

Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2017, nr. 21-005505-15

(Van Waarden, Lensing, Hendriks)

m.nt. A.M.C.C. Tubbing

(Artikel 1.1. lid 6 Wet milieubeheer jo. artikel 6 Kaderrichtlijn Afvalstoffen nr. 2008/98 en artikel 10.2 lid 1 Wm jo. artikel 2 lid 1 aanhef en onder b Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen (oud), artikel 1 Bouwstoffenbesluit (oud; thans Besluit bodemkwaliteit).

ECLI:NL:GHARL:2017:505 (en 506; resp. leidinggevende en rechtspersoon)

Vrijstellingsregeling afvalstoffen van toepassing?

- 1. Door sportclubs afgedankte kunststofgrasmatten: deel ervan is uitgerold in een paardenbak; ander deel opgeslagen.**
- 2. Asphaltgranulaat/ecogranulaat: storten van afval of toepassing als bouwstof in een werk conform het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming (thans: Besluit bodemkwaliteit).**

De raadsman heeft vrijspraak bepleit van het onder 2 tenlastegelegde, nu niet kan worden bewezen dat verdachte zich heeft ontdaan van een afvalstof. Volgens de verdediging gaat het om Ecogranulaat dat eerder al door [bedrijf 5] thermisch was gereinigd waardoor het asfalt een behandeling heeft ondergaan voor een nuttige toepassing en daarmee zijn afvalstatus heeft verloren. Aan alle criteria die daarvoor genoemd worden in de Afvalstoffenrichtlijn 2008/98/EG en die zijn overgenomen door de Hoge Raad, is immers voldaan. Verdachte heeft zich niet ontdaan van dit Ecogranulaat maar dit gebruikt op de wijze waarvoor het is bedoeld, namelijk als bodemverharding. Volgens de raadsman hebben de door [keuringsbedrijf] uitgebrachte keuringsrapporten wel degelijk betrekking op voornoemd granulaat. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft de raadsman gewezen op door [adviesbureau] en het NFI verricht bodemonderzoek op het terrein aan de [adres] , waaruit is gebleken dat het granulaat geen negatieve invloed heeft gehad op de bodem. Hof: de (eventuele) nuttige toepassing in het jaar 2005, toen het granulaat werd gestort op het in de tenlastelegging genoemde perceel, was nog niet voltooid. [bedrijf 5] (de vorige eigenaar van het granulaat) en verdachte wilden zich beide van dit granulaat ontdoen. Dat betekent in het licht van voornoemde jurisprudentie dat wettig en overtuigend bewezen is dat verdachte zich in 2005 als feitelijke leidinggever opzettelijk heeft ontdaan van afvalstoffen, te weten het in de tenlastelegging genoemde (asfalt)granulaat. Verdachte is immers degene geweest die de opdracht heeft gegeven om het granulaat te storten. Het gegeven dat het granulaat was opgeschoond - zoals betoogd door de raadsman en waarvan het hof, zoals hierna zal blijken, ook van uit gaat - en daarmee mogelijk voldeed aan de in het (destijds geldende) Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming met betrekking tot een categorie 1-bouwstof gestelde eisen maakt niet dat er geen sprake (meer) was van een afvalstof (vgl. ABRvS ECLI:NL:RVS:2005:AT1966). Het hof ziet zich vervolgens voor de vraag gesteld of de terreinverharding (bodemverharding) waarvoor verdachte het granulaat heeft gebruikt een "werk" is als bedoeld in artikel 1 van het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming. Naar het oordeel van het hof dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord. Het hof heeft bij zijn beslissing acht geslagen op twee uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin deze afdeling heeft geoordeeld dat een verharding van (bos)paden en een erfverharding als "werken" in voornoemde zin dienen te worden beschouwd (zie: ABRvS 31 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7457 en ABRvS 10 april 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1245). Gelet op deze twee uitspraken trekt het hof de conclusie dat ook de terreinverharding in de onderhavige zaak een "werk" - namelijk een grondwerk - is.

Dat betekent naar het oordeel van het hof dat de B.V. het in de tenlastelegging vermelde granulaat als bouwstof in een (grond)werk heeft gebracht. Het hof heeft daarbij mede gelet op de omstandigheid dat de B.V. - zoals zojuist overwogen - het opgeschoonde granulaat in lagen heeft gestort. Daarmee komt de B.V. een beroep op de vrijstelling van artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen toe. Dientengevolge moet verdachte ook worden ontslagen van alle rechtsvervolging ter zake van het onder 2 bewezenverklaarde.

Verkort arrest van de economische kamer

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de economische kamer van de rechtbank Gelderland van 17 september 2015 met parketnummer 05-982027-10 in de strafzaak tegen

[verdachte] ,

geboren te [geboorteplaats] op [1955] ,

wonende te [woonplaats] .

Het hoger beroep

De verdachte heeft tegen het hiervoor genoemde vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 11 januari 2017 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal. Deze vordering is na voorlezing aan het hof overgelegd. Het hof heeft voorts kennisgenomen van hetgeen door verdachte en zijn raadsman, mr. M.E. van der Werf, naar voren is gebracht.

Het vonnis waarvan beroep

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen omdat het tot een andere bewijsbeslissing, een andere beslissing met betrekking tot de kwalificatie, de strafbaarheid van het onder 2 subsidiair tenlastegelegde en de strafoplegging komt. Het hof zal daarom opnieuw recht doen.

De tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. primair:

verdachte in of omstreeks de periode van 1 januari 2008 tot en met 18 maart 2010, althans in 2008 en/of 2009 en/of 2010, in de gemeente Barneveld, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk zonder daartoe verleende vergunning, een in of op perceel [adres] gelegen inrichting voor het opslaan van meer dan 35 kubieke meter van buiten de inrichting afkomstige afvalstoffen (te weten kunststof grasmatten), zijnde een inrichting genoemd in de Bijlage I, onder II, behorende bij het Besluit Algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, in werking heeft gehad;

1. subsidiair:

[medeverdachte] in of omstreeks de periode van 1 januari 2008 tot en met 18 maart 2010, althans in 2008 en/of 2009 en/of 2010, in de gemeente Barneveld, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk zonder daartoe verleende vergunning, een in of op perceel [adres] gelegen inrichting voor het opslaan van meer dan 35 kubieke meter van buiten de inrichting afkomstige afvalstoffen (te weten kunststof grasmatten), zijnde een inrichting genoemd in de Bijlage I, onder II, behorende bij het Besluit Algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, in werking heeft gehad,

zulks terwijl hij, verdachte, aan deze verboden gedraging(en) feitelijke leiding heeft gegeven en/of daartoe opdracht heeft gegeven;

2 primair:

hij in of omstreeks het jaar 2005, in de gemeente Barneveld, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk, zich van afvalstoffen, te weten (ongeveer) 32.000 ton (asfalt)granulaat, althans een (grote) hoeveelheid (asfalt)granulaat heeft ontdaan door deze - al dan niet in verpakking - buiten een inrichting, te weten op of nabij perceel [adres] , te storten, anderszins op of in de bodem te brengen of te verbranden;

2 subsidiair:

[medeverdachte] in of omstreeks het jaar 2005, in de gemeente Barneveld, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk zich van afvalstoffen, te weten (ongeveer) 32.000 ton (asfalt)granulaat, althans een (grote) hoeveelheid (asfalt)granulaat heeft ontdaan door deze - al dan niet in verpakking - buiten een inrichting, te weten op of nabij perceel [adres] , te storten, anderszins op of in de bodem te brengen of te verbranden,

zulks terwijl hij, verdachte, aan deze verboden gedraging(en) feitelijke leiding heeft gegeven en/of daartoe opdracht heeft gegeven.

