

Het opt-insysteem ter afvalpreventie in gemeentelijke afvalstoffenverordeningen

Een bespreking van HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360 en
HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1358

*Mr. D. Fejzović**

1 Inleiding

In deze bijdrage bespreek ik twee arresten van de Hoge Raad van 24 september 2021 op het snijvlak van het publiekrecht en het privaatrecht. Deze arresten lijken tegenstrijdig te zijn, maar er is een goede verklaring voor de verschillende uitkomst in deze arresten. Dit vraagt om een nadere analyse.

In beide arresten staat een opt-insysteem in een gemeentelijke afvalstoffenverordening centraal. Het eerste arrest van 24 september 2021¹ heeft betrekking op het opt-insysteem dat de gemeente Amsterdam heeft ingevoerd voor ongeadresseerd reclamedrukwerk in haar afvalstoffenverordening. Het andere op dezelfde dag gewezen arrest² ziet op het opt-insysteem dat de gemeente Utrecht in haar afvalstoffenverordening heeft voorgeschreven voor huis-aan-huisbladen. In beide zaken stond de vraag centraal of een gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de invoering van een opt-insysteem in de gemeentelijke afvalstoffenverordening.

In paragraaf 2 bespreek ik de achtergronden van het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening en het procesverloop. In paragraaf 3 doe ik hetzelfde voor het arrest over de Utrechtse afvalstoffenverordening. In paragraaf 4 volgt een analyse van beide arresten en de verschillen ertussen die de ogenschijnlijk tegenstrijdige uitkomst verklaren.

2 De zaak over de Amsterdamse afvalstoffenverordening

2.1 Achtergronden

Vóór 1 januari 2018 gold in de gemeente Amsterdam een opt-outsysteem voor ongeadresseerd reclamedrukwerk. Ongeadresseerd reclamedrukwerk mocht worden bezorgd, tenzij de bewoner of gebruiker met een sticker op de brievenbus heeft aangegeven dit niet te willen ontvangen.

Op 20 april 2016 heeft de gemeenteraad van Amsterdam in een principebesluit besloten om een opt-insysteem voor ongeadresseerd reclamedrukwerk in te voeren. Met het principebesluit beoogde de gemeente Amsterdam milieubescherming, door onder meer verspilling van papier tegen te gaan.

Bij besluit van 27 september 2017 heeft de gemeenteraad besloten tot wijziging van (art. 17 van) haar afvalstoffenverordening, waarbij het opt-insysteem voor ongeadresseerd reclamedrukwerk in de gemeente Amsterdam per 1 januari 2018 is voorgeschreven.³ Het per 1 januari 2018 geldende systeem houdt in dat er een verbod geldt voor het bezorgen van ongeadresseerd reclamedrukwerk, tenzij de bewoner of gebruiker met een sticker op de brievenbus aangeeft dit wél te willen ontvangen. Volgens de gewijzigde toelichting bij art. 17 van de Amsterdamse afvalstoffenverordening beoogt het nieuwe opt-insysteem verspreiding van ongewenst drukwerk te voorkomen. Daarmee zou uitvoering worden gegeven aan de doel-

* Mr. D. Fejzović is advocaat bij Van der Feltz advocaten te Den Haag.

1 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, hierna ook 'het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening'.

2 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1358, hierna ook 'het arrest over de Utrechtse afvalstoffenverordening'.

3 Ongeadresseerd reclamedrukwerk is in de gewijzigde Amsterdamse afvalstoffenverordening als volgt gedefinieerd: 'reclamedrukwerk of *samples* die gratis huis aan huis worden verspreid zonder vermelding van naam, adres of postbus en woonplaats van de ontvanger, niet zijnde: i) een huis-aan-huisblad of andere informatie over werkzaamheden of activiteiten in de buurt die voor de bewoners/gebruikers van een woning, bedrijf of woonschip in die buurt van belang zijn om te weten en ii) drukwerk van vrijwilligers of niet-commerciële organisaties'.

stelling afvalpreventie in het gemeentelijke uitvoeringsplan afval 2016-2020.

