



**Vlaanderen**  
is circulair



# JURIDISCHE KNELPUNTEN BIJ CIRCULAIRE ECONOMIE PROJECTEN

EEN VERKENNING EN STUDIE AAN DE HAND VAN ENKELE CONCRETE  
PROJECTEN

SAMEN MAKEN WE  
MORGEN MOOIER

**OVAM**

[WWW.OVAM.BE](http://WWW.OVAM.BE)

////////////////////////////////////

# **JURIDISCHE KNELPUNTEN BIJ CIRCULAIRE ECONOMIE PROJECTEN**

Een verkenning en studie aan de hand van  
enkele concrete projecten  
Juni 2019

////////////////////////////////////

## DOCUMENTBESCHRIJVING

- |   |   |
|---|---|
| <p>1 <i>Titel van publicatie:</i><br/>Juridische knelpunten bij circulaire economie projecten</p> <p>3 <i>Wettelijk Depot nummer:</i></p> <p>5 <i>Samenvatting:</i></p> <p>6 <i>Aantal bladzijden:</i> 163</p> <p>8 <i>Datum publicatie:</i> juni 2019</p> <p>10 <i>Begeleidingsgroep en/of auteur:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Wouter Rubens, navorser Faculteit Rechten, UHasselt;</li><li>- Prof. dr. Bernard Vanheusden, Faculteit Rechten, UHasselt (promotor);</li><li>- Prof. dr. Jan Theunis, Faculteit Rechten, UHasselt;</li><li>- Prof. dr. Geert Van Calster, Faculteit Rechten, KULeuven;</li><li>- Prof. dr. Elly Van de Velde, Faculteit Rechten, UHasselt;</li><li>- Prof. dr. Steven Van Garsse, Faculteit Rechten, UHasselt.</li></ul> <p>12 <i>Andere titels over dit onderwerp:</i></p> | <p>2 <i>Verantwoordelijke Uitgever:</i><br/>Danny Wille</p> <p>4 <i>Trefwoorden:</i><br/>Circulaire economie – juridische knelpunten – afvalstoffen – overheidsopdrachten – productnormen – deelplatformen – product-als-dienst – experimentenwet – regelluwe zones</p> <p>7 <i>Aantal tabellen en figuren:</i> /</p> <p>9 <i>Prijs:</i> /</p> <p>11 <i>Contactpersonen:</i><br/>Prof. dr. Bernard Vanheusden, Faculteit Rechten, UHasselt (promotor)<br/>(<a href="mailto:bernard.vanheusden@uhasselt.be">bernard.vanheusden@uhasselt.be</a>);<br/>Brigitte Mouligneau (Vlaanderen Circulair/OVAM) en An Van Pelt (OVAM)</p> |
|---|---|

U hebt het recht deze brochure te downloaden, te printen en digitaal te verspreiden. U hebt niet het recht deze aan te passen of voor commerciële doeleinden te gebruiken.

De meeste OVAM-publicaties kunt u raadplegen en/of downloaden op de OVAM-website:  
<http://www.ovam.be>

## Inhoudsopgave

TEN GELEIDE.....	7
DEEL I – HET AFVALSTOFFENRECHT IN EEN CIRCULAIRE ECONOMIE EN DE KWALIFICATIE VAN EEN MATERIAAL EN/OF PRODUCT ALS AFVALSTOF .....	11
1. RECHTSONZEKERHEID IN HET CIRCULAIRE AFVALSTOFFENRECHT – EEN TWEELUIK.....	14
1.1. De ambigue toepassing van het afvalstoffenrecht: kwalificatie als “afvalstof” .....	14
1.1.1. In abstracto: een analyse van het recht .....	14
1.1.2. In concreto: een doorvertaling naar de weerhouden cases.....	20
1.2. Het verlies van het predicaat “afvalstof”: ook ambiguïteit in een tweede fase van het (kwalificatie-)proces? .....	21
1.2.1. In abstracto: een analyse van het recht .....	21
1.2.2. In concreto: een doorvertaling naar de weerhouden cases.....	26
2. (MOGELIJKE) OPLOSSINGEN BINNEN HET HUIDIGE KADER VAN DEFINITIES .....	27
2.1. Kwalificatie als “afvalstof” – uitbreiding van systeem der grondstoffenverklaringen.....	30
2.1.1. Bijkomende (aanzetten tot) oplossing ter invulling van het begripsonderdeel “zich ontdoen” .....	30
2.1.2. Een uitbreiding van het systeem der grondstoffenverklaringen.....	31
2.2. Verlies van het predicaat “afvalstof” – herdenking van systeem der grondstoffenverklaringen? 33	
2.2.1. Bijkomende (aanzetten tot) oplossing ter invulling van de “einde-afvalfase” .....	33
2.2.2. Een herdenking-/vereenvoudiging van het systeem der grondstoffenverklaringen. 34	
2.3. Caveat: een uitgebreid-/herdacht systeem der grondstoffenverklaringen is niet zaligmakend! 34	
3. EUROPESE REGELGEVER AAN ZET – WACHTEN OP GODOT (?) .....	36
DEEL 2 – DUURZAME/CIRCULAIRE OVERHEIDSOPDRACHTEN .....	39
1. DUURZAME/CIRCULAIRE OVERHEIDSOPDRACHTEN: WAT ZIJN DAT? .....	41
2. IDENTIFICATIE VAN DE BEHOEFTE MET INACHTNEMING VAN DE MEDEDINGING .....	43
2.1. Een (formele) marktraadpleging of toch de nuloptie? .....	46
2.2. De behoeftebepaling: product-als-dienstverlening? .....	47
2.3. De organisatie van een voorafgaande marktconsultatie.....	51
3. DE IDENTIFICATIE VAN DE BEHOEFTE MET INACHTNEMING VAN DE MEDEDINGING (BIS).....	54
3.1. De plaatsing van een overheidsopdracht met varianten .....	56
3.2. De concurrentiegerichte dialoog als plaatsingsprocedure .....	58
4. DEFINIËRING/OMSCHRIJVING VAN DE BEHOEFTE .....	60
4.1. Een beknopte (circulaire) opdrachtomschrijving .....	61
4.2. De technische specificaties met nadruk op circulariteit.....	62

4.2.1.	Normen en standaarden .....	63
4.2.2.	Functionele behoefteomschrijving aan de hand van prestatie-eisen .....	63
4.2.3.	Circulaire keurmerken of labels .....	66
5.	DE SELECTIE- EN GUNNINGSFASE VAN DE CIRCULAIRE AANBESTEDING/AANKOOP .....	68
5.1.	De selectiefase en -criteria van de circulaire aanbesteding/aankoop.....	68
5.1.1.	Circulaire uitsluitingscriteria (?) .....	68
5.1.2.	Circulaire kwalitatieve selectiecriteria .....	69
5.2.	De gunningsfase en -criteria van de circulaire aanbesteding/aankoop.....	71
5.2.1.	Levenscycluskosten als gunningscriterium.....	73
5.2.2.	Circulaire overwegingen als gunningscriterium .....	75
6.	AFBAKENING VAN EIGENDOM – NIEUWE MODELLEN IN DE UITVOERINGSFASE .....	78
DEEL 3 – PRODUCTNORMERING ALS HINDERENIS EN DE – SCHIJNBARE – AFWEZIGHEID VAN ENIG KNELPUNT IN HET GEVISEERDE INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT .....		83
1.	DE REGELING INZAKE PRODUCTNORMEN IN BELGIË .....	86
1.1.	Productnormering als hindernis voor innovatie .....	88
1.1.1.	Dé oplossing: een uitbreiding van de eisen inzake ecodesign ?.....	90
1.1.2.	(Tussentijds) alternatief: uitbreiding van de producentenverantwoordelijkheid .....	91
1.1.3.	(Tussentijds) alternatief: creatie van regelluwe zones als tussentijdse oplossing? ..	93
1.2.	Productnormering als hindernis voor transparantie - een grondstofpaspoort als oplossing? 95	
2.	DE AFWEZIGHEID VAN PRODUCTNORMERING – OOK PROBLEMATISCH? .....	97
3.	EN WAT MET DE INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN?.....	101
DEEL 4 – DEELPLATFORMEN EN PRODUCT-ALS-DIENSTVERLENING ALS KATALYSATOREN VAN EEN CIRCULAIRE ECONOMIE .....		103
1.	AANSPRAKELIJKHEIDSVERDELING BINNEN EEN DEELECONOMIE .....	111
1.1.	Productaansprakelijkheid bij het delen van producten en/of een product-als- dienstverlening? .....	114
1.1.1.	Toepassing van de Wet Productaansprakelijkheid op een dienstverlening.....	115
1.1.2.	Toepassing van de Wet Productaansprakelijkheid in een deelinitiatief of product-als- dienstverlening .....	117
1.2.	Principes van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid bij het delen van materialen en/of producten .....	123
1.2.1.	De interne (contractuele) verhouding tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker	123
1.2.2.	De externe (buitencontractuele) verhouding met de schadelijgende derde.....	130
2.	EIGENAARSCHAP EN ESSENTIËLE VERBINTENISSEN VAN DE PRODUCT-ALS-DIENST .....	133
2.1.	Het recht van natrekking en een (mogelijke) nuancering hiervan. ....	133

2.2.	Essentiële verbintenissen van partijen binnen een product-als-dienstverlening.....	138
2.2.1.	Verzekeren van de (totaliteit van de) product-als-dienstverlening .....	139
2.2.2.	Vergoeding voor beschikbaarheid en mogelijke beschikbaarheidskortingen en - bonussen .....	140
2.2.3.	Zorgplicht van de gebruiker .....	141
2.2.4.	Terugnameplicht met waarborging van circulariteit.....	142
2.2.5.	Optioneel: boetebeding ter vrijwaren van het eigendomsbehoud.....	143
3.	VERZEKERINGSASPECTEN VAN EEN DEELECONOMIE EN PRODUCT-ALS-DIENST.....	143
3.1.	Juridische knelpunten in de verzekeringswetgeving? .....	144
3.2.	Aanwezigheid van een praktisch informatie- en/of transparantiegebrek.....	145
	DEEL 5 – EXPERIMENTENWETGEVING EN REGELLUWE ZONES. ....	147
	DEEL 6 – SAMENVATTENDE BESCHOUWINGEN EN AANBEVELINGEN .....	154

## TEN GELEIDE

1. De wereldwijde vraag naar natuurlijke hulpbronnen blijft exponentieel toenemen. Hoewel de immer voortschrijdende technologische evolutie van onze samenleving en maatschappij anders zou (kunnen) doen vermoeden, worden als belangrijkste oorzaken van deze problematische vaststelling (i) de groeiende wereldbevolking en (ii) de toenemende welvaart, naar voren geschoven.

Volgens recente VN-rapporten<sup>1</sup> zou de wereldbevolking tussen 2000 en 2015 met 1 miljard zijn toegenomen tot 7,3 miljard en zou deze tegen 2050 verder aangroeien tot (ong.) 9,7 miljard. Tegelijkertijd zou ook de middenklasse van onze maatschappij blijven uitdeinen: uit verwachtingen blijkt dat deze klasse tegen 2025 wereldwijd zo een 3 miljard mensen zal tellen.

Een toename van het aantal mensen in de wereld die ieder meer kunnen consumeren, een toename van het aantal bedrijven die zullen produceren: dergelijke evolutie zorgt voor een gemiddeld hogere welvaart, maar resulteert eveneens in een sterk verhoogde druk op de beschikbare grondstoffen en het klimaat.

2. Nochtans dient vastgesteld te worden dat de wereldbevolking nu reeds meer ver-/gebruikt dan de aarde kan produceren aan grondstoffen en absorberen in termen van vrijgekomen CO<sub>2</sub>. Daar waar onze planeet begin jaren '80 nog gelijke tred hield met de vraag van haar bewoners, overstijgt de wereldbevolking de capaciteit van de Aarde sindsdien meer en meer en dit met een opbouwende ecologische schuld als gevolg.

Indien de wereldbevolking haar huidig productie- en consumptiepatroon bestendigt, zouden in 2050 meer dan 3 planeten vereist zijn teneinde te kunnen voldoen aan deze vraag... Dit heeft niet alleen gevolgen voor het milieu, maar het zorgt ook voor bevoorradingsonzekerheid, stijgende en onvoorspelbare grondstofprijzen en geopolitieke spanningen. De beschikbaarheid van de natuurlijke hulpbronnen, de prijs die ervoor moet betaald worden en het duurzaam beheren van grondstoffen en materialen worden beslissende factoren voor de economische ontwikkeling en voor de concurrentiepositie van nationale economieën en van bedrijven.

Een (transitie naar een) circulaire economie wordt veelvuldig naar voren geschoven als uitkomst en dit zowel voor wat betreft het milieu, het klimaat als de economie.<sup>2</sup>

3. Circulaire economie wordt op het economisch spectrum geplaatst tegenover lineaire economie. Daar waar groei in deze laatstgenoemde (ouderwetse) economie een toename van productie en bijkomende ontginning van grondstoffen betekent, wordt een circulaire economie gekenmerkt door een langer en kwalitatiever bestaan van gebruikte grondstoffen.

---

<sup>1</sup> UNITED NATIONS, *World Population Prospects, the 2015 revision*, New York, 2015.

<sup>2</sup> W. VAN BESIEN, *Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende de bevordering van een duurzame circulaire economie in Vlaanderen*, Vl. Parl. 2015-16, nr. 500, 2-4.

De circulaire economie is een (gewenste) economie waarin waardebehoud en -creatie centraal staan, waarin korte productlevenscycli vervangen worden door (oneindig) hergebruik, maar ook door duurzamere businessmodellen in bedrijven en bij de overheid. Het verbruik van grondstoffen wordt teruggedrongen, producten worden zó ontworpen dat ze na gebruik eenvoudig uit elkaar te halen zijn en te hergebruiken (ecodesign), de levensduur van producten wordt verlengd via onderhoud en reparatie, grondstoffen worden teruggewonnen uit afval, product-dienstcombinaties worden ingevoerd, ...

Anders gesteld is de idee van een circulaire economie aldus de opvatting waarin een hoogwaardige benutting van grondstoffen – welke een langer en kwalitatiever bestaan kennen – centraal staat, en meerwaarde (o.m.) gecreëerd wordt door slimmer samen te werken om afvalstromen te vermijden en te verkleinen.<sup>3</sup>

4. Deze idee om het sluiten van kringlopen, eigen aan natuurlijke ecosystemen, over te nemen als model voor een meer natuurlijke ordening van de economie is gedachtegoed van de Amerikaan Barry Commoner<sup>4</sup>, wiens concepten van levensduurverlenging van producten via hergebruik en recyclage, vervolgens nader werden uitgewerkt door de Zwitser Walter Stahel.

Stahel verlegde daarbij de nadruk van de 'life cycle' van producten naar hun 'performance cycle' en wordt thans beschouwd als de grondlegger van de (huidige) circulaire economie.<sup>5</sup>

5. Aangestipt dient echter dat de circulaire economie verder reikt dan louter het verminderen van afval door recycling. Zoals gesteld, omvat het immers eveneens het fundamenteel herdenken van producten en de systemen waarin die worden toegepast, zodat wordt gekomen tot het verminderen van het gebruik van grondstoffen, ecodesign, het verlengen van de levensduur van producten via onderhoud en reparatie, het gebruik van recycleert in producten, het invoeren van product-dienstcombinaties,...

Om te vermijden dat circulaire economie tot een deelaspect wordt beperkt, is het belangrijk te vertrekken van een éénduidige definitie. De definiëring door de Ellen MacArthur Foundation, ligt (mede) aan de basis van de nieuwe invulling van en belangstelling voor de circulaire economie wereldwijd:

*“Een circulaire economie is een economisch en industrieel systeem dat de herbruikbaarheid van producten en grondstoffen en het Herstellend Vermogen van natuurlijke hulpbronnen als uitgangspunt neemt, waardevernietiging in het totale systeem minimaliseert en waardecreatie in iedere schakel van het systeem nastreeft.”<sup>6</sup>*

---

<sup>3</sup> Planbureau voor Leefomgeving (NL), *Balans voor de leefomgeving*, september 2016, 136-151.

<sup>4</sup> B. COMMONER, *The closing circle*, Knopf Doubleday Publishing Group, 1971.

<sup>5</sup> W. STAHEL, *The product life factor*, 1982; Plan C, *Product - Dienst, nieuwe businessmodellen in de circulaire economie*, e-boek, 2014.

<sup>6</sup> ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *Towards the circular economy: economic and business rationale for an accelerated transition*, Cowes, 2013 – vertaling in T. BASTEIN e.a., *Kansen voor de circulaire economie in Nederland*, TNO, 2013.