Indien in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

Vrijspraak ter zake van het onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde

Het hof heeft uit het onderzoek ter terechtzitting niet door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen dat verdachte het onder 1 primair en 2 primair tenlastegelegde heeft begaan, zodat verdachte daarvan behoort te worden vrijgesproken. Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, is het hof van oordeel dat verdachte zich niet als medepleger met de rechtspersoon [medeverdachte] aan de tenlastegelegde feiten heeft schuldig gemaakt.

Overwegingen met betrekking tot het bewijs ter zake van het onder 1 subsidiair tenlastegelegde

Standpunt van de verdediging

De raadsman heeft primair betoogd dat verdachte geheel van het onder 1 tenlastegelegde vrijgesproken dient te worden dan wel ter zake van een groot aantal in de tenlastelegging genoemde kunststof grasmatten. Daartoe heeft hij aangevoerd dat verdachte noch medeverdachte [medeverdachte] rechthebbende is op het perceel aan de [adres] en dat zij ook niet de rollen kunstgras hebben aangekocht en daar hebben neergelegd. Volgens de kadastrale gegevens omvat het perceel [adres] alleen het kadastrale perceel [B] en dat was destijds eigendom van [bedrijf 1] waarvan [bedrijf 2] de rechthebbende was. De rollen zijn daar neergelegd door [bedrijf 3] of door [bedrijf 4] Bovendien is volgens de raadsman uit de foto's en de kadastrale gegevens af te leiden dat een groot deel van de rollen op perceel [B] en op perceel [D] lagen, allebei eigendom van [bedrijf 1] Slechts een klein deel van de rollen kunstgras bevond zich op perceel [C] , welk perceel als enige aan [medeverdachte] toebehoorde.

Subsidiair heeft de raadsman naar voren gebracht dat het uitgerolde kunstgras in de paardenbak (springweide) zonder voorafgaande bewerking is gebruikt op vergelijkbare wijze als de primaire bestemming. Het kunstgras in de paardenbak moet daarom niet worden gezien als afval.

Oordeel van het hof

Het hof is van oordeel dat het namens verdachte gevoerde verweer strekkende tot vrijspraak van het tenlastegelegde wordt weerlegd door de gebezigde bewijsmiddelen, zoals deze later in de eventueel op te maken aanvulling op dit arrest zullen worden opgenomen. Het hof heeft geen reden om aan de juistheid en betrouwbaarheid van de inhoud van die bewijsmiddelen te twijfelen.

In het bijzonder overweegt het hof als volgt.

Uit de bewijsmiddelen blijkt dat er in de tenlastegelegde periode meer dan 35 kubieke meter kunststof grasmatten heeft gelegen op het perceel [adres] zonder daartoe verleende vergunning. In opdracht van verdachte zijn deze grasmatten daar opgeslagen omdat er geen ruimte meer was op het perceel van [adres] . Naar het oordeel van het hof staat vast dat deze kunststof grasmatten afvalstoffen waren. De verdediging heeft dat overigens - met uitzondering van het uitgerolde kunstgras in de paardenbak - ook niet betwist.

Het hof is - met de rechtbank - van oordeel dat de aanduiding "perceel [adres] " niet zo beperkt dient te worden uitgelegd dat daar alleen het kadastraal met nummer [B] aangeduide perceel onder valt. Het hof leidt - onder meer - uit de zich in het dossier bevindende (lucht)foto's, de door verdachte afgelegde verklaringen en de door verdachte ingediende tekening bij de aankondiging van de aanleg van de springweide af dat met de aanduiding "perceel [adres] " - ook in de tenlastelegging - wordt bedoeld het erf rondom de woning gelegen aan de [adres] waar de springweide is aangelegd. De rollen kunststof grasmatten hebben op dit erf gelegen. De grenzen van dit erf zijn duidelijk herkenbaar. Naar het oordeel van het hof behoren de kadastraal met de nummers [A] , [B] , [C] en [D] aangeduide percelen tot voornoemd perceel (zie: dossierpagina 77). De kadastrale percelen met de nummers [A] , [B] en [D] zijn eigendom van [bedrijf 1] , het kadastrale perceel met nummer [C] is eigendom van [medeverdachte] Het hof verwijst in dit verband naar het proces-verbaal kadastrale gegevens [adres] op dossierpagina 74 e.v. Enig aandeelhouder van deze B.V.'s is [bedrijf 2] waarvan verdachte de bestuurder is. Uit de omstandigheden dat verdachte de opdracht heeft gegeven om de kunststof grasmatten op te slaan op het perceel [adres] en verdachte voorts de bestuurder is van de hiervoor genoemde B.V.'s waar de matten werden opgeslagen, leidt het hof af dat hij feitelijke leiding heeft gegeven aan het onder 1 subsidiair tenlastegelegde.

Het subsidiair door de raadsman gevoerde verweer behoeft geen bespreking omdat de tenlastelegging alleen ziet op de opslag van de kunststof grasmatten.

Gelet op het voorgaande verklaart het hof wettig en overtuigend bewezen dat [medeverdachte] het onder 1 subsidiair tenlastegelegde opzettelijk heeft begaan, waarbij verdachte als feitelijke leidinggever kan worden aangemerkt.

Overwegingen met betrekking tot het bewijs ter zake van het onder 2 subsidiair tenlastegelegde

Standpunt van de verdediging

De raadsman heeft vrijspraak bepleit van het onder 2 tenlastegelegde, nu niet kan worden bewezen dat verdachte zich heeft ontdaan van een afvalstof. Volgens de verdediging gaat het om Ecogranulaat dat eerder al door [bedrijf 5] thermisch was gereinigd waardoor het asfalt een behandeling heeft ondergaan voor een nuttige toepassing en daarmee zijn afvalstatus heeft verloren. Aan alle criteria die daarvoor genoemd worden in de Afvalstoffenrichtlijn 2008/98/EG en die zijn overgenomen door de Hoge Raad, is immers voldaan. Verdachte heeft zich niet ontdaan van dit Ecogranulaat maar dit gebruikt op de wijze waarvoor het is bedoeld, namelijk als bodemverharding. Volgens de raadsman hebben de door [keuringsbedrijf] uitgebrachte keuringsrapporten wel degelijk betrekking op voornoemd granulaat. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft de raadsman gewezen op door [adviesbureau] en het NFI verricht bodemonderzoek op het terrein aan de [adres] , waaruit is gebleken dat het granulaat geen negatieve invloed heeft gehad op de bodem.

Oordeel van het hof

Het hof is van oordeel dat het namens verdachte gevoerde verweer strekkende tot vrijspraak van het tenlastegelegde wordt weerlegd door de gebezigde bewijsmiddelen, zoals deze later in de eventueel op te maken aanvulling op dit arrest zullen worden opgenomen. Het hof heeft geen reden om aan de juistheid en betrouwbaarheid van de inhoud van die bewijsmiddelen te twijfelen.

In het bijzonder overweegt het hof als volgt.

In juni 2004 heeft [medeverdachte] van [bedrijf 5] (hierna: [bedrijf 5]) een hal aan de [adres] in Barneveld gekocht met de daarin opgeslagen hoeveelheid (asfalt)granulaat. In opdracht van verdachte is in het jaar 2005 een grote hoeveelheid van het in deze hal opgeslagen granulaat gestort op de [adres].

De vraag die door het hof beantwoord moet worden in de onderhavige zaak, is of dit granulaat een afvalstof betreft.

Bij de beantwoording van die vraag is volgens bestendige jurisprudentie van belang of het gaat om een stof waarvan de (eerste) houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen. De term "zich ontdoen van" moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de doelstelling van de Richtlijn betreffende afvalstoffen, namelijk de bescherming van de gezondheid van de mens en het milieu tegen schadelijke gevolgen veroorzaakt door het ophalen, het transport, de behandeling, de opslag en het storten van afvalstoffen. Het begrip "afvalstof" dient dus niet restrictief te worden uitgelegd.

