overheid (in wat voor vorm dan ook) zit ook aan tafel, want die ziet de totstandkoming van een dergelijk initiatief als onderdeel van het behartigen van haar publieke taak. Maatschappelijke partijen zitten aan tafel, want zij begrijpen dat het soms de voorkeur heeft om mét ondernemingen samen te werken in het behalen van de doelen van hun maatschappelijke missie. Het kan daarbij voor alle partijen duidelijk zijn dat als de betrokken ondernemingen zelf, individueel, over zouden gaan tot verduurzaming of een circulair businessmodel, de inmenging van overheid en maatschappelijke partijen niet nodig zou zijn. Maar de marktprikkel daartoe ontbreekt²² of de 'go at it alone'-route is, gezien de marktomstandigheden, geen optie, zelfs al zouden individuele

20 Zo heeft ACM naar aanleiding van de onduidelijkheid of huisartsen mochten samenwerken een document opgesteld waarin zij uitleg geeft van wat wel en niet is toegestaan; zie 'Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn' (beschikbaar via: <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14734/Uitgangspunten-toezicht-ACM-op-zorgaanbieders-in-de-eerste-lijn/>). Het is de vraag of daarmee alle twijfel weggenomen is, maar het is wel een verduidelijking van de vraag waarop ACM vooral let, en of zij op eigen initiatief in actie zal komen.

21 Zie met name de beleidsdocumenten van de Europese Commissie: 'Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty', *OJ EU* 2004, C 101/97; 'Guidelines on Vertical Restraints', *OJ EU* 2010, C 130/1 en vergelijkbare uitleg op de site van de ACM.

22 Dit is mededingingsrechtelijk, maar ook politiek relevant. Als er wel een marktprikkel is, dan is dat meestal vanwege een veranderde vraag: de consument wil graag

ondernemingen willen. In ieder geval is dat een veel minder snelle optie. Het is dan natuurlijk wel van belang om zo veel mogelijk marktpartijen te betrekken: alleen als *iedereen* meedoet, kan het een succes worden, anders ondergraaft de enkeling het initiatief. Daarbij is men zich (althans: steeds vaker) best bewust van het bestaan van het mededingingsrecht. Kartels mogen niet, maar dit overleg is ook niet gericht op kartelafspraken! Er worden immers geen prijsafspraken gemaakt! Het initiatief is gericht op andere waarden. Het is bovendien, in het perspectief van sommige van de partijen althans, nadrukkelijk een eerste stap op weg naar verdere ontwikkeling. Of het uit zich in een iets andere vorm. Grote multinationals, actief in de food-sector, zien zich bijvoorbeeld geconfronteerd met uitputting van vruchtbare grond. Intensieve landbouw en gewassenteelt heeft erosie tot gevolg. Dat leidt tot vernietiging van het vruchtbare laagje grond – de *topsoil* – met verwoestende gevolgen voor het lokale ecosysteem, inclusief de lokale economie en samenleving. Maar economisch gezien heeft elke individuele *smallholder* die zijn grondstof levert, baat bij een zo groot mogelijke opbrengst van zijn land op de korte termijn. Voor investeringen, roulatie van gewassen, een andere beplanting, kortom: voor een langetermijnplanning is geen ruimte op dit niveau, zeker niet in zich ontwikkelende landen. Maar het economisch voortbestaan van de multinationals is ook in gevaar. Ook zij kunnen (over het algemeen) echter niet in hun eentje de noodzakelijk langetermijninvesteringen doen. Deze zijn fors en het is – zonder daarover afspraken te maken – niet gezegd dat anderen vervolgens daar niet de vruchten van zouden gaan plukken. Een gezamenlijk wereldwijd initiatief kan dit oplossen. Via certificering, via keurmerken, of – en dat is soms makkelijker, sneller, betrouwbaarder – via een systeem van afspraken om over te gaan op langeretermijnrelaties tussen *smallholders* en producenten. Of, nog iets anders (of daarbij), door het onderling afspreken niet langer producten af te zullen nemen van niet-duurzaam beheerde landbouwgrond.²³