6. Vastgesteld dient dat het Vlaams Gewest sinds enkele jaren volop inzet op de transitie naar een circulaire economie via een duurzaam materialenbeheer. Zowel in de Vlaamse regeerakkoorden voor 2009-2014<sup>7</sup> en voor 2014-2019<sup>8</sup> als in de Beleidsnota Leefmilieu en Natuur 2009-2014<sup>9</sup> als in de Beleidsnota Omgeving 2014-2019<sup>10</sup> wordt uitgebreid aandacht besteed aan duurzaam materialenbeheer.

Recenter keurde de Vlaamse regering, op 25 maart 2016, de transversale beleidsnota '*Visie 2050, een langetermijnstrategie voor Vlaanderen*' goed. Daarmee wordt volop ingezet op haar toekomstvisie en wordt getoond (o.m.) hoe Vlaanderen tegen 2050 moet ontwikkelen tot een circulaire economie.

Vlaanderen beschikt amper over eigen grondstoffen en is hierdoor sterk afhankelijk van de invoer van grondstoffen die op termijn zeldzamer en duurder zullen worden. De transitie naar een circulaire economie doorzetten is dan ook belangrijk voor het milieu, onze aarde, maar zal eveneens het verschil maken op onze (Vlaamse) handelsbalans.<sup>11</sup>

7. De voorschreven omslag naar een circulaire economie in Vlaanderen zal evenwel niet zonder slag of stoot verlopen. Bekend is het inmiddels dat er nog een groot aantal knelpunten zijn die een goede uitvoering van de transitie naar een circulaire economie in de weg staan, en dit niet in het minst in de wet- en regelgeving.

De huidige wet- en regelgeving is in eerste instantie immers geschreven vanuit een lineair economie-model, met voor gevolg dat diverse aspecten in (zowel nationale als Europese) wet- en regelgeving belemmerend kunnen werken voor de voorgenomen transitie naar een circulaire economie.<sup>12</sup> Aan de hand van enkele concrete cases geselecteerd op basis van de Open Call Circulaire Economie 2017 worden in de navolgende hoofdstukken volgende *topics* nader onder de loep genomen:

- Deel 1 - Het afvalstoffenrecht in een circulaire economie en de kwalificatie van een materiaal en/of product als afvalstof;
- Deel 2 - Duurzame/circulaire overheidsopdrachten;
- Deel 3 – Productnormering als hindernis en de – schijnbare – afwezigheid van enig knelpunt in het geviseerde intellectuele eigendomsrecht;
- Deel 4 – Deelplatformen en de product-als-dienstverlening als katalysatoren van een circulaire economie;

---

<sup>7</sup> Regeerakkoord Vlaams Regering, 2009-14, 53-54, beschikbaar op [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be);

<sup>8</sup> Regeerakkoord Vlaams Regering, 2014-19, o.m. 79, beschikbaar op [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be);

<sup>9</sup> Beleidsnota Leefmilieu en Natuur 2009-2014, *VI. Parl.* 2009-2010, nr. 193.

<sup>10</sup> Beleidsnota Omgeving 2014-2019, *VI. Parl.* 2014-2015, nr. 142.

<sup>11</sup> W.-F. SCHILTZ, *Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende de circulaire economie*, *VI. Parl.* 2015-16, nr. 592, 2.

<sup>12</sup> M. VAN TWIST e.a. (eds.), *In cirkels sturen? Reflecties over de transitie van een lineaire naar een circulaire economie*, NSOB, 2015, 57 ([www.rli.nl/sites/default/files/essaybundel\\_circulaire\\_economie\\_-\\_nsob.pdf](http://www.rli.nl/sites/default/files/essaybundel_circulaire_economie_-_nsob.pdf)).

- Deel 5 – Experimentenwetgeving en regelluwe zones ter bevordering van de (transitie naar een) circulaire economie.

8. Voorafgaand dient evenwel nog opgemerkt te worden dat niet altijd de wet- en/of regelgeving zélf de bekritiseerde belemmerende werking installeert voor (de transitie naar) een circulaire economie. Gebleken is immers dat veel belemmeringen net immers hun oorsprong vinden in:

- de ontstentenis aan regelgeving betreffende één/meerdere aspecten, relevant voor (de transitie naar) een circulaire economie (bv. quota's of verbodsbepalingen inzake het storten van plastic of gebruik van chemicaliën, strenge regelgeving inzake (energie-)recuperatie teneinde afvalverbranding terug te dringen, ...) <sup>13</sup>;
- de onderscheiden interpretaties en/of de onduidelijkheid van bestaande regelgeving. <sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> F. VAN EIJK, *Barriers & Drivers towards a Circular Economy*, 2015, <https://www.circulairondernemen.nl/uploads/e00e8643951aef8adde612123e824493.pdf>, 12

<sup>14</sup> RAAD VOOR DE LEEFOMGEVING EN INFRASTRUCTUUR (RLI), *Circulaire economie. Van wens naar uitvoering*, 2015, [http://www.rli.nl/sites/default/files/rli028-1\\_wtk\\_advies\\_circ\\_eco\\_interactief\\_2.pdf](http://www.rli.nl/sites/default/files/rli028-1_wtk_advies_circ_eco_interactief_2.pdf), 77.

## DEEL I – HET AFVALSTOFFENRECHT IN EEN CIRCULAIRE ECONOMIE EN DE KWALIFICATIE VAN EEN MATERIAAL EN/OF PRODUCT ALS AFVALSTOF

1. Het Vlaamse Gewest zet sedert enkele jaren volop in op (o.m.) een duurzaam materialenbeheer teneinde onze huidige lineaire economie te muteren in een circulaire economie. Zoals aangegeven werd zowel in de Vlaamse regeerakkoorden voor 2009-2014<sup>15</sup> en 2014-2019<sup>16</sup> als de Beleidsnota Leefmilieu en Natuur 2009-2014<sup>17</sup> als de Beleidsnota Omgeving 2014-2019<sup>18</sup> uitgebreid aandacht besteed aan een duurzamer materialenbeheer in Vlaanderen.

Thans dient vastgesteld dat voor deze verandering in innovatierichting van lineair naar circulair gebruik van grondstoffen, de geschreven en ongeschreven regels enerzijds, gewoonten en opvattingen (i.e. socio-institutionele belemmeringen) anderzijds een grotere uitdaging blijken te vormen dan de technische en dit gezien (o.m.) de huidige wet- en regelgeving geschreven is vanuit een lineair economie-model.

Gebleken is dat diverse aspecten van (zowel nationale als Europese) wet- en regelgeving een belemmerende werking installeren voor de voorgenomen transitie naar een circulaire economie.<sup>19</sup>

2. Onder andere uit de weerhouden cases van (i) HRVST - Circulaire Jeans (179), (ii) ROTOR - Hergebruik van bouwelementen (164) en (iii) RTRDC – Hergebruik sanitaire toestellen (178) blijkt dat één van deze – meest voorname – belemmeringen momenteel haar grondslag vindt in de vigerende afvalstoffenreglementering, meer in het bijzonder de afbakening van (i) het afvalstoffenbegrip, zoals opgenomen in art. 3, 1<sup>ste</sup> lid Europese Kaderrichtlijn Afvalstoffen (2008/98/EG) en art. 3, 1° Vlaams Materialendecreet en (ii) de einde-afvalfase, zoals opgenomen in art. 6 Europese Kaderrichtlijn Afvalstoffen en art. 34 e.v. Vlaams Materialendecreet.

Volgens de (nationale en Europese) wet- en regelgeving kwalificeert ‘afval’ als product noch als grondstof. Hoewel dit begrijpelijk lijkt vanuit het oogpunt van milieubescherming en volksgezondheid, blijkt het op twee niveaus binnen het duurzame(re) productie-/afvalverwerkingsproces rechtsonzekerheid te creëren, zoals kan afgeleid worden uit onderstaand schema:

---

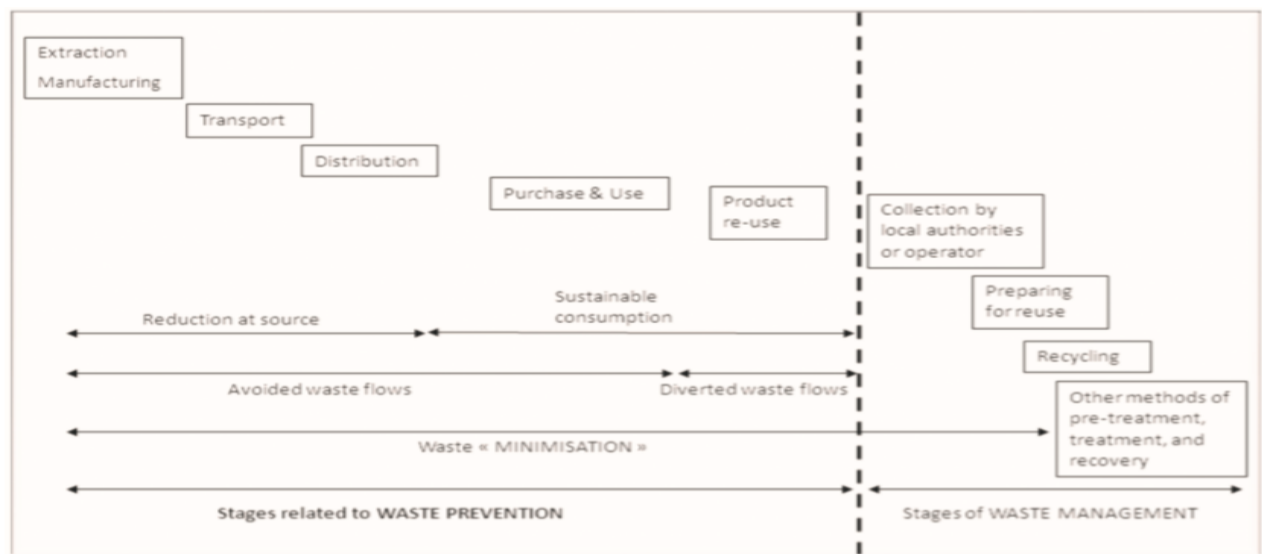
<sup>15</sup> Regeerakkoord Vlaams Regering, 2009-14, 53-54, beschikbaar op [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be).

<sup>16</sup> Regeerakkoord Vlaams Regering, 2014-19, o.m. 79, beschikbaar op [www.vlaanderen.be](http://www.vlaanderen.be).

<sup>17</sup> Beleidsnota Leefmilieu en Natuur 2009-2014, *VI. Parl.* 2009-2010, nr. 193.

<sup>18</sup> Beleidsnota Omgeving 2014-2019, *VI. Parl.* 2014-2015, nr. 142.

<sup>19</sup> M. VAN TWIST e.a. (eds.), *In cirkels sturen? Reflecties over de transitie van een lineaire naar een circulaire economie*, NSOB, 2015, 57 ([www.rli.nl/sites/default/files/essaybundel\\_circulaire\\_economie\\_-\\_nsob.pdf](http://www.rli.nl/sites/default/files/essaybundel_circulaire_economie_-_nsob.pdf)).



3. In het kader van de ontplooiing van duurzame(re) businessmodellen is het in eerste instantie (i.e. in de zgn. “*stages related to waste prevention*”) essentieel om een duidelijk – lees: rechtszeker – antwoord te kunnen bieden op de vraag of het afvalstoffenrecht van toepassing is op een concreet (bedrijfs-)proces dan niet.

Overeenkomstig art. 3, 1<sup>ste</sup> lid Europese Kaderrichtlijn Afvalstoffen en art. 3, 1° Vlaams Materialendecreet wordt het toepassingsgebied van dit afvalstoffenrecht momenteel uitsluitend afgebakend aan de hand van het begrip “afvalstof”, dat – nog steeds – wordt gedefinieerd als volgt:

*“Elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen.”*

4. Wars van de uitdrukkelijk voorziene uitzonderingen, wordt het begrip “afval” en daarmee de toepassing van het afvalstoffenrecht aldus afgebakend aan de hand van de intentie(s) van de houder van de stof en/of voorwerp enerzijds en de invulling van het begrip ‘zich ontdoen’ anderzijds.<sup>20</sup>

Daar waar uit art. 3, 16° Materialendecreet evenwel (duidelijk) afgeleid kan worden dat het begrip “houder” geïnterpreteerd dient te worden als zijnde de “natuurlijke persoon of rechtspersoon die de afvalstoffen in zijn bezit heeft” – zodat géén rekening wordt gehouden met de zakenrechtelijke aanspraken op de betrokken stof en/of voorwerp – is eenzelfde duidelijkheid zoek voor de invulling van het begrip ‘zich ontdoen’, in welk verband bovendien rekening moet worden gehouden met het begrip ‘hergebruik’.

Niettegenstaande bij de herziening van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen in 2008 nadrukkelijk een verduidelijking van de afvalstoffendefinitie werd vooropgesteld middels invoeging van een regeling voor ‘bijproducten’ en ‘einde-afval’<sup>21</sup>,

<sup>20</sup> HvJ 7 oktober 2004, nr. C-103/02, ECLI:EU:C:2004:592, Commissie/Italië; HvJ 24 juni 2008, nr. C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359, ‘Commune de Mesquer’; HvJ 12 december 2013, nr. C-241/12 – C-242/12, ECLI:EU:C:2013:821, ‘Shell Nederland en Belgian Shell’.

<sup>21</sup> Zie overwegingen 8, 10 en 22 van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen.

heeft de Europese regelgever zich er tot op heden van weerhouden om een omschrijving van het begrip ‘zich ontdoen’ (*to discard*) in de regelgeving te integreren.

5. Problematisch is derhalve niet alleen dat het afvalstoffenrecht een werend karakter heeft, maar tevens dat het begrip “afvalstof” in de praktijk onvoldoende houvast blijkt te bieden om in een concreet geval – beter: een duurzaam (bedrijfs-)proces – te kunnen bepalen of het afvalstoffenrecht al dan niet van toepassing is.<sup>22</sup>

Dit des te meer nu vastgesteld moet worden dat het determinerende begripsonderdeel ‘zich ontdoen’ de afgelopen decennia is ingevuld door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en dit op een ad hoc basis.<sup>23</sup>

Voor het stimuleren van de overgang van een lineaire naar een circulaire economie is het nochtans van groot belang dat bedrijven voldoende (rechts-)zekerheid hebben over de juridische status van de materialen die ze voortbrengen of gebruiken: zijn deze materialen afvalstoffen of niet?

6. Er is echter meer. Gezien de afvalstatus van een bepaalde stof of voorwerp het gebruik ervan als grondstof niet in de weg staat, blijkt er eveneens rechtsonzekerheid te bestaan over de vraag of, en in bevestigend geval wanneer, een bepaalde stof en/of voorwerp zijn predicaat als “afval” verliest?<sup>24</sup>

In het bijzonder bij nieuwe circulaire bedrijfs- en verdienmodellen zou het onderscheid tussen de ‘nuttige toepassing’ van afvalstoffen enerzijds en handelingen die gericht zijn op het voorkomen van het ontstaan van afvalstoffen – ‘preventie’ en ‘hergebruik’ – anderzijds moeilijk te maken zijn.<sup>25</sup>

7. Benevens de onduidelijke draagwijdte van het afvalstoffenbegrip, blijkt aldus ook het onvoorspelbare onderscheid tussen de ‘nuttige toepassing’ van afvalstoffen en de normale industriële en economische behandeling van producten en materialen die geen afvalstoffen zijn, rechtsonzekerheid te creëren en dit inzonderheid in de gevallen waarin er geen Europese of nationale einde-afvalcriteria zijn vastgesteld.

De afwezigheid van Europese én nationale einde-afvalcriteria impliceert in deze gevallen immers dat wanneer een onderneming een teruggewonnen stof en/of voorwerp als grondstof wil leveren aan derden, deze eerst zal moeten

---

<sup>22</sup> EUROPESE COMMISSIE, *Scoping study to identify potential circular economy actions, priority sectors, material flows and value chains*, 2014, <http://eco.nomia.pt/contents/documentacao/kh0114775enn-002.pdf>, 36; F. VAN EIJK, *Barriers & Drivers towards a Circular Economy*, 2015, <https://www.circulairondernemen.nl/uploads/e00e8643951aef8adde612123e824493.pdf>, 12; I. SLOOVER en K. KLOOTWIJK, *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen*, 2014, [www.uvl.nl](http://www.uvl.nl), 38.

<sup>23</sup> C. BACKES, J. TIEMAND en N. TEESING (eds.), *Met recht naar een circulaire economie*, Delft, Boom juridisch, 2017, 19.

<sup>24</sup> Dit is aldus wanneer initieel werd vastgesteld dat het afvalstoffenrecht inderdaad van toepassing is ingevolge een initiële kwalificatie van de betrokken stof en/of voorwerp als “afvalstof” in de zin van art. 3, 1° Materialendecreet.