2.2 Procesverloop

Feitelijke instanties

Onder meer twee brancheorganisaties (waaronder een brancheorganisatie van verspreiders en distributeurs van commercieel drukwerk, hierna ook: de brancheorganisaties) zijn een procedure gestart bij de rechtbank Amsterdam en hebben gevorderd – zeer kort samengevat – een verklaring voor recht dat het opt-insysteem in de Amsterdamse afvalstoffenverordening onrechtmatig is. Tevens hebben zij gevorderd een verbod tot handhaving daarvan. Zij stellen onder meer dat de gemeente Amsterdam niet bevoegd is tot invoering van het opt-insysteem en dat deze invoering in strijd is met onder meer het motiverings-, vertrouwens- en zorgvuldigheidsbeginsel.⁴

In haar vonnis van 22 november 2017 heeft de rechtbank de vorderingen van de brancheorganisaties afgewezen.⁵ In zijn arrest van 24 september 2019 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.⁶

Met betrekking tot de bevoegdheid van de gemeente Amsterdam om een opt-insysteem in te voeren, is het hof het met de rechtbank eens dat in een afvalstoffenverordening als bedoeld in art. 10.23 Wet milieubeheer (Wm) ook regels kunnen worden gesteld met betrekking tot het voorkomen dan wel het verminderen van afval.⁷ Verder overweegt het hof dat art. 9.5.2 Wm, dat kort gezegd inhoudt dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld ter stimulering van hergebruik, preventie, recycling en andere nuttige toepassing van een doelmatig beheer van afvalstoffen of anderszins in het belang van de bescherming van het milieu, niet een uitputtende regeling biedt voor afvalpreventie. Gelet op de tekst en strekking heeft art. 9.5.2 Wm niet tot doel om aan de centrale overheid de exclusieve bevoegdheid toe te kennen tot het stellen van regels over de preventie van afval.⁸ Verder overweegt het hof dat de gemeenteraad ook aan art. 108 en 149 Gemeentewet (Gemw) de autonome regelgevende bevoegdheid ontleent om regels te stellen over de preventie van afvalstoffen. De verwijzing van de brancheorganisaties naar art. 21.7 Wm leidt naar het oordeel van het hof niet tot een ander oordeel.⁹ Vol-

gens het hof sluit dat ook aan bij art. 121 Gemw.¹⁰ Ten overvloede overweegt het hof dat de brancheorganisaties onvoldoende hebben toegelicht dat art. 17 van de Amsterdamse afvalstoffenverordening in strijd is met de Wm.¹¹

Met betrekking tot de toetsing aan algemene rechtsbeginselen is het hof het met de rechtbank eens dat een algemeen verbindend voorschrift getoetst kan worden aan algemene rechtsbeginselen. Het hof overweegt dat uitgangspunt is dat aan de gemeenteraad beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van een verordening en dat een rechter bij de beoordeling van de vraag of een gemeente in redelijkheid tot de vaststelling van een voorschrift heeft kunnen komen, zich terughoudend opstelt. De rechter heeft niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen.¹² Het hof laat het oordeel van de rechtbank, dat het opt-insysteem niet in strijd is met algemene rechtsbeginselen, in stand.¹³

Het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening

Tegen het arrest van het hof hebben de brancheorganisaties cassatieberoep ingesteld. In zijn conclusie van 5 februari 2021 heeft P-G Wissink geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep.¹⁴

Is de gemeente Amsterdam bevoegd om een gemeentelijk opt-insysteem in te voeren?

In zijn arrest bespreekt de Hoge Raad allereerst de bevoegdheid van de gemeente Amsterdam om een opt-insysteem in te voeren.

De Hoge Raad stelt voorop dat het antwoord op de vraag of art. 10.23 Wm of art. 108 lid 1 en 149 Gemw een toereikende wettelijke grondslag bieden voor het opt-insysteem, voor beide grondslagen mede afhangt van de vraag of het opt-insysteem in de Amsterdamse afvalstoffenverordening in strijd is met de Wm.¹⁵

Eerst overweegt de Hoge Raad dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat art. 9.5.2 Wm uitputtend is bedoeld, en dat dus slechts door de regering (in een algemene maatregel van bestuur) preventieregels kunnen worden gesteld. Volgens de

4 In deze bijdrage worden andere geschilpunten in de procedures die tot het arrest van de Hoge Raad hebben geleid (waaronder over de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken), onbesproken gelaten.

5 Rb. Amsterdam 22 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8565.

6 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423.

7 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.13-3.16.

8 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.17-3.18.

9 Art. 21.7 Wm bepaalt dat de bevoegdheid van gemeenteraden en waterschappen tot het maken van verordeningen gehandhaafd blijft ten aanzien van het onderwerp waarin hoofdstuk 10 (getiteld 'Afvalstoffen') voorziet, voor zover deze verordeningen niet met het bij of krachtens de Wm bepaalde in strijd zijn.

10 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.19. Art. 121 Gemw bepaalt dat de bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen gehandhaafd blijft ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, voor zover de verordeningen met die wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen niet in strijd zijn.

11 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.20.

12 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.35.

13 Hof Amsterdam 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3423, r.o. 3.35 e.v.

14 Concl. P-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:98, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360.

15 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.1.4.