Of neem het probleem dat in de bijdrage van Andrea Keessen in dit boek aan de orde is: er wordt te veel mest geproduceerd in Nederland. De mest-naar-grondstofkringloop kan (gesimplificeerd weergegeven) het best worden gesloten op lokaal niveau door bijvoorbeeld een ‘ruil’ tussen de mestproducenten en akkerbouwers. De veehouder krijgt veevoer (en haalt geen soja uit de Amazone); de akkerbouwer krijgt mest (en koopt geen – goedkopere – kunstmest). Zowel organisatorisch als vanuit

duurzaam/circulair. Als dan een ‘willingness to pay’ onderzoek wordt uitgevoerd zou daaruit naar voren moeten komen dat consumenten ook daadwerkelijk bereid zijn te betalen (dat was bij de Kip van Morgen, in het onderzoek door ACM, niet het geval). Als er bovendien een marktprikkel is, is het de vraag of samenwerking noodzakelijk is. Als er geen marktprikkel is, dan is het vanuit economisch perspectief – tenzij er sprake is van marktfalen in de vorm van externaliteiten of anderszins – geen reden tot verandering. Een overheid die dan duwt, kan worden gezien als een paternalistische overheid die haar voorkeuren (of de voorkeuren van de elite die zij vertegenwoordigt) oplegt aan de maatschappij. Of deze vorm van paternalisme wel of niet acceptabel wordt geacht is ook een politieke vraag.

- 23 Zie het hiervoor genoemde ‘Fair Wear’ initiatief, en ook het Palm Oil Initiative (2016), beschikbaar via: <<https://news.mongabay.com/2016/07/under-government-pressure-palm-oil-giants-disband-green-pledge/>>.

het idee het mestprobleem op te lossen door circulariteit in te voeren, is het handig om dat op wat hoger niveau te regelen in de vorm van afspraken tussen de akker- en tuinbouw en de veehouderij in algemene zin. Daarbij moet iedereen – of althans: een groot deel – meedoen, om *free riding* tegen te gaan.²⁴

Vanuit het mededingingsrecht wordt, zoals hierboven aangegeven, gereageerd door er op te wijzen dat er (waarschijnlijk) prijseffecten zullen zijn, die het gevolg zijn van deze afspraken. Ook als de afspraken zorgvuldig zijn vormgegeven en zij geen concrete prijsafspraken bevatten, kan dat het geval zijn, met name als gevolg van verhoogde productiekosten (of het uit de markt halen van productiecapaciteit).²⁵ Als de overheid bij het initiatief betrokken is, is dat geen reden het mededingingsrecht niet van toepassing te achten; ook de overheid zelf kan het mededingingsrecht overtreden. Tegelijkertijd zijn het legitimerende effect van het betrokken zijn van vele partijen, en de redenen voor, en overwegingen die ten grondslag liggen aan dit type initiatieven juist lastig in het mededingingsrechtelijk beoordelingskader mee te nemen. De publieke belangen die aan de orde zijn, de langetermijnvisie, de positieve grondhouding ten opzichte van samenwerking ook als die in strikt economische zin wellicht niet noodzakelijk is, de ‘dit is een eerste stap’ en ‘je moet dit zien als onderdeel van een groter geheel’-idee: dat zijn ingewikkelde kwalitatieve waarden. In een circulaire economie lijken zij echter *inherent* te zijn aan de economische ordening, waardoor de spanning zichtbaar wordt.