<sup>25</sup> FRAUNHOFER, TECHNOLIS, THINKSTEP, WUPPERTAL INSTITUTE, *Regulatory barriers for the Circular Economy. Lessons from ten case studies*, 2016, [http://ec.europa.eu/growth/content/regulatory-barriers-circular-economy-lessons-ten-case-studies-1\\_en](http://ec.europa.eu/growth/content/regulatory-barriers-circular-economy-lessons-ten-case-studies-1_en), 12 e.v.; C. BACKES, J. TIEMAND en N. TEESING (eds.), *Met recht naar een circulaire economie*, Delft, Boom juridisch, 2017, 20-21.

aantonen dat de behandeling voor nuttige toepassing ertoe heeft geleid dat de teruggewonnen stof en/of voorwerp de zogenaamde einde-afvalfase heeft bereikt.<sup>26</sup>

8. Het afvalstoffenrecht is derhalve behept met twee pertinente onduidelijkheden voor een duurzame ontplooiing van duurzame(re) (bedrijfs-)processen. Desalniettemin is het voornamelijk te blijven streven naar rechtszekerheid daar ondernemers welbepaalde wettelijke procedures en verplichtingen – (o.m.) voor het inzamelen/vervoeren/verwerken/verhandelen – in acht moeten nemen wanneer er sprake is van afvalstof.

Hierbij gaat het (o.m.) om de in art. 26 Materialendecreet neergelegde zorgplicht voor de lokale besturen, de in de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA) neergelegde informatie- en kennisgevingsverplichtingen voor import en export van afval, ...

9. Op basis van bovenstaande overwegingen besluiten we dat de circulaire economie – in eerste orde – vooral gebaat zou zijn met meer rechtszekerheid omtrent de (afval-)status van stoffen en/of voorwerpen. Daartoe is een goede interpretatie van het afvalstoffenbegrip belangrijk. Zoals L. LAVRYSEN dienaangaande stelt:

*“De discussie over het begrip “afvalstof” is dan ook niet louter een academische discussie, maar is eveneens van uitzonderlijk belang voor de praktijk. Het afvalstoffenvraagstuk is misschien wel hét vraagstuk van de 21ste eeuw.”<sup>27</sup>*

Hoe kan deze rechtsonzekerheid – al dan niet binnen de contouren van de bestaande definities –teruggedrongen worden?

## **1. RECHTSONZEKERHEID IN HET CIRCULAIRE AFVALSTOFFENRECHT – EEN TWEELUIK**

### **1.1. De ambigue toepassing van het afvalstoffenrecht: kwalificatie als “afvalstof”**

#### *1.1.1. In abstracto: een analyse van het recht*

10. Een duidelijk antwoord op de vraag of een duurzaam (bedrijfs-)proces onderworpen is aan de toepassing van het afvalstoffenrecht blijkt niet eenvoudig. Zoals reeds opgemerkt, biedt de huidige definitie van het sleutelbegrip “afvalstof” onvoldoende houvast inzonderheid ingevolge de ambigue invulling van het begripsonderdeel “zich ontdoen”.

Bij wijze van voorbeeld wijzen we op een arrest van de Raad van State van 22 januari 2015. De Raad oordeelde dat het ophalen van snoeisel van taxushagen bij particulieren voor gebruik in medicijnen beschouwd moest worden als

---

<sup>26</sup> I. SLOOVER en K. KLOOTWIJK, *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen*, 2014, [www.uvl.nl](http://www.uvl.nl), 40-44.

<sup>27</sup> L. LAVRYSEN, T. MALFAIT, en H. VAN LANDEGHEM, *Het begrip afvalstof ontsluit*, Brussel, Larcier, 2008, 1.

het handelen in afvalstoffen daar het snoeisel zou kwalificeren als een voorwerp waarvan de houder zich wenste te ontdoen:

*“(…) Het ligt in de rede dat snoeisel van een haag afval is waarvan de houder zich wil ontdoen. Het is niet anders met het snoeisel van taxushagen dat waardevol is voor de medische oncologie omdat het de stof baccatine bevat. De omstandigheid dat taxussnoeisel selectief wordt ingezameld en particulieren niet alleen gesensibiliseerd worden om op bepaalde tijdstippen deel te nemen aan een inzamelingsactie, maar ook om oog te hebben voor een aantal kwalitatieve aspecten, zoals (...), ontnemt de kwalificatie als afvalstof niet.*

*Voor de particuliere houder is taxussnoeisel een stof waarvan hij zich ontdoet, het weze door het achter te laten op een aparte verzamelplek op een gemeentelijk containerpark, het weze door het aan huis te laten ophalen. Die intentie verandert niet doordat de houder doelbewust handelt teneinde een persoonlijke bijdrage te leveren voor het aanmaken van medicijnen die ingezet worden bij de behandeling van kanker.(...)”<sup>28</sup>*

Geheel in lijn met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie<sup>29</sup> bevestigde de Raad van State in bovenstaand arrest dat de loutere intentie van de houder doorslaggevend is voor de interpretatie van het afvalstoffenbegrip. Meer bepaald is het doorslaggevend of de houder, alle omstandigheden in acht genomen, werkelijk de intentie of de plicht heeft zich te ontdoen van de betrokken stof en/of voorwerp en dit ongeacht de eventuele recuperatiemogelijkheden die ervoor in het vooruitzicht worden gesteld.

11. Nationale rechters hebben zich – bij de invulling van het begripsonderdeel ‘zich ontdoen’ – uiteraard laten leiden door de interpretatie van het Europese Hof van Justitie.<sup>30</sup> Daarbij hanteert het Hof van Justitie steevast een teleologische interpretatiemethode, waarbij het maatschappelijke doel van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen wordt vooropgesteld.

Uitgangspunt is derhalve dat steeds een concrete rechtvaardigingsgrond voorhanden moet zijn opdat een stof en/of voorwerp beschouwd moet worden als een afvalstof. 3 gevallen staan centraal:

1) De houder ontdoet zich van de stof en/of voorwerp:

Enerzijds wordt gesteld dat een houder zich van een stof en/of voorwerp ontdoet al naargelang de materiële transformatie ervan in afval. Dit zou maken dat afval kan gekwalificeerd worden in functie van

---

<sup>28</sup> RvS 22 januari 2015, nr. 229.913, 12.

<sup>29</sup> HvJ 18 december 1997, nr. C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628, ‘Inter-Environnement Wallonie’; HvJ 15 juni 2000, nr. C-418/97, ECLI:EU:C:2000:318, ‘ARCO Chemie Nederland Ltd’.

<sup>30</sup> Zie voor Belgische verwijzingen o.m. naar RvS 22 januari 2015, nr. 229.913, bv Stok Medicinal Plants, TMR 2015, afl. 4, 483; Gent 26 april 2013, TMR 2013, afl. 5, 534.Corr. Gent 2 december 2013, TMR 2014, afl. 6, 610; Corr. Antwerpen 27 oktober 2015, TMR 2016, afl. 6, 681.

objectieve elementen, zoals de samenstelling, de grootte, de verpakking, de gevaarlijkheid of de fysisch-chemische samenstellingen van een stof en/of voorwerp.<sup>31</sup>

Deze objectieve benadering is vaak onvoldoende om het begripsonderdeel 'zich te ontdoen van' in een concreet geval vast te stellen. Meerdere stoffen en/of voorwerpen, die omwille van hun fysische of chemische samenstelling of vanwege hun kenmerken niet gevaarlijk zijn, vallen toch onder de afvalstoffenreglementering daar ze overlast veroorzaken wanneer ze ontsnappen aan het gecontroleerde beheer ervan.<sup>32</sup>

Benevens de objectieve interpretatie wordt om die reden tevens gesteld dat een stof en/of voorwerp de kwalificatie als afvalstof verkrijgt, niet omwille van zijn samenstelling of kenmerken, maar omwille van zijn gebruik of het gebrek daaraan. In deze interpretatie zal gekeken moeten worden naar de achterliggende *ratio* waarom een houder afstand doet van de betrokken stof en/of voorwerp.<sup>33</sup>

Dit impliceert dat de vaststelling of een houder zich (al dan niet) ontdoet van een bepaalde stof en/of voorwerp aldus afhangt van een subjectief – veelal moeilijk te veruitwendigen - beoordelingselement.

2) De houder heeft de 'wil om zich te ontdoen' van de stof en/of voorwerp:

De Europese wetgever heeft ervoor geopteerd bij de beoordeling of een houder 'zich ontdoet' van een stof en/of voorwerp tevens rekening te houden met diens - al dan niet latente - wil. Zo zal een 'wil om zich te ontdoen' van een stof en/of voorwerp (bv.) worden vastgesteld wanneer uit omstandigheden blijkt dat een houder de stof en/of voorwerp niet meer zal gebruiken als product of grondstof.

Dit teneinde fraude tegen te gaan nu bepaalde houders van een stof en/of voorwerp de mening waren toegedaan dat zij niet ressorteerden onder het begrip "afvalstof" om de enkele reden dat zij zich niet hadden ontdaan van een welbepaalde stof en/of voorwerp en zij hiertoe evenmin verplicht waren (ook al had de betrokken stof en/of voorwerp alle kenmerken van een afvalstof).<sup>34</sup>

3) De houder heeft de 'verplichting om zich te ontdoen' van de stof en/of voorwerp:

In het licht van de bescherming van het milieu en de mens, kan een houder van een verboden stof en/of voorwerp verplicht worden zich hiervan te ontdoen. Zo oordeelde het Europese Hof van Justitie in de zaak *Van de Walle* dat de grond die met koolwaterstof werd vervuild, kwalificeert als een afvalstof en dit onverminderd het feit dat de houder geenszins de intentie had zich te ontdoen van deze (vervuilde) grond.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Bv. de smartphone waarvan het touchscreen is gebarsten en de houder zich er om die reden van zal ontdoen.

<sup>32</sup> N. DE SADELEER, *Droit des déchets de l'UE : de l'élimination à l'économie circulaire*, Brussel, Bruylant, 2016, 131-133.

<sup>33</sup> HvJ 15 juni 2000, nr. C-418/97, ECLI:EU:C:2000:318, 'ARCO Chemie Nederland Ltd'; HvJ 15 juni 2000, nr. C419/97, ECLI:EU:C:2000:318, 'Vereniging Dorpsbelang Hees e.a.

<sup>34</sup> N. DE SADELEER, *Droit des déchets de l'UE : de l'élimination à l'économie circulaire*, Brussel, Bruylant, 2016, 135.

<sup>35</sup> HvJ 7 september 2004, nr. C-1/03, ECLI:EU:C:2004:490, TMR 2004, 660, noot P. DE BRUYCKER en P. MORRENS.



Ingeval een houder de verplichting heeft zich te ontdoen van een bepaalde stof en/of voorwerp, zal deze steeds gekwalificeerd worden als afvalstof en dit ongeacht (i) de wil van de houder en (ii) de omstandigheid of de betrokken stof en/of voorwerp vatbaar is voor hergebruik.<sup>36</sup>

12. Bovenstaande overwegingen tonen aan dat een (rechts-)zekere invulling van het begripsonderdeel ‘zich ontdoen’ allerm minst een evidentie betreft, zeker in de ogen van een ‘leek’. In Bijlage I en II van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen werd daarom een indicatieve lijst van activiteiten opgenomen, waaraan het vermoeden wordt gekoppeld dat de houder zich in deze gevallen ontdoet van een stof en/of voorwerp<sup>37</sup>:

- |   |   |
|---|---|
| • Storten van stoffen en/of voorwerpen op of in de bodem;                   | • Lozen of storten van stoffen en/of voorwerpen in wateren; |
| • Verwijderen van stoffen en/of voorwerpen op speciaal ingerichte locaties; | • Permanente opslag van stoffen en/of voorwerpen            |
| • Verbranding van stoffen en/of voorwerpen;                                 | • ...   |

Voorts blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat een gebrek aan een economisch voordeel een aanwijzing kan zijn teneinde de wil van de houder om zich (al dan niet) “te ontdoen” van een bepaalde stof en/of voorwerp vast te stellen en dit gezien een houder zich vaak zal willen ontdoen van een stof en/of voorwerp dat hem geen economische waarde meer oplevert.<sup>38</sup> Tevens de (nefaste) milieueffecten van een stof en/of voorwerp of de milieueffecten die vasthangen aan het gebruik ervan, kunnen (al dan niet) beschouwd worden als een aanwijzing dat het zou gaan om een afvalstof.<sup>39</sup>

Benadrukt hierbij dient dat het loutere onderwerpen van een stof en/of voorwerp aan de activiteiten uit voornoemde bijlagen onvoldoende is opdat het cruciale begripsonderdeel “zich willen ontdoen van” met zekerheid vastgesteld kan worden.<sup>40</sup> Het afvalstoffenbegrip afstemmen op een lijst van gebruikte methoden houdt onvoldoende rekening met de concrete omstandigheden van ieder (afzonderlijk) geval, zoals ook opgemerkt door adv.-generaal F. JACOBS:

*“Er is in zekere zin sprake van een cirkelredenering: of “nuttige toepassing” plaatsvindt hangt af van de vraag of er “afvalstoffen” zijn, hetgeen weer afhangt van de vraag, of “nuttige toepassing” plaatsvindt.”<sup>41</sup>*

<sup>36</sup> N. DE SADELEER, Droit des déchets de l’UE : de l’élimination à l’économie circulaire, Brussel, Bruylant, 2016, 133.

<sup>37</sup> HvJ 18 december 1997, nr. C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628, ‘Inter-Environnement Wallonie’.

<sup>38</sup> HvJ 7 september 2004, nr. C-1/03, ECLI:EU:C:2004:490, ‘Van de Walle’, §46.

<sup>39</sup> N. DE SADELEER, Droit des déchets de l’UE : de l’élimination à l’économie circulaire, Brussel, Bruylant, 2016, 140.

<sup>40</sup> HvJ 11 november 2004, C-457/02, ECLI:EU:C:2004:707, ‘Niselli’.

<sup>41</sup> Concl. Adv.Gen. F. JACOBS bij HvJ 25 juni 1997, nrs. C-304/94 – C-342/94, ECLI:EU:C:1997:314, ‘Tombesi’, §55.

13. Samen met de vaststelling dat Bijlage I en II van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen voorzien in een *indicatieve* lijst, kan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie worden afgeleid dat nog steeds geval per geval nagegaan moet worden of een stof en/of voorwerp *in concreto* kwalificeert als afvalstof en dit rekening houdende met alle omstandigheden:

*“Zo heeft het Hof reeds geoordeeld dat uit de omstandigheid dat een stof wordt onderworpen aan een in bijlage II B bij richtlijn 75/442 genoemde handeling, niet kan worden afgeleid dat er sprake is van een zich ontdoen van en dat die stof als een afvalstof in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt (...). Het verrichten van een in bijlage II A of II B bij richtlijn 75/442 genoemde handeling volstaat dus op zichzelf niet om een stof als afvalstof aan te merken.”<sup>42</sup>* (eigen onderlijning)

Vastgesteld dient te worden dat de indicatieve lijst van activiteiten in Bijlage I en II van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen in de Vlaamse regionale regelgeving zonder verdere concretisering werd overgenomen in artikel 4.2.1 en 4.2.2 VLAREMA. Hoewel geïncorporeerd in onze rechtsorde lijken de indicatieve lijsten van activiteiten in beginsel dan ook weinig soelaas te brengen voor het gebrek aan rechtszekerheid dat – de marktspelers in de circulaire economie – blijken te ervaren in het kader van de (afval)status van hun stoffen en/of voorwerpen.

14. Er is echter meer. De Europese wetgever heeft – via invoeging van de regeling voor ‘bijproducten’ in de Kaderrichtlijn Afvalstoffen – een extra dimensie toegevoegd aan het debat of een bepaalde stof en/of voorwerp (al dan niet) kwalificeert als een afvalstof. Door stoffen of voorwerpen het statuut van bijproduct te geven, kan immers vermeden worden dat zij beschouwd worden als afvalstof in de zin van art. 3, 1° Materialendecreet.

In toepassing van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie worden bijproducten gezien als een uitzondering op het afvalstoffenbegrip, hetgeen in de circulaire economie uiteraard interessant is daar bijproducten dan kwalificeren als primaire grondstoffen in plaats van secundaire grondstoffen.<sup>43</sup>

15. Een bijproduct is een product dat het resultaat is van een productieproces dat in de eerste plaats niet gericht was op het produceren van deze stof en/of voorwerp. De producent heeft derhalve niet de bedoeling de betreffende stof en/of voorwerp te produceren, maar het ontstaat toch naast het product dat wel het primaire opzet van het productieproces was.<sup>44</sup>

In deze zin oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het produceren van pelzen van dieren, gehouden om andere redenen dan de loutere productie van dierenpelzen, niet gevat wordt door de afvalstoffenreglementering aangezien de dierenpelzen beschouwd moeten worden als een toelaatbaar bijproduct.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> HvJ 18 april 2002, nr. C-9/00, ECLI:EU:C:2002:232, ‘Palin Granit Oy’.