Hoge Raad staat art. 9.5.2 Wm als zodanig dus niet aan regels met betrekking tot de preventie van afvalstoffen op gemeentelijk niveau in de weg:

‘Uit de wetsgeschiedenis van art. 9.5.2 Wm (...) blijkt dat de wetgever met deze bepaling het oog heeft gehad op productgerichte maatregelen met betrekking tot afvalstoffen respectievelijk stoffen of producten die problemen in de afvalfase opleveren. De wetsgeschiedenis biedt onvoldoende grond om ervan uit te gaan dat de wetgever daarmee heeft beoogd dat slechts bij AMvB regels kunnen worden gesteld die zien op preventie ten aanzien van de hoeveelheid afvalstoffen die wordt gegenereerd. In zoverre blijkt niet dat art. 9.5.2 Wm uitputtend is bedoeld en beoogt de verordeningbevoegdheid van gemeenten met betrekking tot de preventie van afvalstoffen in te perken.’ (r.o. 3.1.7)

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat uit het stelsel en de strekking van de Wm niet volgt dat het opt-insysteem in de Amsterdamse afvalstoffenverordening in strijd is met de Wm. De Hoge Raad overweegt verder:

‘(...) Uit de wetsgeschiedenis ten aanzien van een voorganger van art. 9.5.2 Wm blijkt voorts dat de wetgever heeft beoogd het wettelijk kader waarin de taken en bevoegdheden van de verschillende overheden zijn vervat, flexibel op te zetten, opdat de onderscheiden overheden zouden kunnen inspelen op ontwikkelingen in de beleidsvorming en wijzigingen in de afvalverwijderingsstructuur. (...) Hieruit volgt dat de wetgever voor de overheden op verschillende niveaus een rol zag weggelegd bij het verwezenlijken van doelstellingen van en het inspelen op tendensen in het afvalstoffenbeleid. (...)’ (r.o. 3.1.8)

De Hoge Raad overweegt dat afvalverwijdering behoort tot de huishouding van de gemeente. Volgens de Hoge Raad valt afvalpreventie daarom binnen de (autonome) bevoegdheid van de gemeenteraad tot het maken van verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt.¹⁶

Resumerend oordeelt de Hoge Raad:

‘Uit het voorgaande volgt dat art. 17 Afvalstoffenverordening 2017 niet in strijd is met de Wet Milieubeheer. De Gemeente is dan ook bevoegd tot het invoeren van die bepaling, zowel in het geval art. 10.23 Wm daarvoor een grondslag biedt (medebewind) als indien art. 10.23 Wm daarvoor geen grondslag biedt, in welk geval de Gemeente op grond van art. 149 Gem.w. bevoegd is tot het invoeren van die bepaling (autonomie).’ (r.o. 3.1.10)

De intensiteit van de toetsing aan algemene rechtsbeginselen

In de tweede plaats bespreekt de Hoge Raad de klacht van de brancheorganisaties over de maatstaf die door het hof is gehanteerd bij de toetsing van een algemeen verbindend voorschrift aan algemene rechtsbeginselen.

De Hoge Raad citeert allereerst het Binnenvaart-arrest van 18 mei 2018 en de uitspraken van 1 juli 2019 van de Centrale Raad van Beroep over de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften.¹⁷ De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de maatstaf zoals geformuleerd in het Binnenvaart-arrest naar strekking niet verschilt van de maatstaf die de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraken van 1 juli 2019 heeft geformuleerd.¹⁸

Verder overweegt de Hoge Raad dat het hof de maatstaf zoals geformuleerd in het Binnenvaart-arrest niet heeft miskend:

‘Het hof heeft in rov. 3.35 overwogen dat de rechter zich bij de beoordeling van de vraag of de Gemeente in redelijkheid tot vaststelling van een algemeen verbindend voorschrift heeft kunnen komen, terughoudend opstelt. De rechter heeft, aldus het hof, niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Uit deze overweging blijkt dat het hof is uitgegaan van de maatstaf zoals geformuleerd in het Binnenvaart-arrest. Mede in aanmerking genomen de overweging van het hof dat aan de gemeenteraad beleidsruimte toekomt bij het vaststellen van een verordening en dat de invoering van een opt-in-systeem past binnen het gemeentelijk beleid en bovendien aansluit op het landelijk afvalbeheerplan (rov. 3.35), geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de intensiteit van de te verrichten toetsing.’ (r.o. 3.2.5)

De overige klachten van het middel kunnen naar het oordeel van de Hoge Raad evenmin tot cassatie leiden en de Hoge Raad verwerpt die klachten met toepassing van art. 81 Wet op de rechtelijke organisatie (Wet RO).¹⁹

3 De zaak over de Utrechtse afvalstoffenverordening

3.1 Achtergronden

In de zaak die tot het arrest over de Utrechtse afvalstoffenverordening heeft geleid, ging het niet over ongeadresseerd reclamedrukwerk, maar over huis-aan-huisbladen. Het kenmerkende inhoudelijke verschil tussen die beide soorten drukwerk is het nieuwselement van huis-aan-huisbladen, dat zorgt voor een koppeling met art. 10 EVRM.