4 Oplossingen

De spanning tussen de grondslagen van het mededingingsrecht en grondslagen van een circulaire economie zal zich uiten in het in strijd kunnen komen van samenwerkingsverbanden gericht op circulariteit, met het mededingingsrecht. Hierboven kwamen al enkele voorbeelden van dergelijke situaties langs. Met name in het verlengde van de Kip van Morgen en het Energieakkoord – en het informele oordeel van ACM dat deze initiatieven in strijd komen met het mededingingsrecht – wordt ook binnen het ministerie van Economische Zaken nagedacht over oplossingen.²⁶

Zo is bezien of een oplossing kan worden gevonden op het niveau van de interpretatie van de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw (het equivalent van artikel

24 Ook zal, wil dit goed geregeld worden, de steunvoorziening wellicht moeten worden herzien.

25 Er zijn ook andere mededingingsrechtelijke redenen voor afwijzing mogelijk: in oligopolistische markten kan het uitwisselen van informatie leiden tot verstarring van de marktaandelen en het verder verminderen van toch al beperkte concurrentie. Er is dan niet zozeer sprake van een prijseffect, maar van een marktproceseffect dat mededingingsrechtelijk problematisch is. Dat was met name het mededingingsrechtelijke bezwaar bij o.a. het hierboven genoemde Bloedkolen-convenant.

26 N.a.v. een motie daartoe van de Tweede Kamer: zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 400 XIII, nr. 99, motie Dijkgraaf-Geurts; zie ook de Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, ‘Mededinging en Duurzaamheid’, d.d. 23 juni 2016, kenmerk DGETM-MC / 16071609.

101 lid 3 TFEU). De minister van Economische Zaken stelde nieuwe beleidsregels voor waarbij ACM werd opgedragen de voorwaarden ruimer – duurzaamheidsvriendelijker – te interpreteren en toe te passen. Het concept voor de nieuwe beleidsregels werd voorgelegd ter consultatie, waarop ACM en de Commissie reageerden door te stellen dat toepassing van de beleidsregels zou leiden tot strijdigheid met het Europese mededingingsrecht.²⁷ De nieuwe beleidsregels zijn ondertussen vastgesteld,²⁸ en geven de meest vérgaande opdracht aan ACM die in deze politieke constellatie haalbaar werd geacht: minder vergaand dan de ter consultatie voorgelegde conceptbeleidsregels, maar toch een meer alomvattende beoordeling bevattend.²⁹ De minister onderzocht ook enkele andere routes: kon via de leer van de ‘inherente beperkingen’ geen ruimte worden gevonden? In dit jurisprudentiële leerstuk heeft het Hof overwogen dat indien een mededingingsbeperking inherent noodzakelijk is aan het voldoen aan een publiek belang, en de overheid daarbij is betrokken, zij buiten het verbod valt.³⁰ Maar het leerstuk is moeilijk en de minister stelt dat de jurisprudentie hieromtrent niet genoeg is uitgewerkt om daarover zekerheid te kunnen geven voor de duurzaamheidsinitiatieven waarvoor ruimte wordt gezocht.³¹ Zelf heb ik het idee opgeworpen om na te gaan of via de ‘solidariteitsexcepties’ – waarbij activiteiten die zijn gebaseerd op solidariteitsoverwegingen, zoals voorheen de ziekenfondsen, buiten het verbod vallen – een ontsnappingsroute kan worden geconstrueerd.³² Of dat succesvol kan zijn is evenmin vooraf gegarandeerd. Ondertussen bereidt de minister wetgeving voor waarin de mogelijkheid wordt gecreëerd om in de markt ontstane duurzaamheidsinitiatieven ‘algemeen geldend’ te verklaren en zo marktdekkend te maken.³³ Daarmee wordt, zo is de gedachte, het initiatief overgenomen en aan een mededingingsrechtelijke beoordeling onttrokken. Dit is een belangrijk wetsvoorstel, maar ook hier is het met onzekerheid omgeven. De vraag is of niet alsnog gehandeld wordt in strijd met de zogenoemde ‘nuttig effect’ doctrine, waaruit volgt dat de lidstaten het nuttig effect van de Europese mededingingsregels niet mogen ondergraven,³⁴ of in strijd met met de vrijverkeerregels van het Verdrag.

27 Zie: <www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid>.

28 Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016, *Stcrt.* 2016, 52945.