<sup>43</sup> HvJ 18 april 2002, nr. C-9/00, ECLI:EU:C:2002:232, ‘Palin Granit Oy’.

<sup>44</sup> Cass. 20 december 2005, AR P.05.0790.N, F.R.F.E.M./OVAM, K.V.

<sup>45</sup> GwH 20 oktober 2016, nr. 134/2016.

16. Tot slot is moeten blijken dat het afvalstoffenbegrip tevens een belangrijke rol vervult met het oog op afvalvermijding, meer in het bijzonder in het kader van het “hergebruik” van stoffen en/of voorwerpen. Hergebruik betreft elke handeling waarbij producten of componenten die geen afvalstoffen zijn, opnieuw worden gebruikt voor hetzelfde doel als datgene waarvoor zij bedoeld waren.<sup>46</sup>

Gelijkaardig aan de regeling van bijproducten, verhindert het opzet een stof en/of voorwerp te hergebruiken dat het de kwalificatie als “afvalstof” zou verkrijgen. Het hergebruik betreft derhalve een vorm van afvalpreventie, waarbij een stof en/of product wordt (her)gebruikt voor hetzelfde doel waarvoor het initieel ontworpen was (onverminderd de toelaatbaarheid van beperkte voorbereidingshandelingen).

---

<sup>46</sup> Art. 3, 13° Kaderrichtlijn Afvalstoffen, art. 3, 15° Materialendecreet en art. 3, 18° Afvalstoffenordonnantie.

### 1.1.2. In concreto: een doorvertaling naar de weerhouden cases

17. Vastgesteld dient dat in de weerhouden cases van HRVST en Rotor (nr. 164 – 178 – 179) het hergebruik van een stof en/of voorwerp noch de evt. kwalificatie ervan als bijproduct problematisch is.

*Prima facie* lijkt dit met rede verklaarbaar: waar de regeling betreffende de bijproducten voldoende duidelijk gedefinieerd en geregeld lijkt, lijkt de problematiek inzake het hergebruik van stoffen en/of voorwerpen niet aan de orde in de voorgenomen – en tevens de meeste overige – circulaire (bedrijfs-)processen.

Uitgaande van de definiëring in (o.a.) artikel 3, 15° Materialendecreet, blijkt enkel de houder van een stof en/of voorwerp in aanmerking te komen voor een toepassing van de regeling inzake het hergebruik. Enkel de houder lijkt een bepaalde stof en/of voorwerp te kunnen hergebruiken, zonder dat het eerst het predicaat van “afvalstof” verwerft.

Dit gezien een natuurlijk- of rechtspersoon zich bij een inzameling, sloop, ... en quasi iedere recuperatie van een bepaalde stof en/of voorwerp – onder voorbehoud van onderstaande – eerst ontdoet van deze stof en/of voorwerp (zodat het de kwalificatie van afvalstof krijgt), waarna het dit predicaat (al dan niet) kan verliezen ingevolge een nuttige toepassing in het kader van het circulaire (bedrijfs-)proces.

18. Anderzijds blijkt uit de weerhouden cases van HRVST en Rotor meermaals dat vragen rijzen naar de toepassing van het afvalstoffenbegrip, meer in het bijzonder of een houder – ingevolge de recuperatie van een bepaalde stof en/of voorwerp – zich hiervan daadwerkelijk “ontdoet” in de zin van artikel 3, 1° Materialendecreet.

De ongebruikte jeans die HRVST inzamelt en vervolgens aanwendt als grondstof voor de productie van nieuwe jeans: “ontdoen” de eigenaars zich hierbij van hun ongebruikte jeans, zodat deze kwalificeert als een afvalstof bestemd voor nuttige toepassing, of betreft het niet meer gebruikte jeans die louter worden ingeleverd?<sup>47</sup>

De door ROTOR gerecupereerde bouwmaterialen: “ontdoen” de eigenaars zich hierbij werkelijk van bepaalde voorwerpen, zodat deze kwalificeren als afvalstof bestemd voor nuttige toepassing, of betreffen het louter voorwerpen die worden ingeleverd met het oog op een nieuw leven?<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Thans lijkt bevestigd te kunnen worden dat het door HRVST ingezamelde textiel inderdaad kwalificeert als een afvalstof. De houder, in casu de particuliere huishoudens, ontdoet zich immers van het textiel om reden dat het voor hem niet langer bruikbaar is. De omstandigheid dat het ingezamelde textiel uit een mengeling van nog bruikbare kledij en onbruikbare resten zou bestaan, lijkt hier op eerste zicht geen afbreuk aan te doen gezien dergelijke partijen textiel eerst een sortering dienen te ondergaan alvorens de herbruikbare stoffen terug herwonnen kunnen worden. Enkel de herbruikbare stoffen zullen - na nuttige toepassing - niet langer ressorteren onder toepassing van het afvalstoffenbegrip.

<sup>48</sup> Thans lijkt het eveneens weinig twijfel te leiden dat de door ROTOR gerecupereerde bouwmaterialen kwalificeren als een afvalstof, om gelijkaardige redenen dan voormelde.

## 1.2. Het verlies van het predicaat “afvalstof”: ook ambiguïteit in een tweede fase van het (kwalificatie-)proces?

### 1.2.1. In abstracto: een analyse van het recht

19. Benevens de vraag of het afvalstoffenrecht überhaupt van toepassing is in een concreet geval, blijkt het evenmin evident een sluitend antwoord te bieden op de vraagstelling of, en in voorkomend geval wanneer, een bepaalde afvalstof dit predicaat als “afval” verliest.

De afvalstoffenreglementering voorziet immers de mogelijkheid dat iedere afvalstof – zelfs de gevaarlijke<sup>49</sup> – het predicaat “afval” onder bepaalde voorwaarden kan verliezen, zodanig dat een dergelijke kwalificatie niet noodzakelijk als problematisch moet ervaren worden.

In de circulaire economie zal in vele gevallen immers gebruik gemaakt worden van materialen die in beginsel voldoen aan de afvalstoffendefinitie en dit (o.m.) gezien de houder van een bepaalde stof en/of voorwerp zich hiervan – voorafgaand aan het circulaire (bedrijfs-)proces – eerst heeft ontdaan.

20. Overeenkomstig art. 36 Materialendecreet verliest een bepaalde stof en/of voorwerp zijn predicaat als “afvalstof” indien het (i) een behandeling voor nuttige toepassing – zoals hergebruik of recycling – heeft ondergaan én (ii) voldoet aan specifieke criteria die door de Europese of Belgische regelgever zijn opgelegd.

Opdat een bepaalde stof en/of voorwerp zijn predicaat als “afvalstof” kan verliezen, dient aldus voldaan te zijn aan twee cumulatieve voorwaarden:

21. Eerst is vereist dat de afvalstof een behandeling voor nuttige toepassing heeft ondergaan, waarbij als nuttige toepassing wordt beschouwd: 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 wordt klaargemaakt.<sup>50</sup>

De vereiste dat de afvalstof als voornaamste resultaat een nuttig doel moeten dienen, speelt een centrale rol in het onderscheid tussen handelingen van nuttige toepassingen en verwijderingshandelingen.<sup>51</sup> Dit is iedere handeling die geen nuttige toepassing is, zelfs indien de handeling er in tweede instantie toe leidt dat stoffen of energie worden teruggewonnen (zoals bv. het storten en de verbranding met weinig energierecuperatie van afvalstoffen).<sup>52</sup>

Meer in het bijzonder kunnen de nuttige toepassingen die afvalstoffen kunnen ondergaan teneinde hun predicaat als “afval” te verliezen, worden onderverdeeld in drie subcategorieën:

---

<sup>49</sup> HvJ 7 maart 2013, C-358/11, ECLI:EU:C:2013:142, ‘Lapin eilinkeino’, §60.

<sup>50</sup> Art. 3, 15° Kaderrichtlijn Afvalstoffen, art. 3, 23° Materialendecreet en art. 3, 20° Afvalstoffenordonnantie.

<sup>51</sup> HvJ 13 februari 2003, C-228/00, ECLI:EU:C:2003:91, Commissie/Duitsland, §43.

<sup>52</sup> Art. 3, 19° Kaderrichtlijn Afvalstoffen, art. 3, 26° Materialendecreet en art. 3, 23° Afvalstoffenordonnantie.

- 1) Voorbereiding voor hergebruik: Elke nuttige toepassing bestaande uit controleren, schoonmaken of repareren, waarbij producten of componenten daarvan, die afvalstoffen zijn geworden, worden klaargemaakt zodat ze worden hergebruikt zonder dat verdere voorbehandeling nodig is.<sup>53</sup>

Zoals (impliciet) aangestipt bestaat het verschil tussen “hergebruik” enerzijds en “voorbereiding voor hergebruik” anderzijds eruit dat er bij “hergebruik” nooit sprake is geweest van een afvalstof, waar er van een “voorbereiding voor hergebruik” slechts sprake kan zijn wanneer een stof en/of voorwerp eerst het predicaat van afvalstof heeft verworven.<sup>54</sup>

- 2) Recycling: elke nuttige toepassing waardoor afvalstoffen opnieuw worden bewerkt tot producten, materialen of stoffen, voor het oorspronkelijke doel of een ander doel. Dit omvat het opnieuw bewerken van organisch afval, maar niet energierugwinning, noch het opnieuw bewerken tot materialen die bestemd zijn om te worden gebruikt als brandstof of als opvulmateriaal.<sup>55</sup>

In tegenstelling tot “(voorbereiding voor) hergebruik” is de idee achter recycling dat een afvalstof verwerkt wordt ter verandering van diens fysisch-chemische kenmerken.

- 3) Andere nuttige toepassingen: elke handeling die ressorteert onder de definitie ‘nuttige toepassing’, maar niet voldoet aan de specifieke vereisten van “voorbereiding voor hergebruik” of “recycling”.<sup>56</sup>

Teneinde andere activiteiten die geen onderdeel vormen van een gesloten kringloop daar geen stoffen en/of voorwerpen worden teruggewonnen – zoals het bewerken van afvalstoffen tot brandstoffen of opvulmateriaal – uit te sluiten worden ook andere handelingen dan “voorbereiding voor hergebruik” en “recycling” opengesteld als handelingen van nuttige toepassing.<sup>57</sup>

Gelet op bovenstaande – abstracte – definiëringen blijkt het in de praktijk – voor de particuliere niet-juridische markspelers – niet zelden een moeilijke evenwichtsoefening om te bepalen of er in het kader van hun circulaire (bedrijfs-)proces sprake is van een “nuttige toepassing” van afvalstoffen.

Waar zowel de wetgever als het Hof van Justitie voor het bepalen van een handeling van nuttige toepassing verwijzen naar het criterium van ‘het nuttige doel’ als voornaamste resultaat, lijkt deze invulling bovendien

---

<sup>53</sup> Art. 3, 16° Kaderrichtlijn Afvalstoffen, art. 3, 27° Materialendecreet en art. 3, 21° Afvalstoffenordonnantie.

<sup>54</sup> Zo is het terug in gebruik nemen van een mixer die door de verkoper werd hersteld een voorbeeld van “hergebruik” terwijl het herstellen van een mixer, gevonden op een afvalhoop, een handeling ter “voorbereiding voor hergebruik” betreft.

<sup>55</sup> Art. 3, 17° Kaderrichtlijn Afvalstoffen, art. 3, 25° Materialendecreet en art. 3, 22° Afvalstoffenordonnantie.

<sup>56</sup> EUROPESE COMMISSIE, Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste, 2012, [http://ec.europa.eu/environment/waste/framework/pdf/guidance\\_doc.pdf](http://ec.europa.eu/environment/waste/framework/pdf/guidance_doc.pdf), 33.

<sup>57</sup> Ontwerp van decreet betreffende het duurzaam beheer van materiaalcringen en afvalstoffen, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1233/1, 13.

subjectief van aard. Elke economische marktspeler lijkt in de mogelijkheid te verkeren een nuttige functie te geven aan de afvalstoffen waarvan hij zich ontdoet en dit al dan niet ten nadele van de milieubescherming.<sup>58</sup>

22. Vervolgens is vereist dat de afvalstof – welke een nuttige toepassing heeft ondergaan – tevens voldoet aan een aantal specifieke criteria opdat het zijn predicaat als “afvalstof” kan verliezen.

Deze criteria hebben (o.m.) betrekking op de herkomst van het materiaal, de manier waarop het is ingezameld, geproduceerd of verwerkt, de aard en samenstelling van het materiaal, grenswaarden voor verontreinigende stoffen, het toegelaten gebruiksgebied, de toegelaten wijze van aanwending, ....

23. Overwegende dat (i) de Europese Commissie momenteel dergelijke criteria enkel heeft vastgesteld voor metaalschroot, kringloopglas en koperschroot en (ii) de Kaderrichtlijn Afvalstoffen de ruimte laat voor de lidstaten om per geval te beslissen of een bepaalde afvalstof zijn einde-afvalfase heeft bereikt, heeft het Vlaamse Gewest zelf enkele specifieke criteria uitgewerkt op basis van een ‘stroom per stroom’-benadering.<sup>59</sup>

Meer in het bijzonder werden in hoofdstuk 2, afdeling 2.3 van het VLAREMA specifieke criteria vastgesteld voor grondstoffen, bestemd voor (i) gebruik als meststof of bodemverbeterend middel, (ii) gebruik als bouwstof, (iii) gebruik als bodem en (iv) gebruik in kunstmatige afdichtingslagen met waterglas op stortplaatsen van categorieën 1 en 2.

Daarbij kan geëist worden dat het voldoen aan de criteria wordt getoetst aan de hand van een grondstofverklaring (cfr. *infra*) of een andere controleregeling, zoals het keuringsattest bij compost of het eenheidsreglement bij puingranulaten.

24. Benevens voormelde materiaalstromen, kunnen nog twee materiaalstromen geïdentificeerd worden waarvoor specifieke voorwaarden zijn vastgesteld opdat zij het predicaat als “afvalstof” – “na nuttig toepassing” - kunnen verliezen. Zowel voor materiaal uit non-ferrometallurgie, ingezet in de non-ferrometallurgie, als materialen uit de ferrometallurgie, zijn criteria opgenomen in hoofdstuk 2, afdeling 2.3 van het VLAREMA en verder uitgewerkt in een specifiek ministerieel besluit.

Verder bepaalt artikel 2.2.4 VLAREMA tevens dat afvalstoffen die bestemd zijn voor gebruik in bodemsaneringswerken of voor risicobeheersmaatregelen als secundaire grondstoffen kunnen gebruikt worden indien ze voldoen aan de voorwaarden vastgelegd in het conformiteitsattest van het (beperkte) bodemsaneringsproject of het risicobeheersplan, afgeleverd door de OVAM.

---

<sup>58</sup> N. DE SADELEER, *Droit des déchets de l'UE : de l'élimination à l'économie circulaire*, Brussel, Bruylant, 2016, 196.