¹⁶ HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.1.9.

¹⁷ HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.2-3.2.3.

¹⁸ HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.2.4.

¹⁹ HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.3.

Per 1 januari 2020 heeft de gemeente Utrecht in haar afvalstoffenverordening een opt-insysteem ingevoerd waarin is bepaald dat ongeadresseerd reclamedrukwerk en huis-aan-huisbladen²⁰ alleen mogen worden bezorgd bij bewoners die met een sticker aangeven dat zij dit drukwerk willen ontvangen. Voorheen heeft een opt-outsysteem gegolden.

3.2 Procesverloop

Feitelijke instanties

In een kortgedingprocedure heeft een uitgever van een huis-aan-huisblad een verbod gevorderd tot het jegens hem handhaven van het opt-insysteem in de Utrechtse afvalstoffenverordening, zolang de door de uitgever aangespannen bodemprocedure duurt. Daaraan heeft de uitgever ten grondslag gelegd dat het opt-insysteem in de Utrechtse afvalstoffenverordening gekwalificeerd moet worden als onrechtmatige wetgeving wegens strijd met art. 10 EVRM (waarin de vrijheid van meningsuiting en persvrijheid is neergelegd), de Dienstenrichtlijn en algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In een vonnis van 13 december 2019 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland de vordering van de uitgever afgewezen.²¹

In zijn arrest van 25 februari 2020 heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank vernietigd en opnieuw rechtdoende de gemeente Utrecht verboden het opt-insysteem te handhaven jegens de uitgever van het huis-aan-huisblad.²² In hoger beroep stond alleen nog art. 10 EVRM centraal.

Het hof overwoog in de eerste plaats dat tegen het door de voorzieningenrechter aangenomen toetsingskader geen grief is gericht, zodat het hof gehouden is daarvan uit te gaan.²³

Vervolgens heeft het hof het toetsingskader van art. 10 EVRM uiteengezet.²⁴ Het hof overweegt dat, gezien de definitie die door de gemeente Utrecht is gehanteerd voor een huis-aan-huisblad, moet worden vastgesteld dat sprake is van een beperking van de verspreiding van nieuws.²⁵ Naar het oordeel van het hof kan deze beperking of inmenging van het recht van

art. 10 EVRM de toets der kritiek niet doorstaan. Daarbij neemt het hof het volgende in aanmerking.

Het hof acht van belang dat de beperking van de verspreiding van een nieuwsmedium zich niet alleen tot de verspreider van het nieuws richt, maar ook tot de ontvanger. Hij moet er moeite voor doen om het nieuwsmedium te ontvangen en hij moet dit, door het aanbrengen van een sticker, ook zichtbaar maken voor derden. Het hof overweegt dat sprake dient te zijn van een dringende maatschappelijke behoefte die eerder stringent dan ruimhartig dient te worden benaderd. Van een overheidsorgaan dat een beperking van het recht op art. 10 EVRM voorstaat, mag dan ook worden verwacht dat het onderzoek doet om op deze behoefte zicht te krijgen.²⁶

Het hof overweegt dat de gang van zaken rond de invoering van het opt-insysteem het beeld geeft van een gebrekkige voorbereiding en een summier onderzoek, dat daarnaast voornamelijk betrekking had op ongeadresseerd reclamedrukwerk en niet op huis-aan-huisbladen. De onderbouwing van de invoering van het opt-insysteem voor huis-aan-huisbladen is niet voldoende en relevant geweest. De gemeente Utrecht heeft geen onderzoek gedaan naar eventuele alternatieven. Gezien de mate van beperking was zij daartoe volgens het hof wel gehouden. Het hof overweegt ook dat de uitgever voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er een reëel gevaar is dat zijn huis-aan-huisblad verdwijnt.²⁷

Tegen deze achtergrond is het naar het voorlopige oordeel van het hof aannemelijk dat in een bodemprocedure wordt geoordeeld dat de invoering van het opt-insysteem voor huis-aan-huisbladen in de Utrechtse afvalstoffenverordening in strijd is met art. 10 EVRM.²⁸

Het arrest over de Utrechtse afvalstoffenverordening

De conclusie van plaatsvervangende P-G Wissink strekte tot verwerping van het cassatieberoep.²⁹ De Hoge Raad is van oordeel dat de cassatieklachten van de gemeente Utrecht niet kunnen leiden tot vernietiging van het arrest van het hof en heeft het cassatieberoep met toepassing van art. 81 lid 1 Wet RO verworpen.