29 Zo wordt de ACM door de minister opgedragen ook ‘voordelen voor de samenleving als geheel’ mee te nemen, alsook een specifieke clause in onderling verband van het groter geheel te beoordelen. Het grote struikelblok blijft echter dat de voordelen voor de consument minstens even groot moeten zijn als zijn welvaartsverlies. ACM heeft ondertussen bovendien aangegeven – samengevat – slechts op te treden tegen duurzaamheidsinitiatieven als daarover wordt geklaagd, en dan niet direct over te zullen gaan tot handhaving, maar eerst een gesprek aan te gaan met betrokken partijen (zie brief van de minister).

30 Zie Kloosterhuis 2016, hierboven aangehaald.

31 Zie brief van de minister.

32 Zie Gerbrandy, voetnoot 13.

33 Zie brief van de minister.

34 Uit deze jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat de overheid geen mededingingsbeperkende afspraken die uit ‘de markt’ ontstaan, mag bekrachtigen of stimuleren. Verder mag de overheid haar eigen regulerende bevoegdheden niet geheel overdragen aan de

Deze ideeën hebben gemeen dat ze zich richten op de praktische, concrete, strijdigheid van afspraken met het mededingingsrecht en binnen het mededingingsrecht daarvoor een uitweg proberen te vinden. Een fundamentele oplossing bieden zij niet. Daarop wordt wel gesteld dat het mededingingsrecht ook helemaal de plaats niet is voor een afweging tussen zulke verschillende typen belangen: de overheid kan (en zou) via wetgeving en regulering het algemeen belang (moeten) vormgeven, bijvoorbeeld in de vorm van concrete voorschriften. Zo wordt het onderwerp geheel uit de private sfeer getild en is het mededingingsrecht niet van toepassing.³⁵ Dit is zeker een aantrekkelijke route: in zekere zin de koninklijke route zelfs. Zij is echter niet altijd beschikbaar – als het gaat om grensoverstijgende of wereldomspannende problematiek bijvoorbeeld – of voor de hand liggend – bijvoorbeeld vanwege de poldertraditie, of om andere redenen. Bovendien lost ook dát de fundamentele spanning niet op omdat het groundbegrip van de circulaire economie steeds wordt geaccommodeerd, maar niet aan het recht ten grondslag ligt. Een duurzame oplossing zou derhalve vooral gevonden moeten worden op het niveau van de grondslagen van het recht. Die grondslagen zouden moeten worden gevonden in de (gewenste) inrichting van de samenleving en daardoor gedragen moeten worden. Vanuit de idee van overgang naar een circulaire economie betekent dat niet per se het overboord gooien van de markt als ordeningsprincipe, maar wel een (zekere, vergaande, of zéér vergaande) nuancering daarvan. Een nieuw paradigma voor de samenleving, op duurzame groei en circulaire economie gericht, moet noodzakelijkerwijs worden weerspiegeld in het recht. Vanzelfsprekend is dat een complex en langdurig proces, wat de reden is om ondertussen de verschillende routes om de spanning in het concrete geval op te lossen serieuze aandacht te geven.

5 Conclusie

De overgang naar een circulaire economie betekent niet per definitie het verlaten van het marktmodel zoals dat ten grondslag ligt aan de huidige interpretatie van het mededingingsrecht. Ook een circulaire economie kan gebaseerd zijn op marktwerking. Desalniettemin is duidelijk dat er op een fundamenteel niveau verschillen zijn tussen de grondslagen van circulariteit en de grondslagen van mededinging: een circulaire economie is niet alleen gericht op vergroting van consumentenwelvaart door economische groei, maar op bescherming van *people, planet én profit* – waarbij

markt: delegatie van bevoegdheden mág maar onder de voorwaarde dat het publiek belang daarbij door de overheid zélf blijft worden behartigd.