Voorwerpen waarvan de houder zich ontdoet of voornemens is zich te ontdoen zijn afvalstoffen, ongeacht of zij bijvoorbeeld substantiële waarde hebben in het economisch verkeer of op zichzelf voor hergebruik geschikt zijn en blijven dat totdat zij de status van afvalstof hebben verloren.

Het Hof van Justitie heeft de "einde-afvalfase" in de zaak ARCO (HvJ EG 15 juni 2000, zaken C-418/97 en C-419/97) omschreven als het moment waarop de nuttige toepassing is voltooid en waardoor de betrokken stof dezelfde eigenschappen en kenmerken als een grondstof heeft verkregen. Volgens de Hoge Raad moet deze maatstaf aangelegd worden bij de beantwoording van de vraag of stoffen niet langer afvalstoffen zijn (zie: arrest van de Hoge Raad van 3 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1571).

Verdachte heeft verklaard dat het granulaat in de grond op het perceel [adres] is gestort met het doel daar - op het moment van storten al - een paardenbak (springweide) te maken. Het hof acht dit - met de rechtbank - niet aannemelijk geworden. Daartoe overweegt het hof dat de verdediging deze stelling niet heeft onderbouwd met een uitgewerkt plan uit die periode en dat bovendien uit het dossier blijkt dat verdachte pas in juli 2007 een brief heeft geschreven aan de gemeente waarin de aanleg van de springweide wordt aangekondigd. Het granulaat lag er toen al enkele jaren.

Uit het voorgaande trekt het hof de conclusie dat de (eventuele) nuttige toepassing in het jaar 2005, toen het granulaat werd gestort op het in de tenlastelegging genoemde perceel, nog niet was voltooid. [bedrijf 5] (de vorige eigenaar van het granulaat) en verdachte wilden zich beide van dit granulaat ontdoen. Dat betekent in het licht van voornoemde jurisprudentie dat wettig en overtuigend bewezen is dat verdachte zich in 2005 als feitelijke leidinggever opzettelijk heeft ontdaan van afvalstoffen, te weten het in de tenlastelegging genoemde (asfalt)granulaat. Verdachte is immers degene geweest die de opdracht heeft gegeven om het granulaat te storten. Het gegeven dat het granulaat was opgeschoond - zoals betoogd door de raadsman en waarvan het hof, zoals hierna zal blijken, ook van uit gaat - en daarmee mogelijk voldeed aan de in het (destijds geldende) Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming met betrekking tot een categorie 1-bouwstof gestelde eisen maakt niet dat er geen sprake (meer) was van een afvalstof (vgl. ABRvS ECLI:NL:RVS:2005:AT1966).

Gelet op het voorgaande verklaart het hof wettig en overtuigend bewezen dat [medeverdachte] het onder 2 subsidiair tenlastegelegde opzettelijk heeft begaan, waarbij verdachte als feitelijke leidinggever kan worden aangemerkt.

Het hof zal hierna bij de strafbaarheid van het bewezenverklaarde ingaan op de rest van het door de raadsman gevoerde verweer.

Bewezenverklaring

Door wettige bewijsmiddelen, waarbij de inhoud van elk bewijsmiddel - ook in onderdelen - slechts wordt gebezigd tot het bewijs van dat tenlastegelegde feit waarop het blijkens de inhoud kennelijk betrekking heeft, en waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de

bewezenverklaring steunt, acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 subsidiair en 2 subsidiair tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande, dat:

1. subsidiair:

[medeverdachte] in of omstreeks de periode van 1 januari 2008 tot en met 18 maart 2010, althans in 2008 en/of 2009 en/of 2010, in de gemeente Barneveld, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk zonder daartoe verleende vergunning, een in of op perceel [adres] gelegen inrichting voor het opslaan van meer dan 35 kubieke meter van buiten de inrichting afkomstige afvalstoffen (te weten kunststof grasmatten), zijnde een inrichting genoemd in de Bijlage I, onder II, behorende bij het Besluit Algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, in werking heeft gehad,

zulks terwijl hij, verdachte, aan deze verboden gedraging(en) feitelijke leiding heeft gegeven en/of daartoe opdracht heeft gegeven;

2 subsidiair:

[medeverdachte] in of omstreeks het jaar 2005, in de gemeente Barneveld, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, opzettelijk zich van afvalstoffen, te weten (ongeveer) 32.000 ton (asfalt)granulaat, althans een (grote) hoeveelheid (asfalt)granulaat heeft ontdaan door deze - al dan niet in verpakking - buiten een inrichting, te weten op of nabij perceel [adres] , te storten, anderszins op of in de bodem te brengen of te verbranden,

zulks terwijl hij, verdachte, aan deze verboden gedraging(en) feitelijke leiding heeft gegeven en/of daartoe opdracht heeft gegeven.

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het onder 1 subsidiair bewezen verklaarde levert op:

overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 8.1, tweede lid in verbinding met artikel 8.1, eerste lid van de Wet milieubeheer, opzettelijk begaan door een rechtspersoon, terwijl hij daaraan feitelijke leiding heeft gegeven.

Het onder 2 subsidiair bewezen verklaarde levert op:

overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 10.2, eerste lid van de Wet milieubeheer, opzettelijk begaan door een rechtspersoon, terwijl hij daaraan feitelijke leiding heeft gegeven.

Ontslag van alle rechtsvervolging ter zake van feit 2 subsidiair

Het onder 2 bewezenverklaarde levert naar het oordeel van het hof geen strafbaar feit op. De verdachte dient derhalve te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.

Het hof overweegt daartoe als volgt.

Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is het hof - met de raadsman - van oordeel dat de door [keuringsbedrijf] uitgebrachte keuringsrapporten betrekking hebben op het in de tenlastelegging genoemde (asfalt)granulaat. Het hof acht het, mede gelet op het door [adviesbureau] en het NFI verrichte bodemonderzoek, aannemelijk dat [medeverdachte] (de B.V.) opgeschoond granulaat ten behoeve van een terreinverharding heeft gestort op de [adres] , ook al bestond toen nog geen concreet voornemen voor de aanleg van een paardenbak op die plaats. Dit granulaat is door de B.V. niet ineens maar in lagen aangebracht: eerst de fijne lagen en daarna de grove lagen.

Gelet daarop is de volgende regelgeving van belang.

Ingevolge artikel 10.2, eerste lid van de Wet milieubeheer is het verboden zich van afvalstoffen te ontdoen door deze - al dan niet in verpakking - buiten een inrichting te storten, anderszins op of in de bodem te brengen of te verbranden.

Gelet op het bepaalde in artikel 10.2, tweede lid van de Wet milieubeheer kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, indien het belang van de bescherming van het milieu zich daartegen niet verzet, voor daarbij aangegeven categorieën van gevallen vrijstelling worden verleend van het verbod, bedoeld in het eerste lid.

In artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen is tot 14 november 2005 bepaald dat als categorie van gevallen als bedoeld in artikel 10.2, tweede lid van de Wet milieubeheer wordt aangegeven: het zich van afvalstoffen ontdoen door deze - al dan niet in verpakking - buiten een inrichting op of in de bodem te brengen indien het werken, niet zijnde inrichtingen betreft, als aangegeven in bijlage I, onder 28.3, onder c, van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer, tenzij het betreft het gebruik van avi-bodemas.

In voornoemde bijlage van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer is het hiervoor genoemde begrip "werken" tot 14 november 2005 omschreven als: werken als bedoeld in het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming waarin als bouwstof worden gebruikt afvalstoffen, die kunnen worden aangemerkt als bouwstof als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder b van dat besluit.

Vanaf 15 november 2005 is in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen bepaald dat als categorie van gevallen als bedoeld in artikel 10.2, tweede lid van de Wet milieubeheer wordt aangegeven: het zich van afvalstoffen ontdoen door deze - al dan niet in verpakking - buiten een inrichting op of in de bodem te brengen indien dit geschiedt overeenkomstig het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming in een werk waarin afvalstoffen, met uitzondering van avi-bodemas, worden gebruikt als bouwstof.