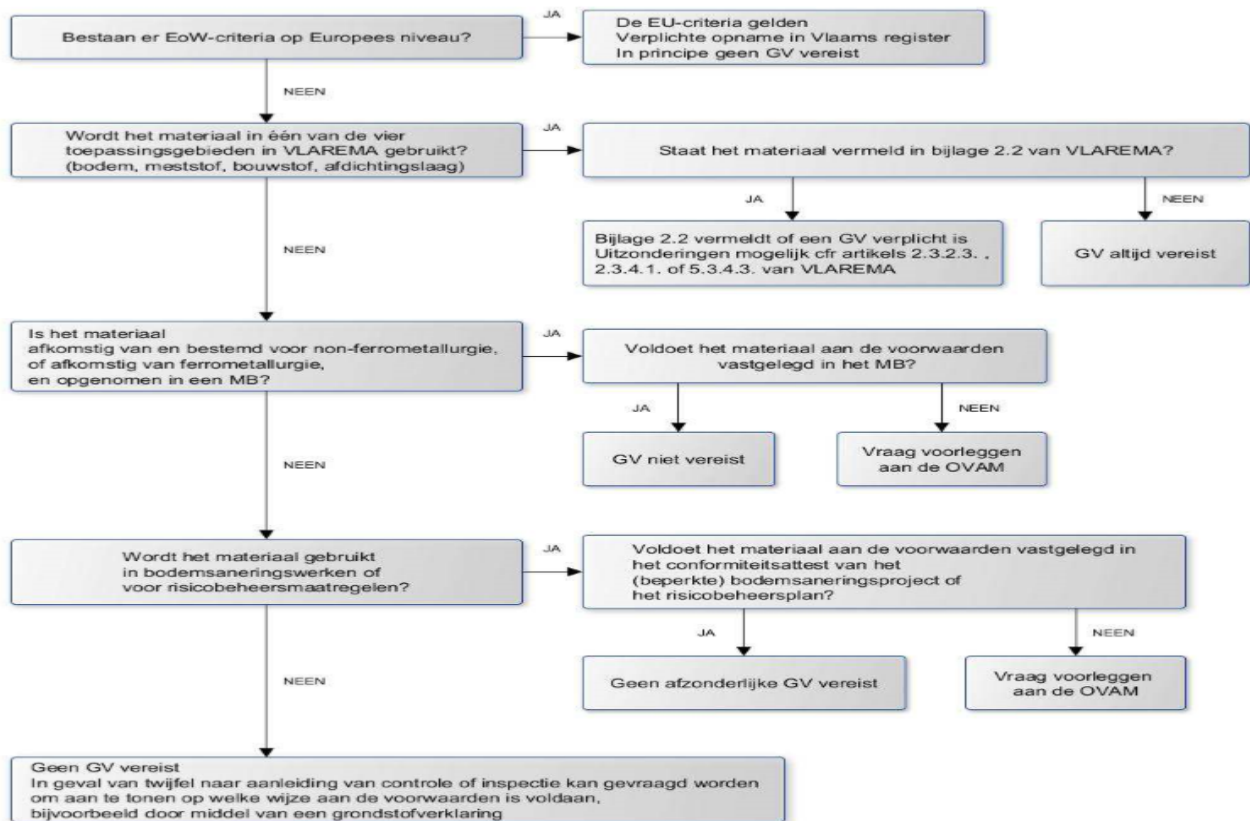
<sup>59</sup> Ontwerp van decreet betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, Parl.St. VI.Parl. 20102011, nr. 1233/1, 35.

25. Voor andere materialen, waarvoor geen specifieke criteria zijn vastgelegd door de Europese of Vlaamse regelgever, kan de einde-afvalfase – door de marktspelers zelf – enkel worden vastgesteld op basis van de generieke afvalstoffendefinitie en een toetsing aan volgende criteria van artikel 36 *jo.* 37 Materialendecreet:

- 1) De stof of het voorwerp wordt gebruikelijk toegepast voor specifieke doelen, waarbij eveneens vaststaat dat de stof of het voorwerp zal worden gebruikt;
- 2) De stof of het voorwerp kan rechtstreeks worden gebruikt zonder verdere andere behandeling;
- 3) Er is een markt voor of vraag naar de stof of het voorwerp;
- 4) De stof of het voorwerp voldoet aan de technische voorschriften voor de specifieke doelen en aan de voor producten geldende wetgeving en normen;
- 5) Het gebruik van de stof of het voorwerp heeft over het geheel genomen geen ongunstige effecten op het milieu of de menselijke gezondheid;

26. Overwegende dat voorschreven regeling inzake specifieke criteria – zekere in hoofde van de niet-juridische leek – meer dan ééns wordt ervaren als een niet te ontwarren kluwen, heeft de OVAM getracht een overzichtelijk stroomschema uit te werken, dat overzicht moet bieden van voorschreven regeling waaronder een afvalstof – welke een “nuttige toepassing” heeft ondergaan – zijn predicaat als “afvalstof” kan verliezen:





Bovenstaand schema toont – op zichzelf – reeds aan dat het geenszins evident is te achterhalen of in het kader van een concreet circulair (bedrijfs-)proces (i) specifieke criteria werden vastgesteld, (ii) waar deze in voorkomend geval moeten gevonden worden en (iii) of (al dan niet) voldaan is aan deze criteria, en dit zeker wanneer niet vereist is dat het voldoen aan de criteria wordt getoetst aan de hand van een controleregeling.

Daarenboven impliceert de afwezigheid van Europese én regionale einde-afvalcriteria dat wanneer een onderneming een teruggewonnen stof als grondstof wil leveren aan derden, deze eerst zélf zal moeten aantonen dat de behandeling voor nuttige toepassing ertoe heeft geleid dat de teruggewonnen stof de einde-afvalfase heeft bereikt volgens een beoordeling van de ruime criteria van artikel 36 Materialendecreet.

27. Samen met de (rechts-)onzekerheid die blijkt te bestaan omtrent de vraag wanneer (al dan niet) sprake is van een “nuttige toepassing” van afvalstoffen (o.m. gelet de subjectieve invulling ervan), blijkt derhalve evenmin het beoordelingsproces van de specifieke criteria uit te blinken in (rechts-)zekerheid en dit inzonderheid ingeval er géén Europese noch nationale einde-afvalcriteria zijn vastgesteld.

Daarbij blijken met name de onderbouwing of er sprake is van een reguliere markt, een prijs en het ontbreken van duidelijke criteria waaraan de teruggewonnen grondstof moet voldoen, lastige vragen om – op een aantoonbare wijze – te beantwoorden.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> I. SLOOVER en K. KLOOTWIJK, *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen*, 2014, [www.uvl.nl](http://www.uvl.nl), 40-44.

28. De Vlaamse decreetgever heeft getracht (enigszins) aan deze onzekerheid tegemoet te komen door een (verplicht en facultatief) systeem van zgn. grondstoffenverklaringen in te schrijven in het VLAREMA.<sup>61</sup>

Daarbij toetst de OVAM – en derhalve niet de marktspeeler – een bepaalde stof en/of voorwerp van het circulaire (bedrijfs-)proces zelf aan (i) de ambigue definitie van “afvalstof” en (ii) de ambigue criteria in artikel 36 en 37 Materialendecreet, ter beoordeling of deze stof en/of voorwerp nog moet gekwalificeerd worden als een “afvalstof” dan wel opnieuw kan aangemerkt worden als “grondstof”.<sup>62</sup>

De grondstoffenverklaring wordt – na aanvraag door de afvalstofhouder – aldus uitgereikt door de OVAM en moet op gezaghebbende wijze garanderen dat een bepaalde stof en/of voorwerp uit het circulaire (bedrijfs-)proces niet langer als afvalstof moet beschouwd worden.

Het behoeft weinig duiding dat dergelijk systeem zéér nuttig is in het kader van de circulaire economie, daar het aan circulaire marktspelers de gewenste zekerheid kan bieden over de afvalstatus van de door hen ingezamelde en vervolgens verwerkte materialen.

### *1.2.2. In concreto: een doorvertaling naar de weerhouden cases*

29. In de weerhouden cases van HRVST en Rotor (nr. 164 – 178 – 179) werden meermaals vragen naar voren geschoven omtrent de einde-afvalstatus van de ingezamelde en vervolgens verwerkte materialen.

Dit gezien in géén van de weerhouden cases reeds specifieke einde-afvalcriteria werden vastgesteld door de Europese of regionale regelgever, zodat deze circulaire marktspelers steeds zelf de beoordelingen moeten maken of er al dan niet (i) sprake is van een “nuttige toepassing” van afvalstoffen en (ii) hun (bedrijfs-)proces de toets aan de criteria van artikel 36 en 37 Materialendecreet kan doorstaan.

De ongebruikte jeans die HRVST inzamelt en vervolgens aanwendt als grondstof voor de productie van nieuwe jeans: kwalificeert dit verwerkings- en productieproces als een “nuttige toepassing” van de ongebruikte jeans, waarbij eveneens voldaan is aan de generieke criteria van artikel 36 en 37 Materialendecreet?

---

<sup>61</sup> Art. 2.4.1.1 e.v. VLAREMA.

<sup>62</sup> <https://www.ovam.be/veelgestelde-vragen-en-antwoorden-over-grondstoffen#watiseengrondstofverklaring>.

30. Nopens de einde-afvalstatus van gerecupereerde bouwmaterialen door ROTOR werden in de rechtsleer reeds volgende aanwijzingen aangereikt teneinde te besluiten dat deze herwonnen materialen – in beginsel – niet meer zouden kwalificeren als “afvalstof” in de zin van artikel 3, 1° Materialendecreet<sup>63</sup>:

- De herwonnen materialen vertegenwoordigen een economisch voordeel in hoofde van de circulaire marktpeler (bv. ingevolge doorverkoop);
- De herwonnen materialen vereisen géén langdurige opslag, zodanig dat geen ongunstige effecten op het milieu of de menselijke gezondheid worden veroorzaakt;
- Er kan (al dan niet) een overeenkomst worden afgesloten omtrent het verdere gebruik van de herwonnen materialen ten behoeve van het specifieke doel waarvoor ze werden herwonnen;
- Er bestaat een bloeiende markt voor herwonnen bouwmaterialen, gezien deze momenteel (o.m.) meerdere gespecialiseerde ondernemers telt die inzetten op de commercialisatie van herwonnen bouwmaterialen (cfr. [www.opalis.be](http://www.opalis.be));
- De herwonnen materialen voldoen aan dezelfde technische voorschriften en geldende wetgeving en normen als de overige (gelijkaardige) materialen op de markt;

## 2. (MOGELIJKE) OPLOSSINGEN BINNEN HET HUIDIGE KADER VAN DEFINITIES

31. In het vorige onderdeel stelden we vast dat de circulaire marktspelers zich – samen met de ontstentenis van specifieke criteria betreffende de einde-afvalstatus en de moeizame beoordeling hiervan – voornamelijk belemmerd zien door een onduidelijke / te ruime / te abstracte definiëring van de cruciale begrippen “afvalstof” (meer in bijzonder het begripsonderdeel “zich ontdoen”) en “nuttige toepassing”.

Deze onduidelijkheid blijkt in de praktijk één van de grootste juridische obstakels te vormen voor de transitie naar een circulaire economie. Marktspelers die bereid zijn te werken met secundaire grondstoffen, weerhouden zich hier niet zelden van uit angst voor een kwalificatie als afvalverwerker.

Vasthoudend aan de huidige definities van “afvalstof” en “nuttige toepassing” lijken de (mogelijke) oplossingen voor de geschetste (rechts-)onzekerheid binnen de bestaande regelgeving evenwel niet legio...

---

<sup>63</sup> S. SEYS en L. BILLIET, *Extraire les matériaux réutilisables de bâtiments publics*, 2016, [http://www.vademecum-reuse.org/Vademecum\\_analyse\\_juridique-Rotor.pdf](http://www.vademecum-reuse.org/Vademecum_analyse_juridique-Rotor.pdf), 24.

32. Met betrekking tot het afvalstoffenbegrip werd – in het kader van de herziening van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen – (o.m.) voorgesteld het kwestieuze begripsonderdeel “zich ontdoen” te verduidelijken, zonder daarbij te raken aan het begrip “afvalstof” zelf. Voorgesteld werd om een aanvullende bepaling op te nemen in de regelgeving volgens dewelke er geen sprake zou zijn van “zich ontdoen” – en derhalve evenmin van een “afvalstof” – wanneer voldaan aan drie navolgende voorwaarden:<sup>64</sup>

- Het verdere gebruik van de stof of het voorwerp is zeker;
- Het verdere gebruik is rechtmatig;
- Het verdere gebruik van de stof of het voorwerp vermindert de totale impact van het gebruik van hulpbronnen en verbetert de efficiëntie van dergelijk gebruik;

Aangezien deze voorwaarden qua bewoording rechtstreeks werden afgeleid uit de Kaderrichtlijn Afvalstoffen, werd overwogen dat geen afbreuk zou gedaan worden aan het acquis van de Kaderrichtlijn en nog steeds beroep kon gedaan worden op de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>65</sup>

33. Tot slot werd met betrekking tot het begrip “nuttige toepassing” – in de nog te implementeren wijziging van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen – voorzien in een bijkomende categorisering door volgende subcategorieën van handelingen van “nuttige toepassing” in te voegen in de regelgeving (cfr. “hergebruik” en “recycling”):

*“15bis “materiaalterugwinning”: andere handeling voor nuttige toepassing dan de terugwinning van energie en de herverwerking tot materialen die bestemd zijn om te worden gebruikt als brandstoffen of andere middelen voor het opwekken van energie. Daartoe behoren onder meer voorbereiding voor hergebruik, recycling en opvulling”<sup>66</sup>*

*“17bis “opvulling”: handeling voor nuttige toepassing waarbij niet-gevaarlijk afval wordt gebruikt voor het herstel van uitgegraven terreinen of voor civieltechnische toepassingen bij de landschapsaanleg. Afval dat wordt gebruikt voor opvulling moet dienen ter vervanging van niet-afvalmaterialen, geschikt zijn voor de voornoemde doelen en worden beperkt tot de hoeveelheid die strikt noodzakelijk is om deze doelen te bereiken”<sup>67</sup>*

---

<sup>64</sup> COMMISSIE DUURZAAMHEIDSVRAAGSTUKKEN BIOMASSA (NL), “Advies Afval: duurzaam gebruik en beheer van biomassaströmen”, 2016, <http://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2016/02/advies-afval-duurzaam-gebruik-en-beheer-van-biomassaströmen.pdf>, 42.

<sup>65</sup> J. TIEMAN, “Afval of grondstof in een circulaire economie – op zoek naar meer rechtszekerheid”, in VERENIGING VOOR MILIEURECHT, Met recht naar een circulaire economie, Den Haag, Boom Juridisch, 2017, 46-48.

<sup>66</sup> Art.1, 3), f) Richtlijn van 30 mei 2018 (2018/851) tot wijziging van Richtlijn 2008/98/EG betreffende afvalstoffen.

<sup>67</sup> Art.1, 3), g) Richtlijn van 30 mei 2018 (2018/851) tot wijziging van Richtlijn 2008/98/EG betreffende afvalstoffen.

34. Vraag is echter of voorschreven (i) niet weerhouden verduidelijking van het begripsonderdeel “zich ontdoen” en (ii) weerhouden toevoegingen inzake het begrip “nuttige” toepassing, weldegelijk tegemoet kunnen komen aan de geschetste (rechts-)onzekerheid.

Teneinde een verhoogde duidelijkheid-/rechtszekerheid te (kunnen) bieden over de afvalstatus van bepaalde stoffen en/of voorwerpen, lijkt het – in afwachting van een voldragen wetgevende aanpassing van de kwestieuze begrippen – eerder aangewezen om de beoordeling van het afvalstatuut van een bepaalde stof en/of voorwerp weg te nemen bij de individuele marktspelers en (terug) in handen te geven van de overheid. In gelijkaardige zin stelden ook C. BACKES en J. TIEMAN het volgende:

*“(…) de tijd is aangebroken dat niet langer de rechter maar de wetgever en het bestuur het voortouw nemen bij de afbakening van afvalstoffen ten opzicht van ‘normale’ grondstoffen. Volgens Tieman is het vooral nodig dat de wetgever en het bestuur de rechtspraktijk meer duidelijkheid geven (...)”<sup>68</sup>*

35. Bij gebreke aan / in afwachting van een (Europees) regelgevend optreden op de geïdentificeerde knelpunten, lijkt het uitgangspunt voor een oplossing, binnen het bestaande regelgevende kader, dan ook in handen van de (uitvoerende) overheid gelegd te moeten worden en dit mits respect voor de beperkte speelruimte die de vigerende afvalstoffenreglementering ter zake biedt.

*Prima facie* kan hiervoor het (Vlaams) systeem der grondstoffenverklaringen als nuttig richtsnoer dienen.

---

<sup>68</sup> C. BACKES en J. TIEMAN, “Inleiding”, in VERENIGING VOOR MILIEURECHT, Met recht naar een circulaire economie, Den Haag, Boom Juridisch, 2017, 10.

## 2.1. Kwalificatie als “afvalstof” – uitbreiding van systeem der grondstoffenverklaringen

### 2.1.1. Bijkomende (aanzetten tot) oplossing ter invulling van het begripsonderdeel “zich ontdoen”

36. Ingevolge de subjectieve aard van het begripsonderdeel “zich ontdoen” *kunnen* heden alle stoffen en/of voorwerpen onderwerp uitmaken van een kwalificatie als “afvalstof”, wanneer de houder zich hiervan ontdoet/wil ontdoen/moet doen ontdoen.

Hoewel het Europese Hof van Justitie heeft geopperd dat nationale lijsten van stoffen en/of voorwerpen die nooit afvalstoffen kunnen zijn, onverenigbaar zijn met de Kaderrichtlijn Afvalstoffen, verhindert niets de vaststelling van nationale – meer geconcretiseerde – lijsten van handelingen waaraan het vermoeden wordt verbonden dat de houder in deze gevallen de intentie heeft zich te ontdoen van een stof en/of voorwerp. Meer dan de loutere integratie van Bijlage I en II Kaderrichtlijn Afvalstoffen in de Vlaamse regelgeving zou daartoe een nadere concretisering hiervan overwogen kunnen worden op basis van de vaststaande praktijken en vaststaande rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en de nationale rechtscolleges.