- 35 Het verschil met de situatie die de grondslag vormt van het wetsvoorstel over algemene gelding is, verkort weergegeven, wáár het initiatief ligt: in het wetsvoorstel algemene gelding komen marktpartijen met een voorstel dat de minister kan overnemen (met een publiekbelangtoets). In een ‘gewoon’ wetgevingsproces ligt dat anders: hoewel er gelobbyd kan worden door marktpartijen is er een volledig democratisch gelegitimeerd wetgevingsproces dat vooral het publiek belang dient. In dat geval is er – vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt althans – geen marktinitiatief dat aan het overheidsoptreden in wetgeving ten grondslag ligt.

people en *planet* niet ondergeschikt zijn aan *profit*. Een dergelijke economie kenmerkt zich door zowel de noodzakelijkheid als de wens tot het aangaan van langdurige samenwerkingsverbanden binnen en tussen sectoren en ketens. De overheid is in het proces naar een circulaire economie niet alleen markttoezichthouder maar is actief betrokken in vormgeving. Deze spanning op het niveau van grondslagen en fundamenteën kan zich uiten in een botsing met het mededingingsrecht van concrete overeenkomsten, afspraken, initiatieven of convenanten die zijn gericht op het in de praktijk vormgeven van circulariteit.

Zoals hiervoor aangegeven zijn dan op verschillende niveaus reacties mogelijk. Ten eerste op het niveau van de concrete spanning, door binnen het mededingingsrecht routes toe te passen die een zekere afweging mogelijk zouden kunnen maken. Deze routes zijn lastig, en – naar verwachting – beperkt toepasbaar. Een tweede mogelijkheid is de grondslagen van het mededingingsrecht te heroverwegen, als niet alleen op consumentenwelvaart gericht maar óók op niet-economische belangen. De huidige interpretatie van het mededingingsrecht door de Europese Commissie en de ACM geeft hiertoe weinig ruimte, maar in de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt die ruimte niet fundamenteel te zijn uitgesloten. Ten derde, en meer fundamenteel en op de lange termijn gericht, dienen de grondslagen van het marktrecht te worden herdacht, aangezien die grondslagen niet (meer) passen bij een overgang naar circulaire economie en een duurzame inrichting van de samenleving.

Lijst van VMR-publicaties

- De herziene Hinderwet (1982)
- De aansprakelijkheid voor milieuschade (1983)
- De evaluatie van de Wet algemene bepalingen Milieuhygiëne (1983)
- Deregulering, toegespitst op de basisvergunning en de integrale vergunning (1983)
- Bodembescherming in het landelijk gebied (1984-1)
- Het EEG-milieurecht (1984-2)
- De Wet chemische afvalstoffen (1984-3)
- Rechtsbescherming in de milieuwetgeving (1985-1)
- Grensoverschrijdende rechtsbescherming (1985-2)
- WABM Algemene regels en vergunningenstelsel voor inrichtingen (1985-3)
- Wet geluidhinder (1986-1)
- De Wet bodembescherming (1986-2)
- Waterbeheer en milieubeheer (1986-3)
- Afvalstoffenwet (1987-1)
- Voorontwerp Hoofdstukken Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (1987-2)
- Strafrechtelijke handhaving van milieurecht (1987-3)
- Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade (1987-4)
- AMvB's op grond van artikel 2a van de Hinderwet (1988-1)
- De uitvoering van EG-milieurichtlijnen, toegespitst op milieugevaarlijke stoffen (1988-2)
- Grondwaterbeheer (1988-3)
- De Natuurbeschermingswet (1988-4)
- Kostenverhaal bij (water)bodemsanering (1989-1)
- Juridische en bestuurlijke consequenties van het Nationaal Milieubeleidsplan (1989-2)
- Grensoverschrijdende milieuwetgeving Europeesrechtelijke, internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten (1989-3)
- Afvalstoffenbeleid (1990-1)
- Vrijwillige of willekeurige sanering van (bedrijfs)terreinen? (1990-2)
- Milieubescherming: privaatrecht of publiekrecht?, waarin opgenomen selectie milieujurisprudentie 1987-1990 (1990-3)
- Het juridische en financiële instrumentarium van het NMP-plus (1990-4)
- Artikel 21 Interimwet bodemsanering (1990-5)
- Bedrijfsinterne milieuzorg (1991-1)
- Het Plan van aanpak Schiphol (1991-2)
- Risico-aansprakelijkheid voor milieuschade (1991-3)
- Rechtsbescherming in het milieurecht (1991-4)
- Gebiedsgericht milieubeleid (1992-1)
- Bestrijdingsmiddelenwet (1992-2)
- De rol van het recht bij een duurzame ontwikkeling (1992-3)
- Inbouw hoofdstuk bodemsanering in de Wet bodembescherming (1992-4)