De voorgaande, in 2005 geldende, artikelen van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen komen inhoudelijk op hetzelfde neer.

Het begrip "werk" is in artikel 1 van het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming gedefinieerd als: grondwerk, wegenbouwkundig werk, waterbouwkundig werk of bouwwerk.

Gelet op het voorgaande komt de B.V. een beroep op de in voornoemd artikel van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen genoemde vrijstelling toe indien hij het in de tenlastelegging genoemde granulaat (zijnde een afvalstof) als bouwstof in een werk heeft gebracht.

Het hof ziet zich vervolgens voor de vraag gesteld of de terreinverharding (bodemverharding) waarvoor verdachte het granulaat heeft gebruikt een "werk" is als bedoeld in artikel 1 van het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming. Naar het oordeel van het hof dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord. Het hof heeft bij zijn beslissing acht geslagen op twee uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin deze afdeling heeft geoordeeld dat een verharding van (bos)paden en een erfverharding als "werken" in voornoemde zin dienen te worden beschouwd (zie: ABRvS 31 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7457 en ABRvS 10 april 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1245). Gelet op deze twee uitspraken trekt het hof de conclusie dat ook de terreinverharding in de onderhavige zaak een "werk" - namelijk een grondwerk - is.

Dat betekent naar het oordeel van het hof dat de B.V. het in de tenlastelegging vermelde granulaat als bouwstof in een (grond)werk heeft gebracht. Het hof heeft daarbij mede gelet op de omstandigheid dat de B.V. - zoals zojuist overwogen - het opgeschoonde granulaat in lagen heeft gestort. Daarmee komt de B.V. een beroep op de vrijstelling van artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen toe. Dientengevolge moet verdachte ook worden ontslagen van alle rechtsvervolgung ter zake van het onder 2 bewezenverklaarde.

Strafbaarheid van de verdachte ter zake van feit 1

Verdachte is strafbaar aangezien geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

Oplegging van straf en/of maatregel

De advocaat-generaal heeft geëist dat verdachte ter zake van beide tenlastegelegde feiten wordt veroordeeld tot een geheel voorwaardelijke geldboete van 12.500 euro subsidiair 97 dagen hechtenis met een proeftijd van 2 jaar.

De raadsman heeft het hof verzocht om ter zake van het onder 1 tenlastegelegde toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht dan wel dat volstaan moet worden met de oplegging van een geheel voorwaardelijke straf. De raadsman heeft voorts gewezen op de overschrijding van de redelijke termijn in eerste aanleg.

De hierna te melden strafoplegging is in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan, mede gelet op de persoon van verdachte, zoals van een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

Verdachte heeft zich gedurende een periode van enkele jaren schuldig gemaakt aan opzettelijke overtreding van de Wet milieubeheer door zonder vergunning een grote hoeveelheid afvalstoffen (te weten kunststof grasmatten) op te slaan. Hiermee heeft verdachte belemmerd dat er tijdig en vooraf zicht was op de milieuaspecten die verbonden waren aan een dergelijke opslag. Het hof is er zich overigens van bewust dat het vanuit het perspectief van verdachte gaat om een geringe hoeveelheid van het totaal aan stoffen dat [medeverdachte] verwerkt.

Het hof heeft ten voordele in de strafoplegging meegewogen dat verdachte blijkens het Uittreksel Justitiële Documentatie van 12 december 2016 niet eerder met politie en justitie in aanraking is gekomen ter zake van enig strafbaar feit.

Het hof houdt er voorts rekening mee dat bij arrest van het hof van gelijke datum [medeverdachte] wordt veroordeeld tot een onvoorwaardelijke geldboete van 4.000 euro.

Het hof houdt voorts ten voordele van verdachte rekening met de overschrijding van de redelijke termijn in eerste aanleg. Deze overschrijding dient bij de strafoplegging gecompenseerd te worden. Zonder schending van de redelijke termijn zou het hof aan verdachte hebben opgelegd een geheel voorwaardelijke geldboete van 5.000 euro met een proeftijd van 2 jaar, maar gelet op de overschrijding van de redelijke termijn volstaat het hof met de oplegging van een geheel voorwaardelijke geldboete van 4.000 euro met een proeftijd van 2 jaar (subsidiair 50 dagen hechtenis).

Anders dan de raadsman heeft betoogd, ziet het hof geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op de artikelen 14a, 14b, 14c, 23, 24, 24c, 51 en 57 van het Wetboek van Strafrecht, de artikelen 1a, 2 en 6 van de Wet op de economische delicten en de artikelen 8.1 (oud) en 10.2 van de Wet milieubeheer.

Deze voorschriften zijn toegepast, zoals zij golden ten tijde van het bewezenverklaarde.

BESLISSING

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

Verklaart niet bewezen dat de verdachte het onder 1 primair en 2 primair ten laste gelegde heeft begaan en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het onder 1 subsidiair en 2 subsidiair ten laste gelegde heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen de verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Verklaart het onder 1 subsidiair bewezen verklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar.

Verklaart het onder 2 subsidiair bewezen verklaarde niet strafbaar en ontslaat de verdachte te dier zake van alle rechtsvervolging.

Ten aanzien van het onder 1 subsidiair bewezen verklaarde:

Veroordeelt de verdachte tot een geldboete van € 4.000,00 (vierduizend euro), bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 50 (vijftig) dagen hechtenis.

Bepaalt dat de geldboete niet ten uitvoer zal worden gelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten omdat verdachte zich voor het einde van een proeftijd van 2 (twee) jaren aan een strafbaar feit heeft schuldig gemaakt.

[...]

Noot

In deze noot beperk ik mij tot het asfaltgranulaat. Door verdachte is hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank Gelderland d.d. 17 september 2015 (ECLI:NL:RBGEL:2015:6412). Het oordeel van Rechtbank en Hof over de kunststof grasmatten is juridisch minder interessant, omdat de te laste legging zich beperkt tot de nog opgeslagen rollen. Rechtbank en Hof komen daarom niet toe aan het subsidiaire verweer van verdachte, namelijk dat het uitgerolde kunstgras in de paardenbak niet moet worden gezien als afval.

Het arrest is opmerkelijk vanwege de gevolgde redenering met betrekking tot het telaste gelegde storten van asfaltgranulaat en de toetsing aan de vrijstellingsregeling van het stortverbod van afvalstoffen. De beoordeling door het Hof schiet mijns inziens op een drietal punten tekort. Bovendien wijkt het af van een in 2013 gewezen arrest door hetzelfde Hof, waarbij grote hoeveelheden grond, puin en andere materialen werden gestort in waterplas De Zeelt in Kekerdom. Ik heb dat arrest ook geannoteerd: zie Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 16 april 2013, LJN BZ7832, M en R 2013/138 (december 2013). Ik kom daarop hierna terug.

Feiten

Verdachte koopt in juni 2004 een hal. In die hal ligt ongeveer 32.000 ton asfaltgranulaat opgeslagen. In februari 2005 wordt het granulaat - in verband met het in gebruik nemen van de hal - door de verdachte in de buurt van de hal 'in lagen gestort' en is daarna niet meer verplaatst. In juli 2007 kondigt verdachte in een brief aan de gemeente aan om een paardenbak (springweide) aan te willen leggen op de locatie waar het granulaat sinds februari 2005 ligt. Het Hof vindt dat niet aannemelijk is geworden dat verdachte op het moment van storten al die bedoeling had. Uit het dossier blijkt niet wanneer die springweide ook daadwerkelijk is aangelegd, maar dat zal in ieder geval na juli 2007 zijn gebeurd. Feit is dat sinds het verplaatsen van het asfaltgranulaat van de hal naar buiten (februari 2005) en de aanleg van de springweide op de locatie waar het asfaltgranulaat ligt tenminste 2,5 jaar is verstreken.