Het oordeel van de Hoge Raad is evenwel geen eindoordeel. Tijdens de cassatieprocedure heeft de gemeenteraad van Utrecht besloten om huis-aan-huisbladen uit te zonderen van het opt-insysteem in de Utrechtse afvalstoffenverordening.

²⁰ In de gewijzigde Utrechtse afvalstoffenverordening zijn huis-aan-huisbladen als volgt gedefinieerd: 'ongeadresseerd blad dat met een vaste frequentie gratis huis aan huis wordt verspreid in een geografisch beperkt gebied, daarbij de indeling van de gemeente volgend en waarvan de inhoud bestaat uit informatie over en nieuws uit het eigen verspreidingsgebied, niet zijnde reclame'.

²¹ Rb. Midden-Nederland 13 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5924.

²² Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528.

²³ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, r.o. 4.3.

²⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, r.o. 4.5 en 4.7-4.8.

²⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, r.o. 4.10.

²⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, r.o. 4.14.

²⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, r.o. 4.15-4.19.

²⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, r.o. 4.19.

²⁹ Concl. P-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:447, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1358.

4 Analyse van beide arresten en de verschillen ertussen

In paragraaf 4.1 onderwerp ik het oordeel van de Hoge Raad over de bevoegdheid van de gemeente Amsterdam om een opt-insysteem in te voeren dat op preventie van afvalstoffen is gericht, aan een kritische beschouwing. Gelet op het belang daarvan, bespreek ik ook de overwegingen van de Hoge Raad over de toetsing(sintensiteit) van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. In paragraaf 4.2 bespreek ik de belangrijkste verschillen met de zaak over de Utrechtse afvalstoffenverordening, die de verschillende uitkomst in beide zaken verklaren.

4.1 Arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening

Bevoegdheid van de gemeente Amsterdam om een opt-insysteem in te voeren dat op preventie van afvalstoffen is gericht

Volgens art. 149 Gemw maakt de gemeenteraad de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt. Deze *autonome* bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen wordt begrensd door art. 108 lid 1 Gemw: de gemeentelijke verordenende bevoegdheid is beperkt tot regels inzake ‘de huishouding van de gemeente’. Volgens art. 121 Gemw is het maken van gemeentelijke verordeningen ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, toegestaan, *mits* die verordeningen niet in strijd zijn met die hogere regeling. Van strijd met de hogere regeling is sprake indien deze hogere regeling uitputtend is bedoeld, of als de regeling op gemeentelijk niveau de hogere regeling doorkruist.

Art. 108 lid 2 Gemw regelt de verordenende bevoegdheid van gemeenten in *medebewind*. Art. 108 lid 2 Gemw bepaalt dat regeling en bestuur van het gemeentebestuur kunnen worden gevorderd bij of krachtens de wet. Ook een verordening in medebewind mag niet in strijd komen met een hogere regeling.

Een voorbeeld van een verordenende bevoegdheid in medebewind is art. 10.23 Wm. Art. 10.23 Wm verplicht de gemeenteraad immers tot het in het belang van de bescherming van het milieu vaststellen van een afvalstoffenverordening.

In art. 1.1 Wm zijn afvalstoffen gedefinieerd als: ‘alle stoffen, mengsels of voorwerpen, waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen’. In de praktijk is het vaak lastig om te bepalen of een stof, mengsel of voorwerp een afvalstof is of niet. Ongeadresseerd reclamedrukwerk kwalificeert op het moment van bezorging in ieder geval niet als een afvalstof, gezien de definitie daarvan in art. 1.1 Wm. Van een ‘zich ontdoen van’ is op het moment van bezorging (nog) geen sprake. De (niet-limitatieve) opsommingen in art. 10.24 en 10.25 Wm van in een afvalstoffenverordening te regelen onderwerpen, die betrekking hebben op afvalstoffen (en niet: niet-afvalstoffen), lijken erop te duiden dat de afvalstoffenverordening uitsluitend regels kan stellen voor af-

valstoffen en dus niet over het voorkomen van afvalstoffen door het stellen van regels voor niet-afvalstoffen. Gelet daarop rijst de vraag of art. 10.23 Wm voorziet in een bevoegdheid om (weliswaar ter preventie van afvalstoffen, maar) voor een niet-afvalstof regels te stellen in die afvalstoffenverordening.