In voorkomend geval zouden deze Vlaamse indicatieve lijsten van handelingen – gelet de nuancerende rechtspraak van het Europese Hof van Justitie – een (betere/meer concrete) indicatie kunnen vormen voor de circulaire marktspelers omtrent de (al dan niet) afvalstatus van hun stoffen en/of voorwerpen.

37. Daarnaast lijkt de (rechts-)zekerheid omtrent het begripsonderdeel “zich ontdoen” tevens verhoogd te kunnen worden door dit subjectieve beoordelingselement (enigszins) te objectiveren. Zo kan overwogen worden de intenties van de (initiële) houder van een bepaalde stof en/of voorwerp te veruitwendigen in een overeenkomst die wordt afgesloten met de circulaire marktspeler (die zijn stof en/of voorwerp recupereert).<sup>69</sup>

In deze overeenkomst kunnen alsdan – al dan niet op gestandaardiseerde wijze – de feitelijke omstandigheden uiteengezet worden, evenals de motieven van de houder, met name dat deze zich niet “ontdoet” van een stof en/of voorwerp maar deze, zonder daartoe verplicht te zijn, overdraagt aan de circulaire marktspeler omwille van het daaraan verbonden economisch voordeel (bv. aankoop prijs), de gunstige milieueffecten, ...

Deze motivering kan desgewenst afgestemd worden op een – op te stellen – indicatieve lijst van handelingen waaraan het vermoeden wordt verbonden dat de houder in deze gevallen niet de intentie heeft zich te ontdoen van een bepaalde stof en/of voorwerp.

38. Niettegenstaande bovenstaande twee voorstellen aanvullende richtsnoeren kunnen bieden voor de circulaire marktspelers, dient vastgesteld dat in beide gevallen de uiteindelijke beoordeling of een hen betreffende stof en/of voorwerp ressorteert onder het afvalstoffenbegrip, nog steeds berust in eigen hoofde. Zulks werd echter

---

<sup>69</sup> Zie hiervoor ook S. SEYS en L. BILLIET, *Extraire les matériaux réutilisables de bâtiments publics*, 2016, [http://www.vademecum-reuse.org/Vade-mecum\\_analyse\\_juridique-Rotor.pdf](http://www.vademecum-reuse.org/Vade-mecum_analyse_juridique-Rotor.pdf), 2 e.v.

geïdentificeerd als datgene met een verlamvend/belemmerend effect voor het ontplooiën van circulaire activiteiten.

Daarenboven lijkt ook de voorgestelde overeenkomst weinig – externe – rechtszekerheid met zich mee te brengen. *Prima facie* lijkt een overeenkomst tussen de houder van de stof en/of voorwerp enerzijds en de circulaire marktspeler anderzijds niet meer te kunnen zijn dan een loutere aanwijzing inzake de afvalstatus en dit (o.m.) gelet de *inter partes* geldingskracht ervan. In voorkomend geval lijkt het dan ook moeilijk dat de overeenkomst met overtuigingskracht zou kunnen tegengeworpen worden aan (bv.) de milieu-inspectie.

Een (tweesporen) controlesysteem in hoofde van een overheid lijkt zich – met het oog op een verhoging van de rechtszekerheid voor de circulaire marktspelers – op te dringen binnen het huidige regelgevende kader.

### *2.1.2. Een uitbreiding van het systeem der grondstoffenverklaringen*

39. In essentie voorziet de Vlaamse afvalstoffenreglementering momenteel reeds in een mechanisme dat – in afwachting van een aanpassing van het afvalstoffenbegrip – afdoende rechtszekerheid kan bieden voor de circulaire marktspelers omtrent de afvalstatus van de hen betreffende stoffen en/of voorwerpen: het systeem van de grondstoffenverklaringen.

Overeenkomstig het VLAREMA kan/moet voor een specifiek materiaal dat wordt geproduceerd door een specifieke producent, en waarvoor een specifieke toepassing wordt beoogd, een grondstoffenverklaring worden aangevraagd, waarbij het de OVAM zelf is die – als gezaghebbende kennisinstantie ter zake – beoordeelt of betrokken stof en/of voorwerp moet gekwalificeerd worden als een “afvalstof” en dit na toetsing aan de definitie van “afvalstof” en de criteria in artikel 36 en 37 Materialendecreet.

40. Waar het systeem van de grondstoffenverklaringen momenteel evenwel beperkt blijkt tot de einde-afvalstatus van een bepaalde stof en/of voorwerp en in bepaalde gevallen eveneens facultatief van aard is, lijkt niets te verhinderen dit beoordelingsproces van overheidswege door te trekken naar de initiële beoordeling of een bepaalde stof en/of voorwerp gevat wordt door de afvalstoffendefinitie doordat de houder zich er (al dan niet) van ontdoet in de zin van artikel 3, 1° Materialendecreet.

Door de beslissing betreffende de initiële (afval-)status van een stof en/of voorwerp bij de bevoegde overheidsinstantie te leggen (en niet langer bij de marktspelers zelf), wordt op – gezaghebbende – wijze de gewenste rechtszekerheid gegarandeerd voor deze circulaire marktspelers.

41. Teneinde (i) de administratieve last voor de circulaire marktspelers en (ii) de bijkomende werklast voor de OVAM in te perken, kan overwogen worden deze uitbreiding te ontwerpen als een (facultatief dan wel verplicht) tweesporensysteem (dat al dan niet beperkt blijft tot de marktspelers van de circulaire economie):

- Meldingsplicht of -mogelijkheid (met wachttermijn): (ook) binnen een circulaire economie zijn meerdere marktspelers aanwezig met een gelijkaardig/identiek marktopzet (al dan niet als concurrenten) inzake de recuperatie van stoffen en/of voorwerpen.

Thans zouden de (bedrijfs-)processen waarvoor de OVAM in het verleden reeds grondstoffenverklaringen heeft afgeleverd – met vermelding van de inhoud van de verklaring, minstens de conclusie en (evt.) opgelegde voorwaarden – opgenomen kunnen worden in een tool/overzichtslijst dewelke - al dan niet onder bepaalde beperkende voorwaarden - kan geraadpleegd worden door bepaalde (circulaire) marktspelers in abstracte termen<sup>70</sup>.

Wanneer een marktspeler alsdan een nieuw (circulair) (bedrijfs-)proces zou ontplooien op de markt hetwelk – na raadpleging van de overzichtslijst – gelijkaardig/identiek blijkt te zijn aan een (bedrijfs-)proces waarvoor de OVAM reeds een grondstoffenverklaring heeft afgeleverd, zou deze nieuwe speler afdoende rechtszekerheid kunnen verkrijgen over de hem betreffende stoffen en/of voorwerpen via een beperkte(re) aangifte van het nieuwe (bedrijfs-)proces bij de bevoegde overheidsinstantie – geënt op de huidige aanvraag van een grondstoffenverklaring en met vermelding van het precedent waarop gesteund wordt – waarna een beperkte wachttermijn in acht wordt genomen, alvorens het nieuwe (bedrijfs-)proces aan te vangen in de praktijk.

Wanneer de bevoegde overheidsinstantie, na beperkte(re) aangifte beslist om niet op te treden binnen de beperkte wachttermijn, kan de (circulaire) marktspeler – op rechtens aanvaardbare wijze - aannemen dat zijn gelijkaardig/identiek (bedrijfs-)proces onderworpen is aan dezelfde conclusies, en desgevallend voorwaarden, als in het opgegeven precedent.

- Toelaatbaarheidsplicht of -mogelijkheid: wanneer bij de opstart van een nieuw (circulair) (bedrijfs-)proces geen gelijkaardige/identieke (bedrijfs-)processen kunnen ontwaard worden in de digitale tool-/overzichtslijst van reeds afgeleverde grondstoffenverklaringen, dient een volledig aanvraag- en beoordelingsproces doorlopen te worden opdat afdoende rechtszekerheid kan verkregen worden omtrent de afvalstatus van de betrokken stoffen en/of voorwerpen.

Voor deze aanvraag- en beoordelingsprocedure zou in grote mate kunnen teruggevallen worden op de huidige procedure voor het verkrijgen van een grondstoffenverklaring, zoals in hoofdstuk 2, afdeling 2.4 VLAREMA, waaraan (evt.) zou kunnen toegevoegd worden dat slechts aanvang kan genomen worden met

---

<sup>70</sup> Raadpleging zou in dit systeem mogelijk moeten zijn zonder dat hierbij bepaalde bedrijfsgeheimen of intellectueel beschermende bedrijfsprocessen in het gedrang worden gebracht.



het nieuwe (bedrijfs-)proces ná ontvangst van de gemotiveerde grondstoffenverklaringen vanwege de bevoegde overheidsinstantie.

Desgevallend zou onderhavige toelaatbaarheidsplicht eveneens kunnen voorschreven worden (i) op straffe van een boete en/of (ii) op straffe van een hogere boete wanneer géén grondstoffenverklaring werd aangevraagd doch achteraf is komen vast te staan dat de eigen inschatting over de afvalstatus van de betrokken stoffen en/of voorwerpen incorrect is.

Door te voorzien in dergelijk (facultatief of verplicht) tweesporensysteem lijkt in afdoende mate rechtszekerheid geboden te kunnen worden aan de (circulaire) marktspelers omtrent de invulling van het begripsonderdeel “zich ontdoen” zonder dat hiermee een buitensporige administratieve en/of werklast wordt gecreëerd in hoofde van de betrokken marktspelers resp. de beoordelingsbevoegde overheidsinstantie.

## **2.2. Verlies van het predicaat “afvalstof” – herdenking van systeem der grondstoffenverklaringen?**

### *2.2.1. Bijkomende (aanzetten tot) oplossing ter invulling van de “einde-afvalfase”*

42. Niet alleen het afvalstoffenbegrip is omsluiert met een gebrek aan rechtszekerheid. Ook de invulling van het begrip “nuttige toepassing” blijkt in het kader van de einde-afvalfase meermaals voor onduidelijkheden te zorgen ingevolge een te ruime/abstracte – en bovendien schijnbaar subjectieve – draagwijdte.

Analoog aan de voorgestelde indicatieve lijsten betreffende het begripsonderdeel “zich ontdoen”, zou om die reden overwogen kunnen worden eveneens indicatieve lijsten in de Vlaamse afvalstoffenreglementering te implementeren van handelingen waaraan het vermoeden van nuttige toepassing wordt gekoppeld. Dit al dan niet naar voorbeeld van Bijlage II Kaderrichtlijn Afvalstoffen.

In voorkomend geval kunnen deze indicatieve lijsten van handelingen een eerste indicatie vormen voor de circulaire marktspelers omtrent de (al dan niet) einde-afvalstatus van de hen betreffende stoffen en/of voorwerpen.

43. Voorts bleek, bovenop de concrete invulling van het begrip “nuttige toepassing”, ook de vaststelling van de einde-afvalstatus uiterst onzeker voor de circulaire marktspelers in de gevallen waarin (i) géén specifieke criteria zijn vastgesteld en (ii) evenmin een grondstoffenverklaring als vereiste is voorgeschreven.

Dienvolgens lijkt het vanzelfsprekend dat een grotere rechtszekerheid betreffende de einde-afvalstatus van bepaalde stoffen en/of voorwerpen in hoofde van de circulaire marktspelers kan worden bewerkstelligd middels een vaststelling – op Vlaams niveau – van dergelijke criteria voor meerdere afvalstromen dan degene die momenteel zijn voorzien in de afvalstoffenregelgeving.

In bovenvermelde zin voorziet art. 3, 6), b) Richtlijn van 30 mei 2018 (2018/851) tot wijziging van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen er alvast in dat in art. 6, 3<sup>de</sup> lid Kaderrichtlijn Afvalstoffen in volgende bewoording de uitdrukkelijke bevoegdheid wordt ingeschreven voor de lidstaten om specifieke criteria vast te stellen:

*“Indien geen criteria op het niveau van de Unie zijn vastgesteld overeenkomstig de in lid 2 vastgestelde procedure, kunnen de lidstaten gedetailleerde criteria vaststellen voor de toepassing van de in lid 1 vastgelegde voorwaarden op bepaalde soorten afval. Die gedetailleerde criteria houden rekening met eventuele nadelige effecten voor het milieu en de menselijke gezondheid van de stof of het voorwerp en zijn in overeenstemming met in lid 2, onder a) tot en met e), vastgelegde vereisten.”*

44. Niettegenstaande bovenstaande voorstellen aanvullende richtsnoeren kunnen bieden voor de circulaire marktspelers, berust in beide gevallen de uiteindelijke beoordeling of een hen betreffende stof en/of voorwerp de einde-afvalfase (al dan niet) heeft bereikt, nog steeds in eigen hoofde wanneer geen Europese of regionale einde-afvalcriteria zijn vastgesteld.

Om die reden kan overwogen worden het systeem der grondstoffenverklaringen enerzijds verplichtend te maken doch anderzijds te vereenvoudigen in de vorm van het voorschreven tweesporensysteem.

### ***2.2.2. Een herdenking-/vereenvoudiging van het systeem der grondstoffenverklaringen***

45. Zoals vastgesteld voorziet de Vlaamse afvalstoffenreglementering momenteel reeds in het mechanisme van de grondstoffenverklaringen opdat circulaire marktspelers afdoende rechtszekerheid kunnen verkrijgen of een hen betreffende stof en/of voorwerp de einde-afvalfase (al dan niet) heeft bereikt.

Thans zou dit systeem herdacht kunnen worden conform voorschreven tweesporensysteem. Net zoals voor de vaststelling of een stof en/of voorwerp gevat wordt door de afvalstoffendefinitie, zou voor de vaststelling of een bepaalde stof en/of voorwerp de einde-afvalfase heeft bereikt, gewerkt kunnen worden met (i) een meldingsplicht of -mogelijkheid (met wachttermijn) en (ii) een toelaatbaarheidsplicht of -mogelijkheid.

In het licht van de bescherming van de volksgezondheid kan het hierbij aangewezen voorkomen dit tweesporensysteem, meer in het bijzonder het beschikken over een grondstoffenverklaring, steeds verplichtend voor te schrijven in het kader van de circulaire economieprojecten en dit gezien in dit verband veelal met (initiële) afvalstoffen zal gewerkt worden.

### **2.3. Caveat: een uitgebreid-/herdacht systeem der grondstoffenverklaringen is niet zaligmakend!**

46. Hoewel het de gewenste (rechts-)zekerheid bij de invulling van het begripsonderdeel “zich ontdoen” en de “einde-afvalfase” lijkt te kunnen verhogen, blijkt de geschetste uitbreiding-/herdenking van het systeem der

grondstoffenverklaring evenmin zaligmakend. Samen met een bijkomende (administratieve) werklust voor OVAM en de circulaire marktspelers<sup>71</sup> blijken er meerdere praktische bezwaren en knelpunten te rijzen met betrekking tot het systeem der grondstoffenverklaringen.

Eén van de voornaamste blijkt gelegen te zijn in de REACH- en/of CLP-verplichtingen, waaraan (o.m.) kunststofrecyclaten moeten voldoen ingeval deze hergebruikt willen worden als grondstoffen. Afgezien van de overweging dat deze reglementering vaak ervaren wordt als complex, is gebleken dat een recycleur in vele gevallen over onvoldoende informatie beschikt inzake de samenstelling van zijn materiaal<sup>72</sup>.

Overwegende dat labo-onderzoeken duur in kostprijs en vaak onbruikbaar zijn om een bepaald materiaal tot op stofniveau te analyseren, wordt het regelmatig als onhaalbaar beschouwd te (kunnen) voldoen aan de REACH- en/of CLP-verplichtingen, met voor gevolg dat er niet zelden (bewust) voor gekozen wordt om een bepaalde materiaal-/stof in de afvalfase te behouden.

47. Meer zelfs, ook ingeval (bewust) uit de afvalfase wil getreden worden, is het voor OVAM meer dan eens onmogelijk gebleken om een grondstofverklaring af te (kunnen) leveren gezien de recycleur van de stof-/materiaal niet steeds op de hoogte is van de precieze toepassing-/bestemming waarin de secundaire grondstof zal toegepast worden. Nochtans is deze bestemming determinerend voor de eisen die gesteld worden op vlak van (bv.) veiligheid en toxiciteit.