Het OM vindt dat in er in 2005 sprake is geweest van het storten van afvalstoffen buiten een inrichting en dat verdachte dus artikel 10.2 lid 1 Wet milieubeheer overtreden heeft. Een beroep op de vrijstellingsregeling dient (in ieder geval in dat jaar) volgens het OM niet gehonoreerd te worden.

Volgens verdachte is van het storten van afval geen sprake. In de hal lag zgn. ecogranulaat opgeslagen dat eerder al door de verkoper thermisch was gereinigd waardoor het asfalt een behandeling heeft ondergaan voor een nuttige toepassing en daarmee zijn afvalstatus heeft verloren.

Volgens de Rechtbank staat onvoldoende vast dat het granulaat ten tijde van de aankoop van de hal zijn afvalstatus al had verloren, omdat niet vast staat dat het thermisch gereinigd was. Er bevinden zich keuringsrapporten in het dossier, maar onduidelijk is of die rapporten betrekking hebben op de betreffende partij granulaat.

Anders dan de Rechtbank oordeelt het Hof evenwel dat de keuringsrapporten wel te herleiden zijn tot de partij asfaltgranulaat. Het Hof gaat ervan uit dat het asfaltgranulaat vóór februari 2005 thermisch is gereinigd (het Hof gebruikt het begrip 'geschoond').

Vraag 1: is het asfaltgranulaat als afvalstof aan te merken?

De eerste vraag die beantwoord moet worden is, of het asfaltgranulaat op enig moment afval is geworden. Beslissend hiervoor is of iemand zich ervan 'ontdaan' heeft (feitelijk, voornemen of op grond van een rechtsplicht). Rechtbank en Hof zijn het op dit punt eens: er is sprake van een 'zich ontdoen van'. Dit is een overwegend subjectief criterium: indien de wil van verdachte niet of onvoldoende blijkt uit zijn handelen, dan zal uit andere omstandigheden moeten blijken dat ergens in de keten iemand zich heeft ontdaan van het granulaat. Dat hoeft overigens niet de verdachte zelf te zijn. In een afvalketen kunnen meerdere 'ontdoeners' zijn. Dat lijkt hier het geval, nu de verkoper van de hal heeft verklaard dat hij van het granulaat af wilde, omdat hij het niet kwijt kon. Deels uit de feiten, maar vooral uit de verklaringen van verdachte en medeverdachte en getuigen, trekken Rechtbank en Hof de conclusie dat er sprake is van 'zich ontdoen van' en dat derhalve het granulaat als afvalstof is aan te merken. De periode die te laste is gelegd is het jaar 2005. In juni 2004 ten tijde van de verkoop van de hal was het granulaat afvalstof. De cruciale vraag is of dat is veranderd na die datum en zo ja, op welk moment? Met het oog op wat later in het arrest aan de orde komt is het opmerkelijk dat het Hof tot de conclusie komt dat de (eventuele) nuttige toepassing **in het jaar 2005**, toen het granulaat werd gestort op het perceel, **nog niet was voltooid**. Met andere woorden: in februari 2005 was nog sprake van het storten van afvalstoffen en kennelijk gaat het Hof ervan uit dat dat voor het hele jaar 2005 gold. Terecht voegt het Hof toe dat het feit dat het granulaat was opgeschoond en daarmee mogelijk voldeed aan de eisen van het Bouwstoffenbesluit met betrekking tot categorie 1-bouwstof niet maakt dat er geen sprake is van een afvalstof.

Vraag 2: Van afvalstof naar bouwstof? En zo ja op welk moment?

Heeft het Hof hier een correct criterium toegepast? Gaat het om een 'voltooide nuttige toepassing' om te bepalen of er sprake is van einde afvalstof en waarom overweegt het Hof later in het arrest dat de vrijstellingsregeling van toepassing is, omdat er sprake zou zijn van een werk in plaats van het storten van afvalstoffen, terwijl in de rest van het jaar 2005 feitelijk niets is veranderd? Mijns inziens spelen bij de beoordeling of voldaan wordt aan de einde afval criteria subjectieve elementen geen rol. Dat is alleen zo bij het bepalen óf er sprake is van een afvalstof (zie hiervoor). Gelet op het lange tijdsverloop in deze kwestie zijn 3 Europese afvalstoffenrichtlijnen van toepassing: EG richtlijn nr. 75/442, EG richtlijn nr 2006/12 inzake afvalstoffen en de huidige Kaderrichtlijn afvalstoffen nr. 2008/98 (implementatietermijn verstrekt in december 2010, maar in Nederland is de betreffende regelgeving in de Wet milieubeheer pas in maart 2011 in werking getreden). De eerste 2 kunnen 'gemakshalve' worden samengevoegd, omdat Richtlijn 2006/12 geen nieuwe regeling bevat, maar het resultaat is van een codificatie van alle wijzigingen van Richtlijn nr. 75/442. Ook de verschillen tussen de tweede en de derde richtlijn zijn inhoudelijk gezien beperkt, omdat er onder de oude richtlijnen veel jurisprudentie van het EU Hof van Justitie is verschenen, die is verwerkt in de huidige Kaderrichtlijn (zie ook rechtsoverweging 2.5.3 van HR 13 december 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1571)). Er is wel een belangrijk verschil en dat heeft te maken met **het moment** waarop een stof zijn afvalstatus verliest.

Onder de vorige richtlijn werd aangenomen – al dan niet terecht (zie hierna) - dat dat pas was op het moment dat de afvalstof ook daadwerkelijk werd ingezet conform de beoogde bestemming, dus daadwerkelijk met zijn tweede (of zelfs derde of vierde) leven begon. In deze casus betekent dat: op het moment dat het granulaat als bodemverharder wordt toegepast. Onder de huidige richtlijn wordt dat moment vervroegd, namelijk al op het moment dat het klaar is om te worden toegepast (volgens de beoogde bestemming). Dat betekent in deze casus **na de laatste bewerking** waardoor het voldoet aan de eisen van de (voorgenomen) toepassing; in dit geval als bouwstof, waarop – indien toegepast op de bodem – het Besluit bodemkwaliteit (voorheen het Bouwstoffenbesluit) van toepassing is. Beide besluiten zijn te beschouwen als productregelgeving, evenals bijvoorbeeld regelgeving inzake meststoffen of brandstoffen. Het stelt eisen aan verhardingsmateriaal dat toegepast wordt op de bodem. Het maakt voor de toepasselijkheid van productregelgeving niet uit of het materiaal (ooit) als afvalstof is aangemerkt of niet. Men kan zich overigens afvragen of er met de inwerkingtreding van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen iets is veranderd met betrekking tot het moment waarop de stof zijn afvalstofstatus verliest. Uit de arresten van het EU Hof van Justitie van 15 juni 2000, zaken C-418/97 en C-419/97, LJV AL2947 (ARCO) en 19 juni 2003, zaak nr. C-444/00 (Mayer Parry) kan ook de conclusie worden getrokken dat de stof nog niet de nieuwe bestemming hoeft te hebben bereikt, maar dat voldoende is dat het gereed is om te worden ingezet in de functie waarvoor het is bedoeld. In de praktijk, vooral van de handhavers, was daar in ieder geval nog geen overeenstemming over. Sinds de inwerkingtreding van de Kaderrichtlijn afvalstoffen begint het in ieder geval meer geaccepteerd te worden.

Waarom is dat moment vervroegd (met mogelijke uitvoeringsproblemen tot gevolg)? Dat komt omdat de Kaderrichtlijn Afvalstoffen naast bescherming van het milieu en volksgezondheid tegen negatieve gevolgen van de productie en het beheer van afvalstoffen een tweede doel dient. Door een toenemende schaarste aan fossiele brandstoffen en grondstoffen kunnen we het ons niet meer veroorloven om zoveel stoffen, na eenmalig gebruik, te storten of te verbranden. De stoffen dienen – indien en voor zover technisch en economisch mogelijk – zodanig bewerkt te worden dat zij weer opnieuw ingezet kunnen worden als bijvoorbeeld (grondstof voor een) bouwstof, meststof of brandstof. De EU profileert zich als een ‘recyclingmaatschappij’ en stelt de lidstaten steeds hogere doelen op dat vlak. Het helpt dan als een stof niet te snel het negatieve imago van ‘afvalstof’ opgeplakt krijgt (bijproduct) of sneller van het etiket bevrijd wordt (einde afval).