De Hoge Raad heeft het antwoord op de vraag of de gemeente Amsterdam aan art. 10.23 Wm een bevoegdheid ontleent om in een afvalstoffenverordening een opt-insysteem in te voeren dat op de preventie van afvalstoffen is gericht – anders dan het hof en P-G Wissink in zijn conclusie voor het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening –, in het midden gelaten. Hij oordeelt dat de gemeente Amsterdam die bevoegdheid in ieder geval aan art. 149 Gemw ontleent. Uit de wetsgeschiedenis van art. 9.5.2 Wm blijkt naar het oordeel van de Hoge Raad niet dat de regeling van art. 9.5.2 Wm uitputtend is bedoeld en dat beoogd is dat slechts op landelijk niveau regels kunnen worden gesteld die betrekking hebben op de preventie van afvalstoffen.³⁰ Evenmin volgt naar het oordeel van de Hoge Raad uit (het stelsel en de strekking van) de Wm dat (de invoering van) het opt-insysteem in de Amsterdamse afvalstoffenverordening in strijd is met de Wm.

De vraag die bij mij rijst, is hoever het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening strekt. Welke andere (productgerichte) regels ter preventie van afvalstoffen mogen op gemeentelijk niveau worden gesteld? In zijn conclusie voor het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening heeft Wissink de vraag gesteld of ‘het hek van de dam’ is om allerlei regels op gemeentelijk niveau te stellen, indien de gemeente de bevoegdheid zou hebben om preventieve regels op te nemen in een afvalstoffenverordening. Volgens hem is die vrees onterecht, omdat als wordt aangenomen dat de gemeente een zekere bevoegdheid heeft om preventie van afvalstoffen te reguleren in de afvalstoffenverordening, steeds zal moeten worden beoordeeld of een gemeente zich in een concreet geval binnen de door de Wm getrokken grenzen van haar bevoegdheid begeeft.³¹ Vraag is of dat een werkbare maatstaf is. Waarom zou een gemeente dan niet bijvoorbeeld een verbod op de verkoop van blikjes mogen introduceren, als die gemeente kan aantonen dat die blikjes veelvuldig in het milieu van die gemeente terecht komen? Of een mildere variant: locaties aanwijzen waar die blikjes alleen mogen worden verkocht? En bedoelt Wissink dat er in een concreet geval dan maar een procedure moet worden gestart om de rechtmatigheid van een specifieke regeling in een verordening te toetsen?

Uit het arrest over de Utrechtse afvalstoffenverordening volgt dat de mogelijkheden voor een gemeente in ieder geval niet on-

³⁰ Volgens Keus in zijn noot onder het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening (HR 24 september 2021, NJ 2022/7 m.nt. L.A.D. Keus, randnrs. 6 e.v.) wijst de wetsgeschiedenis erop dat de bevoegdheid tot het treffen van productgerichte regels met betrekking tot het voorkomen of beperken van het ontstaan van afvalstoffen slechts op nationaal of internationaal niveau (en niet op gemeentelijk niveau) bestaat.

³¹ Concl. P-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:98, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, punt 5.33.1-5.33.2.

begrensd zijn. Die grens wordt bijvoorbeeld bereikt als de vrijheid van meningsuiting in het geding komt. Voordat ik de Utrechtse zaak en de verschillen met de Amsterdamse zaak bespreek, sta ik eerst kort stil bij het oordeel en de overwegingen van de Hoge Raad over de maatstaf van toetsing door de civiele rechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen, gelet op het belang daarvan voor de (vermogensrechtelijke) rechtspraktijk.

Intermezzo: toetsing door de civiele rechter van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen

Algemeen verbindende voorschriften niet zijnde wetten in formele zin³² kunnen ter toetsing worden voorgelegd aan zowel de civiele rechter als de bestuursrechter.³³ In de eerste plaats kan de bestuursrechter in het kader van een beroep tegen een (appellabel) besluit dat op het betrokken algemeen verbindend voorschrift is gegrond, de rechtmatigheid van het algemeen verbindend voorschrift beoordelen.³⁴ Ook kan bij de civiele rechter de rechtmatigheid van algemeen verbindende voorschriften aan bod komen.

Van oudsher worden algemeen verbindende voorschriften door zowel de bestuursrechter als de civiele rechter terughoudend getoetst aan algemene rechtsbeginselen. Reeds in het Landbouwwlieders-arrest van 16 mei 1986 heeft de Hoge Raad bepaald dat de rechter bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen vanwege zijn taak en functie in het rechtsbestel terughoudendheid moet betrachten.³⁵ Volgens de Hoge Raad speelt de strijd met algemene rechtsbeginselen slechts in het kader van de vraag of het algemeen verbindend voorschrift in strijd is met het willekeurverbod (ook: het beginsel van niet-onevenredige belangenafweging). Daarbij heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen.