- Het milieustrafrecht nader beschouwd (1993-1)
- Gedoogrecht(spraak) (1993-2)
- Flora- en Faunawet (1993-3)
- Waste Prevention (1993-4)
- Openbaarheid van milieurelevante bedrijfsgegevens (1993-5)
- De Algemene wet bestuursrecht in haar betekenis voor het milieurecht (1994-1)
- Naar een nieuwe Natuurbeschermingswet (1994-2)
- De terugtrekkende overheid (1994-3)
- Ecotax en andere financiële instrumenten in het milieurecht (1994-4)
- Produktgericht milieurecht (1995-1)
- Deregulering (1995-2)
- Strafrechtelijke aanpak van grensoverschrijdende milieucriminaliteit, cap. Selecta (1995-3)
- Bodemsanering (1995-4)
- Europese milieurechtspraak (1996-1)
- Europese milieurechtspraak, verslag ledenvergadering (1996-2)
- Stad en Milieu (1996-3)
- Afstemmingsregelingen in de Wet milieubeheer (1996-4)
- Landbouw en milieu (1996-5)
- Afval: provinciaal, landelijk of Europees probleem? (1997-1)
- Gemeentelijk milieubeleid (1997-2)
- Jurisprudentie Milieurecht 1996 (1997-3)
- Bedrijfsinterne milieuzorg en vergunningverlening ‘is het gras groener bij de burens?’ (1997-4)
- Internationaal milieurecht in Nederland: De consequenties van het internationale milieurecht voor de nationale rechtspraktijk (1998-1)
- Water: ontwikkelingen in (inter)nationale regelgeving en beleid (1998-2)
- Jurisprudentie Milieurecht 1997 (1998-3)
- (Nb. 1998-4 is niet verschenen).
- Functiegerichte bodemsanering (1998-5)
- Jurisprudentie milieurecht 1998 (1999-1)
- Artikel 95 EG-Verdrag: De (on)mogelijkheden voor lidstaten om af te wijken van geharmoniseerd EG-beleid (2000-1)
- Bouwstoffenbesluit (2000-2)
- Interregionale handhavingssamenwerking (2000-3)
- Gemeenten en de Vogel- en Habitatrichtlijn (2000-4)
- Meldingenstelsel Wet milieubeheer (2000-5)
- Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland (2001-1)
- Landbouw en milieu (2001-2)
- Bestrijdingsmiddelen (2001-3)
- Duurzaam ondernemen en regelgeving (2001-4)
- De positie van derden-belanghebbenden bij nieuwe instrumenten in het milieurecht (2001-5)
- Omgaan met risico's in het milieu- en ruimtelijke ordeningsrecht (2001-6)
- Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht (verslag studiemiddag) (2001-7)