Het vorenstaande betekent concreet dat tijdens de opslag van het aldus bewerkte materiaal en eventueel vervoer naar de toepassingslocatie het materiaal al geen afvalstof meer is en dat betekent o.a. dat ook niet aan de administratieve verplichtingen op grond van de afvalstoffenregelgeving hoeft te worden voldaan, bijv. het aanwezig hebben van begeleidingsformulieren tijdens transport waarop onder andere de EURAL- code is vermeld. Daar zijn handhavers niet zo blij mee, want hoe moeten ze een en ander controleren? In de Regeling vaststelling van de status einde-afval van recyclinggranulaat (5 februari 2015) is daarvoor een alternatief bedacht. De producent van het recyclinggranulaat dient een zgn. conformiteitsverklaring op te stellen, die hij 5 jaar in zijn administratie moet bewaren. Bovendien dient er bij ieder transport een transportdocument aanwezig te zijn waarop een verwijzing naar de conformiteitsverklaring is opgenomen. Verder dient de producent te beschikken over een systeem dat de kwaliteit van het productieproces van het granulaat borgt en als bewijs wordt het product ook nog gecertificeerd. Een deel van het publieke toezicht wordt dus uitgevoerd door private partijen. Deze regeling zou na 1,5 jaar worden geëvalueerd, maar ik heb er nog niets van gezien.

Nuttige toepassing

Het Hof oordeelt in eerste instantie dat het granulaat een afvalstof is, omdat in het jaar 2005 de nuttige toepassing nog niet is voltooid. Wat verstaat het Hof onder 'nuttige toepassing'? Toegegeven moet worden dat onder de richtlijnen uit 1975 en 2006 dit begrip minder duidelijk was dan onder de huidige Kaderrichtlijn. Het verduidelijken van diverse begrippen, waaronder 'nuttige toepassing', was ook één van de redenen om een nieuwe afvalstoffenrichtlijn op te stellen. Aan deze wens tot begrippenverduidelijking worden maar liefst 6 overwegingen gewijd (nrs. 3, 4, 5, 8, 19 en 22). Het begrip 'nuttige toepassing' is ook in de definities van artikel 3 onder punt 15 opgenomen: 'elke handeling met als voornaamste resultaat dat afvalstoffen een nuttig doel dienen door hetzij in de betrokken installatie, hetzij in de ruimere economie andere materialen te vervangen die anders voor een specifieke functie zouden zijn gebruikt, of waardoor de afvalstof voor die functie zouden zijn gebruikt, of waardoor de afvalstof voor die functie wordt klaargemaakt. Bijlage II bevat een niet-limitatieve van nuttige toepassingen;'

De voorbeelden van handelingen van nuttige toepassing in bijlage II Kaderrichtlijn leren ons dat het gaat om handelingen, die zien op het gereed maken van afvalstoffen ten behoeve van 'een nuttig doel', niet het reeds inzetten conform dat doel. Het kan wel, maar is niet noodzakelijk om van nuttige toepassing te kunnen spreken. Dat blijkt ook uit handeling R 13 van bijlage II dat ziet op de opslag van afvalstoffen bestemd voor een van de onder R 1 tot en met R 12 genoemde handelingen. Ook dat valt onder het begrip 'nuttige toepassing'. M.a.w. het 'eindstadium' hoeft nog niet te zijn bereikt. Dit volgt ook uit de aanhef van lid 1 van artikel 6 Kaderrichtlijn: 'Sommige specifieke afvalstoffen zijn niet langer afvalstoffen in de zin van artikel 3, punt 1), 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;'

Deze uitleg van het begrip 'nuttige toepassing' wringt mogelijk met de 'gewone' (niet juridische) betekenis die we doorgaans aan het woord 'toepassing' geven. Meestal hebben we dan het 'eindstadium' op het oog.

Als we in deze casus uitgaan van het begrip 'nuttige toepassing', zoals bedoeld in de Kaderrichtlijn afvalstoffen, had het Hof ook tot de conclusie kunnen komen dat het granulaat geen afval meer was, zelfs niet ten tijde van de opslag in de hal indien het op dat moment gereinigd zou zijn. Immers: het had de laatste bewerking ondergaan (thermische reiniging) én het voldeed aan de eisen van een bouwstof categorie 1, dat andere materialen (primair steenachtig materiaal) kan vervangen. Het Hof zegt dat het toch afval is, omdat in het jaar 2005 de nuttige toepassing nog niet is voltooid. Gelet op het vorenstaande klopt dat m.i. niet.

In februari 2005 wordt het granulaat verplaatst, maar dat betekent niet dat het dan weer afvalstof wordt. Alleen de plek waar het werd opgeslagen veranderde, maar dat heeft geen gevolgen voor de vraag of het granulaat afvalstof is of niet.

Toch ben ik het wel met de conclusie van het Hof eens dat het granulaat in het jaar 2005 afvalstof was, maar op andere gronden. Dat heeft te maken met de 3 andere voorwaarden dat artikel 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn (geïmplementeerd in artikel 1.1 lid 6 Wet milieubeheer) aan het bereiken van de einde-afvalstoffase stelt.

Aanvullende voorwaarden einde afval

Op grond van artikel 6 lid 1 sub c Kaderrichtlijn is het voldoen 'aan de technische voorschriften voor de **specifieke doelen** en aan de voor producten geldende wetgeving en normen' slechts één van de 4 voorwaarden, die gesteld worden aan de einde-afvalstoffase. Je kunt je overigens ook nog de vraag stellen of aan deze voorwaarde is voldaan, gelet op het feit dat in de casus in 2005 nog niet duidelijk

was welk 'specifiek doel' het granulaat zou gaan dienen en dus ook niet aan welke technische voorschriften en productenregelgeving het zou moeten voldoen. Dat aspect komt ook nog terug in de voorwaarde hierna genoemd onder sub a. Aan alle 4 voorwaarden dient cumulatief te worden voldaan. De 3 andere voorwaarden luiden:

- a. De stof wordt gebruikelijk toegepast voor specifieke doelen én
- b. Er is een markt voor of vraag naar de stof én
- c. De stof mag geen zgn. 'restrisiko' voor milieu of volksgezondheid opleveren.

De Rechtbank toetst niet aan deze voorwaarden, omdat zij niet bewezen acht dat het asfaltgranulaat thermisch gereinigd was, dus dan is het ook niet nodig om aan de andere voorwaarden te toetsen. Het Hof doet het ook niet, omdat het ervan uitgaat dat de nuttige toepassing nog niet is voltooid. Het Hof laat deze toets ook in een later stadium achterwege. Het Hof gaat - mijns inziens ten onrechte - direct door naar de vrijstellingsregeling en maakt daarbij m.i. een sprong in de tijd (zie hierna) dat maakt dat dit arrest moeilijk te begrijpen is. Aan de door het Hof gevolgde redenering ligt volgens mij een principiële vraag ten grondslag: mag je voorbijgaan aan de toetsing aan de voorwaarden voor einde afval in artikel 6 KRA en direct toetsen aan de (nationale) vrijstellingsregeling? Ik denk het niet, tenzij de Europese voorwaarden verwerkt zijn in de nationale regeling, maar dat is in dit geval slechts voor een deel het geval. Ik zal derhalve wel ingaan op bovengenoemde voorwaarden, mede omdat het een leerzame 'oefening' is en mogelijk ook aanknopingspunten biedt voor andere zaken. Ik behandel de eerste 2 voorwaarden gezamenlijk.