Nadien is in zowel civielrechtelijke als bestuursrechtelijke rechtspraak aan de terughoudende toets aan algemene rechtsbeginselen vastgehouden.³⁶

In een interessante conclusie van 22 december 2017 over de (mate van indringendheid van) exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften heeft staatsraad A-G Widdershoven ervoor gepleit om algemeen verbindende voorschriften indringender exceptief te toetsen en afscheid te nemen van de willekeursluis. Bestuursrechters zouden een algemeen verbindend voorschrift exceptief moeten toetsen aan zowel materiële algemene rechtsbeginselen (zoals het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb)) als formele algemene rechtsbeginselen (waaronder het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel) en zij zouden het voorschrift buiten toepassing moeten laten of onverbindend moeten verklaren als het in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel.³⁷

Deze conclusie is door de Centrale Raad van Beroep grotendeels overgenomen in de, door de Hoge Raad in het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening aangehaalde, uitspraken van 1 juli 2019.³⁸

In deze uitspraken van 1 juli 2019 overwoog de Centrale Raad van Beroep dat een schending van materiële rechtsbeginselen ertoe zal kunnen leiden dat een algemeen verbindend voorschrift onverbindend wordt verklaard. Verder overwoog de Centrale Raad van Beroep – in afwijking van en daarmee minder vergaand dan Widdershoven in zijn conclusie van 22 december 2017 – dat strijd met formele rechtsbeginselen op zichzelf niet tot onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift kan leiden. Wel kan een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing worden gelaten als het voorschrift in strijd is met het formele zorgvuldigheidsbeginsel of motiveringsbeginsel, en daardoor niet kan worden beoordeeld of het voorschrift in strijd is met hogere regelgeving, de algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In lijn met de conclusie van Widdershoven van 22 december 2017, heeft de Centrale Raad van Beroep criteria geformuleerd voor de intensiteit van de exceptieve toetsing. De Centrale Raad van Beroep overwoog dat de intensiteit van de toetsing afhankelijk is van onder meer de beslissingsruimte³⁹ die het bestuursorgaan heeft.⁴⁰ De toetsing kan terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, of als politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Daarentegen kan een toetsing intensiever zijn naarmate een algemeen

32 Voor wetten in formele zin geldt ingevolge art. 120 Gw een toetsingsverbod. In zijn conclusie van 18 mei 2022 over een bepaling in de Wet kinderopvang concludeert staatsraad A-G Snijders (ECLI:NL:RVS:2022:1441) dat toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wel mogelijk is voor zover het gaat om gevallen die niet behoorlijk door de wetgever onder ogen zijn gezien. Diezelfde dag heeft staatsraad A-G Widdershoven een conclusie uitgebracht (ECLI:NL:RVS:2022:1440) over de toetsing van *beleidsregels* aan het evenredigheidsbeginsel.

33 Andere algemene rechtsbeginselen dan nationale algemene rechtsbeginselen worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

34 In art. 8:3 Awb is beroep tegen algemeen verbindende voorschriften uitgesloten.

35 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, NJ 1987/251.

36 Zie bijv. HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, r.o. 3.6. In zijn conclusie van 22 december 2017 over de (mate van indringendheid van) exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften heeft staatsraad A-G Widdershoven geconstateerd dat de willekeursluis evenwel niet in alle rechtspraak wordt gehanteerd.

37 ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

38 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, ECLI:NL:CRVB:2019:2017, ECLI:NL:CRVB:2019:2018 en ECLI:NL:CRVB:2019:2019.

39 Door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn de termen 'beleidsvrijheid' en 'beoordelingsvrijheid' vervangen door 'beleidsruimte' en 'beoordelingsruimte', met als overkoepelende term 'beslissingsruimte'.

40 Over de vraag wat moet worden verstaan onder een meer of minder indringende toetsing, zie nader G.J.M. Evers & J.C.A. de Poorter, *Rechtelijke toetsing van regelgeving*, RegelMaat 2021, afl. 1, p. 6-37.

verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.⁴¹

In een uitspraak van 12 februari 2020 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich achter deze uitspraken van de Centrale Raad van Beroep geschaard.⁴² Nadien is deze uitspraak in rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevestigd.⁴³

In het Binnenvaart-arrest van 18 mei 2018⁴⁴ heeft de Hoge Raad verwezen naar de maatstaf die in het Landbouwwiegers-arrest is geformuleerd. De Hoge Raad overwoog ook dat de rechter *onder meer* kan toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het betrokken voorschrift heeft kunnen komen. Daarmee leek de Hoge Raad in het Binnenvaart-arrest ruimte te laten voor ook toetsing aan andere algemene rechtsbeginselen dan het verbod van willekeur.⁴⁵