De producent die het recyclaat wenst in te zetten, zal in voorkomend geval minutieus moeten overleggen met de recycleur over de kenmerken van het recyclaat en of deze voldoen voor de toepassing die de producent voor ogen heeft. Hoewel dergelijke ketensamenwerking (momenteel) minder gebruikelijk voorkomt, lijkt een samenwerking tussen marktspelers kennelijk noodzakelijk in de (circulaire) toekomst.

48. In de gegeven omstandigheden behoeft het weinig duiding dat een (evt. uitgebreid-/herdacht) systeem van grondstoffenverklaringen weinig soelaas kan brengen. Uit het oog mag niet verloren worden dat één van de belangrijkste factoren die het succes van (de transitie naar) een circulaire economie zullen bepalen gelegen is in de mate van (vrijwillige) participatie van alle betrokkenen in de markt. Teneinde ook dit menselijke kapitaal mee te krijgen als (grootste) katalysator van een circulaire economie, lijkt het noodzakelijk in te zetten op (i) een brede(re) sensibilisering en (ii) een harde(re) handhaving aan de bron, al dan niet samen met een uitbreiding-/herdenking van het systeem der grondstoffenverklaringen.

---

<sup>71</sup> De idee is een grondstoffenverklaring (enkel) in te zetten in gevallen wanneer dit volgens de wetgeving vereist is.

<sup>72</sup> T. DE RÖMPH en G. VAN CALSTER, "REACH in a circular economy: The obstacles for plastics recyclers and regulators", *RECIEL* 2018, 267-277.

49. Zelfs ingeval een uitbreiding-/herdenking van het systeem der grondstoffenverklaringen in Vlaanderen op een succesvolle manier kan verwezenlijkt worden, lijkt zulks echter nog steeds bepaalde risico's te bergen voor de regio-en/of grensoverschrijdende verhandeling van materialen-/stoffen.

Behalve de administratielast voor bedrijven, die ervoor kan zorgen dat stromen niet aangeboden worden voor recycling, zijn er immers kritische geluiden te horen over verschillen in interpretatie en handhaving van de afvalstoffenreglementering in onderscheiden Europese landen. Deze verschillen zouden een ongelijk speelveld bewerkstelligen en (o.m.) tot gevolg hebben dat een materiaal-/stof wel of niet kwalificeert als afval resp. de einde-afvalfase heeft bereikt al naargelang de regio-/land waarin het zich bevindt.<sup>73</sup>

Daarbij is het eveneens relevant te wijzen op de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA), dewelke het grensoverschrijdend transport van afvalstoffen regelt en in kader van de transitie naar een circulaire economie vaak wordt genoemd als belemmering voor de internationale handel van waardevolle secundaire grondstoffen.

50. Samen met een oproep om het afvalstoffenbegrip op Europees niveau te herdefiniëren, lijkt het aldus aangewezen in de richting van een uniform (Europees) systeem inzake de "einde-afvalfase" te evolueren. Waar Vlaanderen in dit verband een (vnl. facultatief) systeem van grondstofverklaringen uitwerkte, hanteert men in Frankrijk een *sui-generis* systeem gebaseerd op verkoopcontracten, werkt men in Groot-Brittannië met een "vermoeden van (secundaire) grondstof" dat het afvalstatuut opnieuw verwerft wanneer er binnen bepaalde grenzen geen hergebruik optreedt, ...

Eenzelfde probleem stelt zich bovendien ook binnen België zelf stelt, waar de interpretatie en invulling van het begripsonderdeel "zich ontdoen" en de "einde-afvalfase" kan variëren al naargelang de Vlaamse, Waalse en/of Brusselse regio's (waar men evenmin beschikt over een uitgewerkt systeem van grondstofverklaringen).

Samen met interne uitbreiding-/herdenking van het systeem der grondstofverklaringen, lijkt het – al dan niet in afwachting van een herdefiniëring van het afvalstoffenbegrip – noodzakelijk te werken aan een interne en externe harmonisering van de interpretatie en handhaving van de afvalstoffenreglementering wil de voorgenomen transitie naar een circulaire economie alle kans op slagen worden geboden.

In dit verband kan (bv.) gedacht worden aan de ontwikkeling van een (systeem van) verplichte Europese grondstofverklaring, een onderlinge erkenningsregeling waarbij de lidstaten elkaars (onderscheiden) interpretatie en beoordeling van het afvalstatuut erkennen (binnen bepaalde grenzen), ...

### 3. EUROPESE REGELGEVER AAN ZET – WACHTEN OP GODOT (?)

---

<sup>73</sup> RAAD VOOR DE LEEFOMGEVING EN INFRASTRUCTUUR (RLI), *Circulaire economie. Van wens naar uitvoering*, 2015, [http://www.rli.nl/sites/default/files/rli028-1\\_wtk\\_advies\\_circ\\_eco\\_interactief\\_2.pdf](http://www.rli.nl/sites/default/files/rli028-1_wtk_advies_circ_eco_interactief_2.pdf), 78-79; I. SLOOVER en K. KLOOTWIJK, *Juridische handreiking Duurzame Energie en Grondstoffen Waterschappen*, 2014, [www.uvl.nl](http://www.uvl.nl), 47.

51. Uit het voorgaande onderdeel kan blijken dat de mogelijkheden teneinde de rechtszekerheid binnen het bestaande kader van definities te vergroten, geenszins legio zijn.

Enkel door de beslissing omtrent (i) de initiële afvalstatus en (ii) de verdere einde-afvalstatus van een bepaalde stof en/of voorwerp in handen van een bevoegde overheidsinstantie te leggen, lijkt in het huidige kader voldoende rechtszekerheid te kunnen worden geboden aan de circulaire marktspelers (mits deze zelf ook de nodige bereidwilligheid aan de dag wensen te leggen).

Onverminderd het voorgestelde tweesporensysteem, zal dergelijke beslissingsbevoegdheid echter meer administratieve lasten en meer werklasten opleveren en dit zeker indien de herdachte grondstoffenverklaring in beide beoordelingsfasen verplichtend zou worden voorgeschreven.

52. Opdat meer rechtszekerheid zou kunnen ontstaan, zonder de nood aan een gezaghebbende beslissing van overheidswege, dringt zich aldus een (nieuw) wetgevend initiatief op Europees niveau op waarbij meerdere van de bestaande definities (“afvalstof”, “nuttige toepassing”, “hergebruik”, ...) worden gewijzigd en (beter) op elkaar worden afgestemd.

In dit verband werd reeds overwogen om niet langer te spreken over “zich ontdoen” en “nuttige toepassing”, doch wel over “afdanking” en “terugwinning” en vanuit de idee dat deze termen beter zouden aansluiten bij de Engelse taalversie van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen. In tegenstelling tot het meer neutrale “zich ontdoen” en “nuttige toepassing” zouden de voorgestelde, alternatieve begrippen immers meer ‘geladen’ zijn.<sup>74</sup>

Verder werd eveneens al geopperd af te stappen van de subjectieve invulling van het afvalstoffenbegrip en meer aan te sluiten bij het afvalstoffenbegrip van het Verdrag van Bazel, waarin de term “houder” niet voorkomt. Door deze term achterwege te laten, wordt duidelijk dat er geen sprake meer zou zijn van een afvalstof wanneer de houder stoffen en/of voorwerpen niet langer zou gebruiken, doch enkel indien ze worden “afgedankt” en uit de economische keten dreigen weg te lekken.

53. Uitgezonderd een (beperkte) aanpassing inzake het begrip “bijproduct” (nl. via wijziging van art. 5 Kaderrichtlijn Afvalstoffen in 2018) én niettegenstaande meerdere voorstellen, werden tot op heden géén regelgevende wijzigingen weerhouden met betrekking tot de invulling van de aangehaalde rechtsonzekere begrippen in de afvalstoffenreglementering.

---

<sup>74</sup> J. TIEMAN, “Afval of grondstof in een circulaire economie – op zoek naar meer rechtszekerheid”, in VERENIGING VOOR MILIEURECHT, Met recht naar een circulaire economie, Den Haag, Boom Juridisch, 2017, 62.

Ondanks de gekende moeilijkheden, wordt ook in de Richtlijn van 30 mei 2018 (2018/851) tot wijziging van de Kaderrichtlijn Afvalstoffen niet geraakt aan (o.a.) het afvalstoffenbegrip noch ingezet op een (verdere) harmonisering van de interpretatie en/of handhaving van de afvalstoffenreglementering.

Thans lijkt het wachten op een initiatief van de Europese wetgever op dit vlak dan ook eerder op wachten op Godot...

## DEEL 2 – DUURZAME/CIRCULAIRE OVERHEIDSOPDRACHTEN

54. Zoals aangehaald in deel 1, zet het Vlaams Gewest sinds enkele jaren volop in op (o.m.) een duurzaam materialenbeheer teneinde onze huidige lineaire economie te muteren in circulaire economie.

Daarbinnen komt ook het verduurzamen van overheidsopdrachten naar voren als één van de speerpunten van de transitie naar een circulaire economie. Zo formuleerde de Vlaamse regering diverse doelstellingen rond duurzame overheidsopdrachten in het Vlaams plan overheidsopdrachten.<sup>75</sup> Uitgangspunt is het effectief en efficiënt inzetten van overheidsopdrachten teneinde een bijdrage te leveren aan (o.m.) de transitie naar een circulaire economie door een streefwaarde van 100% duurzame overheidsopdrachten en 3% innovatieve overheidsopdrachten voorop te stellen tegen 2020.

Ook op niveau van de lokale besturen zijn er verschillende steden en gemeenten (zoals Antwerpen<sup>76</sup> en Gent<sup>77</sup>) die een actieplan duurzame overheidsopdrachten hebben opgesteld. Overkoepelend werd er binnen de VVSG een Steunpunt Duurzame Overheidsopdrachten opgericht.<sup>78</sup>

55. Overwegende dat de transitie naar een circulaire economie eensdeels aldus begint bij circulair aanbesteden/aankopen, wordt vanuit de voorbeeldfunctie en sturende rol van de overheden reeds enige tijd ingezet op duurzame aanbesteding-/aankoopprocessen, dewelke recent werden doorvertaald tot de circulariteit. De redenen voor deze verduurzaming van de aanbesteding-/aankoopprocessen blijken *prima facie* drieledig<sup>79</sup>:

- Financieel: voor een correcte prijsberekening bij het circulair aanbesteden/aankopen lijkt het nuttig om gebruik te maken van een berekening op basis van de zgn. *Total Cost of Use* (TCU) of *Total Cost of Ownership* (TCO).<sup>80,81</sup> Gezien men hierbij rekening houdt met het gebruik en de impact van het product of dienst gedurende diens levensduur, kan aangenomen worden dat het circulaire aanbesteden/aankopen gepaard kan gaan met volgende financiële voordelen:

---

<sup>75</sup> Vlaams plan overheidsopdrachten, Vlaamse Regering 2016, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/beleid-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/beleid-overheidsopdrachten).

<sup>76</sup> STAD ANTWERPEN, Actieplan duurzame overheidsopdrachten 2015-2020, goedgekeurd door het college van 26 juni 2015, [www.antwerpen.be/nl/overzicht/duurzame-stad/groen-en-water/duurzaam-aankopen-voor-de-stad](http://www.antwerpen.be/nl/overzicht/duurzame-stad/groen-en-water/duurzaam-aankopen-voor-de-stad).

<sup>77</sup> <https://stad.gent/over-gent-en-het-stadsbestuur/stadsbestuur/wat-doet-het-bestuur/uitvoering-van-het-beleid/gent-en-bestuur/gent-voorbeeldconsument>.

<sup>78</sup> VVSG: Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten. Website van het steunpunt: [www.vvsg.be/Werking\\_Organisatie/Overheidsopdrachten/Pages/Steunpunt.aspx](http://www.vvsg.be/Werking_Organisatie/Overheidsopdrachten/Pages/Steunpunt.aspx)

<sup>79</sup> X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl).

<sup>80</sup> X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl): Beide berekeningsmethoden brengen niet enkel de aanschaf- maar ook de gebruikskosten in kaart gedurende de levensfase van een product of dienst. Overwegende dat bij de inkoop vaak de inkoopprijs in rekening wordt gebracht maar niet de kosten voor het gebruik, kan een voordelige aanbieding *in fine* toch een duurdere kost zijn ingevolge het surplus aan onderhouds- en/of herstellingskosten.

<sup>81</sup> X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl): het begrip “TCO” wordt gehanteerd bij de aankoop van een product waarvan de eigendomsrechten worden verworven; het begrip “TCU” wordt gehanteerd bij de afname van een dienst, waarbij de eigendomsrechten in handen van de leverancier blijven.

- Kostenverlaging op korte termijn als gevolg van een verminderde noodzaak tot investeren enerzijds en op lange termijn ingevolge de langere levensduur van producten anderzijds;
- Duurzame “pay as a servicemodellen” ontzorgen (onverwachte) onderhoudskosten, waarbij de leverancier niet enkel verantwoordelijk is voor de goede functionering doch eveneens geprikkeld wordt om een product te ontwerpen dat langdurig goed functioneert;
- Strategisch: circulair aanbesteden/aankopen kan als instrument ingezet worden om bepaalde (beleids-)doelstellingen op vlak van circulariteit, duurzaamheid en innovatie te bereiken<sup>82</sup> én kan zorgen voor een strategische positie binnen de productieketen en/of naar het cliënteel gezien:
  - De organisatie in beginsel toekomstbestendiger kan worden ingevolge een – mogelijke – toename van het aantal / de hoeveelheid constante kosten (met een – correlerende mogelijkheid tot-afname van de variabele kosten);
  - Er een hogere leveringszekerheid kan ontstaan ingevolge de grotere transparantie die heerst binnen de productie-/consumptieketen van een circulaire economie;
- Maatschappelijk: afgezien van de inspiratie die het circulair aanbesteden/aankopen kan bieden aan de private en particuliere sector nu de overheid hiermee aantoont welke mogelijkheden de circulaire economie oplevert, geeft het circulair aanbesteden/aankopen tevens aanleiding tot een aantal maatschappelijke voordelen, dewelke relateren aan de verantwoordelijkheid van leveranciers zoals geformuleerd in de marktvraag, met name:
  - Een hogere kwaliteit én een terugname van producten kan leiden tot een reductie van afvalmateriaal, van onbenutte reststromen en van de hoeveelheid benodigde grondstoffen;
  - Het minimaliseren van het gebruik van giftige en gevaarlijke stoffen, nu deze het hergebruik van producten (of hun onderdelen) sterk kunnen belemmeren;
  - Het verminderen van de wereldwijde materiaalvraag, en daardoor een bijdrage leveren aan de reductie van geopolitieke spanningen en milieu-impact;

Tot slot is niet uitgesloten dat de overheden door bewust circulair en/of duurzaam aan te besteden de vraag naar circulaire, milieuvriendelijke en innovatieve producten substantieel kunnen vergroten nu de markt haar aanbod zal

---

<sup>82</sup> Op 3 oktober 2017 bracht de Europese Commissie hierover een mededeling uit: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>



vergroten teneinde in te gaan op de gestegen vraag (van overheidswege). Circulaire, milieubesparende en innovatieve producten zullen in grotere getalen geproduceerd en afgenomen worden, met aanzienlijke schaalvoordelen – en desgevallend prijsverminderingen – tot gevolg. Voor de particulier en de private onderneming zal deze prijsverlaging de drang om duurzaam aan te kopen fors vergroten.<sup>83</sup>

56. Hoewel diverse aanbestedende/aankopende entiteiten inmiddels hun circulaire ambities uitdrukkelijk hebben opgenomen in beleidsplannen of innovatieagenda's, blijkt het thans een (lastige) kunst om deze abstracte ambities ook om te zetten naar concrete doelstellingen en marktvragen.

Onder andere uit de weerhouden cases van (i) Stad Antwerpen – fietsbrug Berchem (nr. 14), (ii) CIRE – circulair renoveren (nr. 74), (iii) VUB – Circulair Retrofit Lab (nr. 122) en (iv) BBL – circulaire gemeente voor de toekomst (nr. 159) blijkt dat relevante marktspelers het geenszins evident vinden (i) de circulaire behoefte te identificeren en te omschrijven op een wijze dat de mededinging voldoende gevrijwaard blijft bij de circulaire aanbesteding-/aankoopprocessen, (ii) objectieve en meetbare circulaire criteria in aanbesteding-/aankoopdocumenten te integreren en (iii) het eigenaarschap af te bakenen in de contractuele fase.