Sub a en b: gebruikelijke toepassing en markt.

Wat opvalt is dat de verkoper van de hal heeft verklaard dat hij het asfaltgranulaat had opgeslagen in de hal, omdat hij het niet kwijt kon. Het granulaat lag in de weg. Met andere woorden: kennelijk was er (in de jaren 2004-2007) geen markt voor. In die tijd gold het eerste Landelijke Afvalbeheerplan (LAP 1: 2003 – 2009) en inmiddels zitten we bijna aan het derde. Het tweede LAP dat nog raadpleegbaar is (www.lap2.nl) biedt aanknopingspunten ter indicatie of er een markt is voor (teerhoudend) asfaltgranulaat en die lijkt er te zijn. Er is zelfs een voorkeur om het asfaltgranulaat 'warm te hergebruiken' en dat betekent opnieuw als asfalt in te zetten. Eigenlijk heeft het ministerie liever niet dat het granulaat als bodemverharder wordt toegepast, omdat dat een te laagwaardige toepassing is. Mogelijk was dat (nog) niet het geval in LAP 1. Hieruit blijkt wel dat de toepassing als bodemverharder gebruikelijk was. In deze zaak ging het om de toepassing van het granulaat **als bodemverharder voor een springweide**. Was dat ook gebruikelijk? De volgende vraag is of er een markt voor was of vraag naar de stof? Zijn die twee voorwaarden met elkaar verbonden in de zin dat er een markt moet zijn of vraag naar (gereinigd) asfaltgranulaat als bodemverharder voor een springweide? De formulering van deze voorwaarden in artikel 6 KRA (gescheiden in a en b) doet vermoeden dat het niet zo is. De Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste (juni 2012) geeft aanleiding om te veronderstellen dat die relatie er wel is. Ik citeer uit paragraaf 1.3.2:

'These first two conditions are related. Compliance with these two can be indicated by:

- The existence of firmly established market conditions related to supply and demand;
- A verifiable market price being paid for the material;
- The existence of trading specifications or standards'.

Voor zover ik weet is er geen jurisprudentie die deze vraag beantwoordt. Door de getuigenverklaringen, met name die van de verkoper, rijst het vermoeden dat er voor **deze partij** geen markt was: als dat wel zo was geweest had het voor de hand gelegen dat de verkoper de partij

vóór verkoop van de hal zou hebben verkocht. De kosten van thermische reiniging en de keuring waren kennelijk al gemaakt. En als de verkoper er al geen heil in zag, dan had de koper het toch kunnen verkopen? Al met al genoeg redenen aan te nemen dat de partij granulaat niet als 'grondstof' voor nuttige toepassing als asfalt of andere nuttige bestemming (tijdelijk) lag opgeslagen.

Even een klein uitstapje naar de bijproductenregeling van artikel 5 Kaderrichtlijn. Die is op dit punt scherper. De eerste voorwaarde hiervan luidt dat: 'het is zeker dat de stof of het voorwerp zal worden gebruikt'. Deze voorwaarde is gebaseerd op een aantal duidelijke uitspraken van het EU Hof van Justitie, waaronder *Palin Granit Oy* d.d. 18 april 2002, zaaknr. C 9/00 (gesteente dat vrijkomt bij de exploitatie van een granietgroeve dat voor onbepaalde tijd wordt opgeslagen in afwachting van eventueel hergebruik. Vanwege het ontbreken van die zekerheid omtrent het hergebruik werd het ganggesteente als afval aangemerkt). En later heeft het Hof in de Ierse drijfmest zaak ook de relatie gelegd tussen de zekerheid van het gebruik en de langdurige opslag in verband met seizoensgebonden verkoop van de mest aan landbouwers voor gebruik als meststof op hun grond. De Ierse rechter heeft na de uitspraak van het Hof beslist dat de opslag van de mest niet langer mag duren dan 12 maanden en dat er niet meer mag worden opgeslagen dan de hoeveelheid waarvoor een afnamegarantie is afgegeven door de landbouwers (EU HvJ d.d. 3 oktober 2013 Zaak C-113/12).

Op grond van de beschikbare informatie kom ik tot de conclusie dat het granulaat vanaf het moment dat de verkoper het in de hal opsloeg tot en met – in ieder geval – de opslag buiten de hal afval is gebleven, ook al zou het (op enig moment) thermisch gereinigd zijn en (technisch) geschikt zijn om als verhardingsmateriaal voor de bodem te fungeren. Noch verkoper, noch koper wisten wat ze ermee moesten; er was kennelijk in die tijd geen vraag naar. Mogelijk was de toepassing van (gereinigd) asfaltgranulaat als bodemverharding wel een gebruikelijke toepassing, maar of de verdachte dat in 2005 al in gedachten had als bestemming voor het asfaltgranulaat, is onvoldoende komen vast te staan. Het feit dat het asfalt 'in lagen' werd aangebracht doet daaraan m.i. niets af.

Sub c: geen restrisico?

Is het voldoende dat het asfaltgranulaat thermisch is gereinigd? Het is namelijk mogelijk dat door het eerdere gebruik van het granulaat als teerhoudend asfaltgranulaat (bijv. in een weg), er verontreiniging in het granulaat is terechtgekomen, die niet voorkomt in asfaltgranulaat dat voor het eerst wordt gebruikt. Ik ben niet technisch, maar dat is ongeveer de redenering voor deze extra voorwaarde. De praktijk verkeert al sinds de inwerkingtreding van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen in onzekerheid hoe aan dit vereiste – het voorkomen van restrisico - invulling moet worden gegeven. Want als je niet weet wat je zoekt, is het lastig vinden. Ik ben ervan uitgegaan dat het voldoende is dat de stof voldoet aan de productregelgeving. Ik realiseer mij dat deze laatste voorwaarde geen zelfstandige betekenis heeft, want hij komt overeen met de voorwaarde onder sub c (zie hiervoor). Als het (voor de producent/houder van de afvalstof) duidelijk is dat er extra risico's zijn die niet worden ondervangen door de productregelgeving, kan een beroep worden gedaan op de zorgplichten. Denk hierbij aan artikel 13 Wbb voor landbodem, artikel 7 BBK voor oppervlaktewater en artikel 6.8 Waterwet voor de waterbodem.

Deze uitleg werd en wordt gesanctioneerd door de ABRvS. In zijn uitspraak van 29 augustus 2012 (LJN BX5995) komt de Afdeling tot het oordeel dat poederkoolvliegias, dat voldoet aan de normen die gelden om als grondstof voor de betonmortelproductie ingezet te worden, geen afvalstof meer is. Een eventueel restrisico komt niet ter sprake. In zijn uitspraak van 10 december 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:4474) gaat de Afdeling om voor wat betreft solvenol, een restfractie die vrijkomt bij de productie van harsen uit aardoliedestillaten. In 2003 kwam de ABRvS nog tot de conclusie dat solvenol een beoogd geproduceerde brandstof is en geen productresidu. De Afdeling komt nu tot een andere conclusie, omdat het solvenol – ondanks het feit dat het technisch gezien wel gebruikt

kan worden als brandstof - niet voldoet aan het Besluit organisch halogeengehalte van brandstoffen, dat geldt voor alle brandstoffen. Deze eis staat los van een eventueel restrisiko van het solvenol.

Pas bij de - in het najaar van 2016 ter inzage gelegde - internetconsultatieversie van LAP 3 begint I&M een 'zelfstandige' invulling te geven aan dit criterium door een onderzoeksverplichting op te leggen t.a.v. zgn. Zeer Zorgwekkende Stoffen (ZZS). Bij het opstellen van productregelgeving zou niet altijd gedacht zijn aan de omstandigheid dat ook afvalstoffen als producten zouden kunnen worden ingezet. Hoe een en ander praktisch vorm zal krijgen, is nog niet duidelijk. Zie hierover mijn korte publicatie in Afval! nr. 7/2016 (november 2016).