- De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter (2002-1) Preadviezen
- Lokale milieuhinder (2002-2)
- Milieu en de fundamentele herziening van de WRO (2002-3)
- De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter (verslag studiemiddag) (2002-4)
- Over de grenzen van het milieurecht (2003-1)
- Milieuaansprakelijkheid (2003-2)
- Handhaving van milieurecht vanuit Europees perspectief (2003-3)
- Flora- en faunawet (2004-1)
- Emissiehandel (2004-2)
- De toekomst van de m.e.r. (2004-3)
- Ruimtelijke inrichting en handhaving op de Noordzee (2004-4)
- Herijking milieuregelgeving (2005-1)
- IPPC: in wetgeving en praktijk (2005-2)
- Regeling inzake luchtkwaliteit; Nederland op slot? (2006-1)
- Waarborgen in het milieurecht; actuele ontwikkelingen in besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming (2006-2)
- Externe veiligheid (2006-3)
- Klimaatverandering en rechtsontwikkeling anno 2005 (2006-4)
- De omgevingsvergunning; de toepassing in de praktijk (2006-5)
- Modernisering algemene regels Wet milieubeheer (2006-6)
- Milieu en Luchtvaart (2007-1)
- De nieuwe Waterwet (2007-2)
- Agrarisch milieurecht (2007-3)
- Nederlandse milieuriichtlijnen en beste beschikbare technieken (2007-4)
- Aan de grenzen van de milieuvergunning (2007-5)
- Klimaatverandering en de rol van het milieurecht (2007-6)
- Ontwikkelingen in het Europees milieustrafrecht (2008-1)
- Interbestuurlijk toezicht in het omgevingsrecht (2008-2)
- Wie beschermt het natuurbeschermingsrecht? (2008-3)
- De nieuwe Wet ruimtelijke ordening en de bescherming van natuur en milieu (2008-4)
- Juridische aspecten van klimaatverandering (2009-1)
- Europees milieurecht in de Lage Landen (2009-2)
- Bij twijfel (niet) doen (2009-3)
- Crisis- en herstelwet: duurzame versnelling (2009-4)
- Wabo: antwoorden op praktijkvragen (2010-1)
- Natuur(lijk) met recht beschermd (2010-2)
- Het dilemma van de Noordzee: intensief gebruik én het grootste natuurgebied van Nederland (2011-1)
- Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? (2012-1)
- De toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter? (2012-2)
- Duurzame gebiedsontwikkeling (2013-1)
- Duurzame handel in juridisch perspectief (2014-1)
- Milieubescherming in het omgevingsplan (Preadvies) (2016-1)
- Met recht naar een circulaire economie (2017-1)

Uitgaven vanaf 2006-1 kunnen worden besteld bij Boom distributiecentrum, tel. 0522-23 75 55, fax. 0522-25 38 64, e-mail budh@boomdistributiecentrum.nl. Van oudere uitgaven zijn enkele nog voorradig bij de VMR.

Over de Vereniging voor Milieurecht

De Vereniging voor Milieurecht (VMR) heeft zich sinds de oprichting in 1982 ontwikkeld tot een onafhankelijk kennisnetwerk voor milieu-, water- en natuurbeschermingsrecht. In het netwerk bundelen professionals hun kennis en ervaring over de juridische aspecten van de bescherming van het milieu en de bevordering van het natuur- en landschapsbehoud. Die informatie wordt toegankelijk gemaakt via studie- en discussiemiddagen, lezingen van deskundigen en bijeenkomsten van werkgroepen. De VMR publiceert regelmatig verslagen van de bijeenkomsten.

Onder de ongeveer 800 leden van de VMR bevinden zich wetenschappers en vertegenwoordigers van natuur- en milieuorganisaties, maar ook advocaten, adviseurs en ambtenaren.

Met een lidmaatschap krijgt u veel voordelen. U krijgt gratis toegang tot studiemiddagen over actuele onderwerpen uit het milieu-, water- en natuurbeschermingsrecht. U krijgt korting op de toegang tot de jaarlijkse VMR Actualiteitendag, waarbij u in één dag op de hoogte wordt gebracht van de belangrijkste actuele ontwikkelingen in het milieurecht. U kunt deelnemen aan werkgroepen.

Leden ontvangen de nieuwe publicaties die worden uitgebracht naar aanleiding van studiemiddagen of werkgroepactiviteiten. De sinds 2004 verschenen publicaties zijn eveneens online te vinden. Leden maken deel uit van het ledennetwerk. Eveneens ontvangen de leden korting op het Tijdschrift voor Milieu en Recht.

Nadere informatie over de VMR is te krijgen op het verenigingsbureau:

E-mail: info@milieurecht.nl

Website: www.milieurecht.nl.