Naar aanleiding van de uitspraken van 1 juli 2019 van de Centrale Raad van Beroep is de vraag gerezen of de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen verschillen, mede gezien de van elkaar afwijkende bewoordingen die dienen als toetsingsmaatstaf.⁴⁶ De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening ontkennend. De Hoge Raad overweegt dat de maatstaf zoals geformuleerd in het Binnenvaart-arrest naar strekking niet verschilt van de maatstaf zoals die is geformuleerd in de 1 juli 2019-uitspraken van de Centrale Raad van Beroep.⁴⁷ Ik kan mij vinden in het oordeel van de Hoge Raad en ik zie (ook) niet in waarom de maatstaven van de civiele rechter en de bestuursrechter bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen anders zouden moeten luiden. Ook gezien de rechtseenheid lijkt mij dat niet wenselijk.

4.2 De verschillen tussen beide arresten

Anders dan in het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening, is het opt-insysteem in de Utrechtse afvalstoffenverordening niet door de Hoge Raad gesanctioneerd. Tussen bei-

de zaken bestaan belangrijke verschillen, die de verschillende uitkomst verklaren.

In de eerste plaats is in de zaak over de Utrechtse afvalstoffenverordening, anders dan in de zaak over de Amsterdamse afvalstoffenverordening, niet in geschil de invoering van een opt-insysteem voor ongeadresseerd reclamedrukwerk maar voor huis-aan-huisbladen.

Daarnaast staat in het arrest over de Utrechtse afvalstoffenverordening art. 10 EVRM centraal en in het bijzonder de vraag of de beperking van de vrijheid van meningsuiting door de invoering van het opt-insysteem voor huis-aan-huisbladen in de Utrechtse afvalstoffenverordening noodzakelijk is in een democratische samenleving als bedoeld in art. 10 lid 2 EVRM. In zijn arrest heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof bevestigd dat het opt-insysteem voor huis-aan-huisbladen in de Utrechtse afvalstoffenverordening leidt tot een beperking in de verspreiding (en ontvangst) van een nieuwsmiddeel, en dat deze beperking niet noodzakelijk is in een democratische samenleving als bedoeld in art. 10 lid 2 EVRM, en daarmee in strijd is met art. 10 EVRM.

Geniet ongeadresseerd reclamedrukwerk nimmer bescherming van art. 10 EVRM? Nee, ook commerciële uitingen, waaronder reclame, vallen in beginsel onder het toepassingsbereik van art. 10 EVRM.⁴⁸ In het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening is art. 10 EVRM evenwel niet aan bod gekomen en de Hoge Raad heeft zich daarover dus niet uitgelaten.⁴⁹

4.3 Slotsom

Volgens de Hoge Raad staat de Wm er in de zaak over de Amsterdamse afvalstoffenverordening niet aan in de weg dat op gemeentelijk niveau met een opt-insysteem regels worden gesteld ter preventie van afvalstoffen. Onduidelijk is hoever de verordenende bevoegdheid van gemeenten om regels te stellen ter preventie van afvalstoffen reikt. Uit de Utrechtse zaak volgt dat de mogelijkheden voor gemeenten om regels in verordeningen vast te stellen over afvalpreventie in ieder geval (kunnen) worden beperkt door de vrijheid van meningsuiting.

41 Op 7 juli 2021 hebben staatsraden A-G Wattel en Widdershoven een conclusie uitgebracht (ECLI:NL:RVS:2021:1468) over de toetsing door de bestuursrechter van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel. Recent, in een conclusie van 16 februari 2022, heeft staatsraad A-G Wattel geadviseerd (ECLI:NL:RVS:2022:516) over de toetsing van niet-formele wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel.

42 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

43 Zie recent ABRvS 2 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2022:654. Ook andere hogere bestuursrechters verwijzen naar de uitspraken van 1 juli 2019 van de Centrale Raad van Beroep, zie bijv. recent CBb 15 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:116.

44 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729.

45 Vgl. Evers & De Poorter 2021.

46 Zie nader concl. P-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:98, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, punt 7.4 e.v.

47 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, r.o. 3.3.

48 Zie onder meer EHRM 24 februari 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2048, NJ 1994/518 m.nt. E.J. Dommering (Casado Coca/Spanje).

49 In zijn conclusie voor het arrest over de Amsterdamse afvalstoffenverordening wijst Wissink erop dat de brancheorganisaties zich in het hoger beroep niet met een tijdig naar voren gebrachte grief op de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM hebben beroepen, zie concl. P-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:98, bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1360, punt 5.47.2.