In de casus is door het NFI achteraf vastgesteld dat de bodem ter plaatse van het asfaltgranulaat niet verontreinigd was. Thermische reiniging van teerhoudend asfaltgranulaat (TAG) heeft als doel om de PAK's eruit te halen. Het is mogelijk dat er nog andere verontreinigende stoffen in het granulaat hebben gezeten. Die zouden dan naar verwachting na enkele jaren van uitlogen wel zijn aangetroffen. Het doel van de extra voorwaarde is om dat te voorkomen en het onderzoek vóór toepassing uit te voeren.

Vrijstelling BBK (BSB)

Het stortverbod van artikel 10.2 Wet milieubeheer wordt niet overtreden als er sprake is van het toepassen van bouwstoffen, grond of baggerspecie als bedoeld in het Besluit Bodemkwaliteit (tot 2008 het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterbescherming). Was hiervan sprake? Het Hof vindt van wel, omdat er sprake is van een 'werk' als bedoeld in artikel 1 van het Bouwstoffenbesluit. Het Hof verwijst daarbij naar 2 uitspraken van de ABRvS, die overigens weinig om het lijf hebben. De terreinverharding is als een grondwerk aan te merken. Het Hof vindt daarbij de omstandigheid dat de verdachte het opgeschoonde granulaat in lagen heeft gestort ook van belang. Daarmee komt verdachte een beroep op de vrijstelling toe en derhalve vervalt de strafbaarheid van het handelen en dat leidt tot ontslag van alle rechtsvervolging.

Dit is vreemd, want wanneer acht het Hof de nuttige toepassing, waarvan zij eerder vaststelde dat die in het jaar 2005 nog niet was voltooid, wel voltooid? Wanneer werd het een 'werk' in de zin van het Bouwstoffenbesluit? In 2005 nog niet of misschien toch wel? En als het in 2007 was toen duidelijk werd dat het granulaat als verhardingsmateriaal voor een paardenbak met springweide zou fungeren, was het in ieder geval in 2005 nog niet zo en dat is de periode die het OM te laste heeft gelegd.

Daarnaast valt op dat, anders dan in zijn uitspraak van 2013 inzake de grond dump in de waterplas (Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 16 april 2013, LJN BZ7832, M en R 2013/138 (december 2013), het Hof nu niet toetst aan de **functionaliteit** van de toepassing. En dat is het derde punt waarop ik met het Hof van mening verschil. De toepassing in februari 2005 was – in ieder geval - tot de aanleg van de springweide niet functioneel. Het granulaat lag daar 2,5 jaar zonder enige functie. Zoals ik ook uitvoerig in mijn noot bij het arrest in 2013 heb uiteengezet, gold de functionaliteitseis ook al onder het Bouwstoffenbesluit op grond van jurisprudentie van de ABRvS (zie: ABRvS d.d. 25 september 2002 (LJN AE7999), ABRvS 18 december 2002 (LJN AP4508) en ABRvS 22 juni 2005 (LJN AT7993)). In het Besluit bodemkwaliteit is de functionaliteit expliciet opgenomen in de definitie van een 'werk' in artikel 1 ('bouwwerk, weg- of waterbouwkundig werk of anderszins functionele toepassing van een bouwstof') en artikel 5 lid 1 aanhef en sub a BBK: 'Dit besluit is van toepassing op het toepassen van bouwstoffen, grond of baggerspecie, voor zover geen grotere hoeveelheid van die bouwstoffen, grond of baggerspecie wordt toegepast dan volgens gangbare maatstaven nodig is voor het functioneren van de toepassing'. De door mij in de noot onder het arrest uit 2013 geciteerde

toelichting op deze bepaling laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Ontbreekt de functionaliteit, dan geldt het stortregime van de Wm.

In 2013 ging het ook om een oude zaak, die het Hof toetste aan het Bouwstoffenbesluit, maar toen hechtte het Hof wel belang aan de intentie van de verdachte en de functionaliteit van de toepassing als oeverversteving. Daar maakte het Hof toen korte metten mee. In die noot heb ik ook melding gemaakt van een arrest van het Hof Amsterdam (d.d. 23 april 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:1534), waarin het Hof ongeveer dezelfde redenering volgt als het Hof Arnhem in deze zaak. In de Amsterdamse zaak was het in ieder geval nog zo dat de ontdoener (een afvalverwerker) van begin af aan de bestemming van het afval op het oog had (AVI-bodemassen als weglichaam), maar de realisatie van de weg duurde veel langer dan gedacht (door een langdurige besluitvorming over de aan te leggen weg). In dit geval was dat zelfs niet aan de orde: op het moment van storten buiten de inrichting wist de verdachte nog niet wat hij ermee moest, laat staan welke functie het zou krijgen.

Sprong in de tijd met terugwerkende kracht?

Juist die 'sprong in de tijd' (van februari 2005 naar medio 2007) maakt dit arrest moeilijk te begrijpen. Een mogelijkheid voor verdachte zou kunnen zijn geweest dat hij in februari 2005 de opslag van het asfaltgranulaat gemeld zou hebben conform het Bouwstoffenbesluit, maar dat heeft hij niet gedaan. Pas ruim 2 jaar later maakt verdachte (naar buiten) kenbaar waarvoor hij het granulaat wil gebruiken. Op dat moment kan het mogelijk nog een werk in de zin van het BSB/BBK worden. Nu het in de periode februari 2005 tot medio 2007 in ieder geval een functionele toepassing ontbeerde was er – in het te laste gelegde jaar 2005 – sprake van het storten van afvalstoffen buiten een inrichting, waarop de vrijstellingsregeling (toen nog) niet van toepassing was. De redenering van het Hof heeft tot gevolg dat kennelijk met terugwerkende kracht een beroep kan worden gedaan op de vrijstellingsregeling. Als het OM eerder in actie was gekomen en bijvoorbeeld in 2006 deze zaak zou hebben aangebracht, zou het dan anders zijn verlopen? Ik denk het wel. Het lijkt erop dat het Hof zijn eerdere arrest over het hoofd heeft gezien. Dat is moeilijk voor te stellen, want 2 van de 3 raadsheren die dit arrest hebben gewezen hebben dat ook in 2013 gedaan. Is het Hof omgegaan? Uit dit arrest blijkt dat niet. Omstandigheden die dateren van na de pleegperiode, die bekend worden op de zitting kunnen m.i. wel gevolgen hebben voor de hoogte van de straf, bijvoorbeeld als een verdachte op eigen kosten alsnog afval conform de regels laat afvoeren. Dergelijk 'goed gedrag' kan beloond worden met een lagere straf. Maar daarmee kan niet de strafbaarheid van het handelen vervallen.

Afsluiting

Ook in een ander opzicht lijkt deze uitspraak op die uit 2013. Ook hier een nalatig bestuur: de gemeente en provincie keken ernaar, maar deden niets. Provincie (als bevoegd gezag ten tijde van de bedrijfsvoering van verkoper) waarschuwde de gemeente wel, maar die vond het niet nodig om op te treden. Daarnaast doet de oudheid van de zaak de hoogte van de straf ook geen goed. Het OM overweegt cassatie. Niet om daarmee een hogere straf te bereiken, maar wel om meer duidelijkheid te krijgen waar de grenzen liggen. Het arrest leidt m.i. tot ongewilde gevolgen als op deze manier het mogelijk wordt om (ex afval-)stoffen voor jaren (zonder medeweten van het bevoegd gezag en) zonder milieubeschermdende maatregelen ergens te laten liggen in afwachting van een nuttig doel (of minder nuttig doel). Dat is nu precies wat de Europese en Nederlandse wetgever proberen te voorkomen. Om verwarring te voorkomen, heb ik 'nuttige toepassing' in de voorlaatste zin vervangen door 'nuttig doel'. Beter?

A.M.C.C. (Annemiek) Tubbing