Gelijkaardig aan de geïdentificeerde knelpunten met betrekking tot de afvalstoffenreglementering, blijkt uit deze vraagstellingen/knelpunten dat de transitie naar een circulaire economie niet zozeer belemmerd wordt door de overheidsopdrachtenreglementering *sensu stricto*, doch eerder door de onduidelijke/complex geachte *in concreto* toepassing ervan.<sup>84</sup>

## 1. DUURZAME/CIRCULAIRE OVERHEIDSOPDRACHTEN: WAT ZIJN DAT?

57. In eerste instantie dient vastgesteld dat “circulaire” noch “duurzame overheidsopdracht” een term is die letterlijk gehanteerd wordt in de overheidsopdrachtenreglementering. Volgens het Vlaams actieplan duurzame overheidsopdrachten dient onder het begrip “duurzame overheidsopdrachten” evenwel het volgende begrepen te worden:

*“Duurzame overheidsopdrachten is de benadering waarbij publieke overheden milieu-, sociale- en economische criteria integreren in alle fases van hun aankoopproces van leveringen, werken en diensten, en dus de verspreiding van milieubesparende technologieën, sociale innovatie en de ontwikkeling van milieu-, socio- en ethisch verantwoorde producten en diensten bevorderen, door het zoeken naar oplossingen die de minste impact op het milieu hebben gedurende hun volledige levenscyclus en sociaal en ethisch verantwoord zijn.”<sup>85</sup>*

<sup>83</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten); dit is de zgn. “hefboomfunctie” die circulaire-/duurzame overheidsopdrachten kan toegeschreven worden.

<sup>84</sup> M. VAN TWIST e.a. (eds.), *In cirkels sturen? Reflecties over de transitie van een lineaire naar een circulaire economie*, NSOB, 2015, 57 ([www.rli.nl/sites/default/files/essaybundel\\_circulaire\\_economie\\_-\\_nsob.pdf](http://www.rli.nl/sites/default/files/essaybundel_circulaire_economie_-_nsob.pdf)).

<sup>85</sup> Vlaams plan overheidsopdrachten, Vlaamse Regering 2016, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/beleid-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/beleid-overheidsopdrachten)

Uit bovenstaande omschrijving kan afgeleid worden dat een aanbestedende/aankopende overheid via het in de markt zetten van een duurzame overheidsopdracht tracht om niet enkel economische overwegingen in haar aanbesteding-/aankoopbeleid te laten meespelen, maar daarnaast ook ruimere beleidsdoelstellingen op het vlak van milieu, duurzaamheid en innovatie in acht neemt. Hierbij wordt rekening gehouden met een drietal pijlers van duurzame ontwikkeling, zijnde:

- 1) De (grotere) bescherming van het leefmilieu en vermindering van de ecologische voetafdruk van de overheidsconsumptie;
- 2) het aanmoedigen van waardig werk, werkvoorwaarden en groene jobs;
- 3) het verbeteren van de kwaliteit van de economische groei, de competitiviteit van de bedrijven en de voorwaarden voor mededinging via de creatie van een level-playing field dat voldoende bedrijven de mogelijkheid biedt om mee te dingen naar overheidsopdrachten.

De vraag naar hetgeen financieel het meest goedkope voorkomt, is derhalve niet (langer) het enige criterium. De aanbestedende/aankopende overheid wenst ook een voorbeeldconsument te zijn en de markt te bewegen tot het aanbieden van meer groene, sociale, ethische en innovatieve producten en diensten.<sup>86</sup>

58. Thans evolueert voormeld denken over en streven naar duurzame overheidsopdrachten meer en meer in de richting van circulair aanbesteden/aankopen en dit zowel op Europees als Vlaams vlak. In de brochure van de Europese Commissie betreffende het gebruik van overheidsopdrachten voor een circulaire economie, wordt circulair aanbesteden/aankopen omschreven als een manier om overheidsopdrachten te “vergroenen”, waarbij de overheid een prominente (voortrekkers-)rol toekomt:

*“Het proces waarbij overheden werken, leveringen of diensten aankopen die bijdragen aan gesloten energie- en grondstoffenkringlopen binnen de distributieketens, waarbij negatieve impact op het leefmilieu en afvalproductie gedurende de volledige levenscyclus ingeperkt en in het beste geval vermeden wordt.”<sup>87</sup>*

Circulair aanbesteden/aankopen gaat in essentie om overheidsopdrachten, die gericht zijn op een maximale herbruikbaarheid van producten en grondstoffen en een minimaal waardeverlies. Circulariteit valt in die zin te kaderen binnen de begrippen inzake duurzaamheid (bv. milieuvriendelijkheid, klimaatprestaties, levenscycluskosten, ... ) met de productiefase (gerecycleerde en hergebruikte materialen), de afvalfase

---

<sup>86</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 23.

<sup>87</sup> EUROPESE COMMISSIE, *Public procurement for a circular economy: good practice and guidance*, 2017, beschikbaar op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

(recycleerbare en herbruikbare materialen) en het onderhoud en de vervangbaarheid van onderdelen (verlenging levensduur) als bijzondere aandachtspunten.<sup>88</sup>

59. Circulair aanbesteden/aankopen verschilt dus niet wezenlijk van de ‘normale’ en/of ‘duurzame’ overheidsopdrachten. De procedures, instrumenten en modaliteiten die worden aangereikt door de Europese overheidsopdrachtenreglementering en de Overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016 lenen zich ook voor circulaire aanbesteding-/aankoopprocessen, met in het bijzonder volgende artikelen:

- Art. 7 (naleving van milieu- sociaal en arbeidsrecht);
- Art. 53 (technische specificaties);
- Art. 54 (keurmerken);
- Art. 69 (facultatieve uitsluitingsgronden);
- Art. 77 (kwaliteitsnormen en normen inzake milieubeheer);
- Art. 81 (gunningscriteria);
- Art. 82 (levenscycluskosten);
- Art. 87 (bijzondere voorwaarden voor uitvoering);

Zoals aangehaald is het echter niet deze overheidsopdrachtenreglementering *sensu stricto* die de transitie naar een circulaire economie lijkt te belemmeren, doch blijken eerder de onduidelijke/complexiteit van toepassing ervan evenals de ermee gepaard gaande procedures de grootste hindernissen bij het plaatsen van circulaire overheidsopdrachten in de markt.

Om die reden zullen de geschetste knelpunten hierna besproken worden in het kader van een (mogelijk) circulaire aanbesteding-/aankoopproces, waarbij een samenlezing zal resulteren in één integrale aanbesteding-/aankoopleidraad ter bevordering van de voorgenomen transitie naar een circulaire economie.

## 2. IDENTIFICATIE VAN DE BEHOEFTE MET INACHTNEMING VAN DE MEDEDINGING

60. Het beginsel van de mededinging is sinds jaar en dag één van de meest fundamentele beginselen van het overheidsopdrachtencontentieux. Dit beginsel, dat rechtstreeks voortvloeit uit de grondwettelijke gelijkheids- en non-discriminatieplicht, houdt in dat een aanbestedende/aankopende entiteit – in beginsel – iedere marktpeler gelijke kansen dient te bieden op het binnenhalen van een (overheids)opdracht.

Reeds 170 jaar geleden maakte het mededingingsbeginsel zijn intrede in de Belgische regelgeving in art. 21 van de Wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit, volgens welke bepaling *'Tous les marchés au nom de l'Etat sont faits avec concurrence, publicité et à forfait'*. Thans wordt ook vanuit Europees perspectief de nodige aandacht besteed aan het beginsel. Zo stelde Advocaat-Generaal STIX-HACKL in haar conclusie van 1 juli 2004 in de zaak Sintesi (C-247/02):

---

<sup>88</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten).

*"Volgens vaste rechtspraak dienen de richtlijnen net als het Gemeenschapsrecht in het algemeen ten eerste praktijken die tot een beperking van de mededinging leiden, tegen te gaan en ten tweede de betrokken markt voor de mededinging te openen, dat wil zeggen de vrije toegang in het bijzonder voor ondernemingen uit andere lidstaten veilig te stellen.*

**Het mededingingsbeginsel is dus één van de fundamentele pijlers van het communautaire aanbestedingsrecht.**

*(...) Het mededingingsbeginsel komt tot uitdrukking in concrete bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen. Hiertoe behoren de bepalingen inzake de toegestane soorten aanbestedingsprocedures en het verloop ervan, in het bijzonder de termijnen die in de verschillende fasen van de procedure in acht moeten worden genomen en het verbod op onderhandelingen achteraf.*

*Voorts vindt het mededingingsbeginsel concreet zijn neerslag in de bepalingen inzake de beschrijving van de prestatie, met name de technische specificaties, de bepalingen inzake de geschiktheid van de ondernemingen evenals de bepalingen inzake de gunningscriteria, waar het in casu om gaat.*

*Om de mededinging te waarborgen, is een minimum aan transparantie vereist. Te dien einde voorzien de aanbestedingsrichtlijnen in een aantal bekendmakingsplichten. Ook de verplichting dat de aanbestedende dienst de criteria vooraf dient vast te leggen en deze dient na te leven, dient de mededinging. In bepaalde gevallen is het daarentegen ter waarborging van de mededinging ook noodzakelijk bepaalde informatie van een onderneming tegenover andere ondernemingen geheim te houden.*

*Relevant met het oog op de mededinging is ten slotte ook de deelname aan een aanbestedingsprocedure van ondernemingen die bij de voorbereiding ervan waren betrokken."*

Heden is het mededingingsbeginsel in de Belgische regelgeving terug te vinden in (o.m.) art. 5, §1

Overheidsopdrachtenwet<sup>89</sup> waarin is gestipuleerd dat een aanbesteder geen overheidsopdracht in de markt mag plaatsen met doel deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

61. Vastgesteld dient dat het beginsel van de mededinging fundamenteel is van aard én daarenboven een openbare-orde-karakter kent hetgeen er een bijkomende gewichtigheid aan verleent. Een schending van een norm van openbare orde leidt er in principe immers toe dat de ermee strijdige handeling(en) retroactief uit het rechtsverkeer word(t)(en) gehaald.

---

<sup>89</sup> Wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016, BS 14 juli 2016, 44219.

In het kader van het overheidsopdrachtencontentieux kan het belang van het mededingingsbeginsel bezwaarlijk onderschat worden. In meerdere opzichten verkrijgt het beginsel een belangrijke beschermende functie. Vooreerst richt het zich op de betrekkingen tussen de ondernemingen die parallel met elkaar dienen te concurreren om een opdracht. Daarnaast ziet het beginsel toe op de verhouding tussen aanbestedende diensten en inschrijvers en op de mogelijkheid dat één partij tegenover de andere een dominante positie inneemt. Tot slot dient het mededingingsbeginsel de mededinging op zich te beschermen.<sup>90</sup>

M.a.w. is het beginsel van de mededinging omnipresent in het overheidsopdrachtencontentieux.

62. Hoewel van cruciaal belang (*cfr.* bovenstaande) dient de vraag evenwel gesteld of de mededinging steeds dient te spelen resp. steeds gerespecteerd moet worden (al dan niet via het plaatsen van een formele overheidsopdracht in de markt).

Afgezien van de wettelijk voorziene uitzonderingen<sup>91</sup> betreft een eerste vraag immers of er weldegelijk nood is aan een product en/of dienst waarvoor de markt moet worden geraadpleegd en/of er geen ander (meer circulair) alternatief voorhanden is binnen de eigen organisatie?

---

<sup>90</sup> HvJ 1 juli 2004, C-247/02, concl. Adv.-gen. Stix-Hackl.

<sup>91</sup> Bv. het principe van de aanvaarde factuur (tot een grensbedrag van €30.000,00).

## 2.1. Een (formele) marktraadpleging of toch de nulloptie?

63. Alvorens te beslissen op welke wijze een opdracht voor een werk en/of dienst in de markt zou gezet worden, vangt een circulaire aanbesteding-/aankoopproces *in de regel* aan bij een grondige behoeftebepaling. Gezien de overheidsopdrachtenreglementering enkel regelt op welke wijze een opdracht in de markt moet geplaatst worden en niet wat de aanbestedende/aankopende entiteit dient te kopen, wordt de aanbestedende/aankopende entiteit volkomen vrijgelaten bij deze behoeftebepaling.

Ter bevordering van (een transitie naar) een circulaire economie is het daarbij aangewezen *ab initio* steeds de zgn. nulloptie te overwegen, met name de optie om niets aan te kopen of om geen nieuwe overheidsopdracht in de markt te zetten (“*Heb ik deze levering, dienst of dit werk wel echt nodig?*”). De vastgestelde behoefte kan mogelijks op een andere manier worden ingevuld dan met een nieuwe aankoop-/dienstenlevering (door bv. efficiënter om te gaan met bestaande middelen).<sup>92</sup>

Het is immers aannemelijk dat het uitschrijven van een circulaire overheidsopdracht in de meeste gevallen toch nog minder circulair is dan helemaal geen opdracht uit te schrijven (lees: nieuwe materialen gebruiken).

64. Een (vaak) aangehaald voorbeeld in dit verband betreft de behoefte voor een lokale overheid aan een extra vrachtwagen voor de uitvoering van bepaalde werkzaamheden van de buitendiensten. In plaats van het aankopen van een nieuwe vrachtwagen zou – in toepassing van de zgn. nulloptie – als alternatief kunnen overwogen worden om (i) de bestaande vrachtwagens efficiënter in te zetten dan wel (ii) een nieuwe vrachtwagen te delen met een/meerdere aangrenzende gemeente(n).<sup>93</sup>

Doorvertaald naar de weerhouden case van de Stad Antwerpen zou de invulling van de zgn. nulloptie (o.m.) de volgende vraagstelling kunnen impliceren: kan de fietsbrug te Berchem gerealiseerd worden via de herinrichting van een bestaande brug over de Ring zonder daarbij in te moeten boeten aan de gewenste verkeersveiligheid voor de zwakke weggebruikers?

65. Bovenstaande lijkt illustratief voor de bestaande praktijk: hoewel wenselijk, is de zgn. nulloptie niet steeds een reële mogelijkheid. Meer zelfs, zoals de weerhouden cases van CIRE en VUB kunnen aantonen, kan het uitschrijven van een overheidsopdracht op termijn zelfs een aanzienlijke duurzaamheidswinst als resultaat hebben (i.e. het isoleren van een voordien slecht geïsoleerd gebouw via een overheidsopdracht).<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 26.

<sup>93</sup> *Ibid*

<sup>94</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten);

Indien de behoeftebepaling uitwijst dat een nieuwe overheidsopdracht inderdaad noodzakelijk blijkt, moet vervolgens afgevraagd worden wat daadwerkelijk nodig is, meer in het bijzonder of de vastgestelde behoefte daadwerkelijk de aankoop van een product/werk vereist of dat er eveneens kan in voorzien worden bij wege van een specifieke dienstverlening.

## 2.2. De behoeftebepaling: product-als-dienstverlening?

66. Eénmaal is vastgesteld dat het plaatsen van een nieuwe (circulaire) overheidsopdracht onontbeerlijk is, moet de geïdentificeerde behoefte concreet ingevuld worden. In de voorbereidende fase dient de aanbestedende/aankopende entiteit zich de essentiële vraag te stellen wat zij *in concreto* nodig heeft, waarbij (best) geopteerd wordt voor de meest duurzame invulling indien meerdere mogelijkheden passend zouden blijken.

Het antwoord op deze vraag is van fundamenteel belang voor de overheidsopdracht die eruit zal resulteren, waarbij de aanbestedende/aankopende entiteit zich in eerste instantie een andere denk-/omgangswijze inzake het begrip 'eigendom' eigen dient te maken. Is de eigendom van een bepaald product werkelijk noodzakelijk om een vastgestelde behoefte in te kunnen vullen, en dient deze eigendom in bevestigend geval werkelijk exclusief te zijn (bv. hebben we een aantal lampen nodig of willen we dat er licht is)?<sup>95</sup>

Onverminderd de hedendaagse praktijk is in vele gevallen immers niet een specifiek product/werk nodig teneinde een vastgestelde behoefte in te vullen, doch eerder de functie die het betreffende product/werk vervuld voor de aanbestedende/aankopende entiteit. Door de behoefte functioneel (i.e. in termen van brandstofverbruik, betonsterkte, isolerende waarde, lichtintensiteit, ...) i.p.v. nominatief (i.e. dieselloertuig, K40-isolatiewaarde, 1500 lumen, ...) te omschrijven, wordt ruimte gecreëerd voor andere businessmodellen, zoals product-als-dienst, dewelke een (transitie naar een) circulaire economie kunnen bevorderen.<sup>96</sup>

67. In tegenstelling tot hetgeen men kan vermoeden, is de idee van betalen voor een dienst(-verlening) in de plaats van een eigendomsverwerving geenszins nieuw. Het gebruik van openbare bibliotheken waar boeken kunnen ontleend worden, het delen van wagens via carpooling en ook het gebruik van het openbaar vervoer kunnen beschouwd worden als de beginvorm van het businessmodel product-als-dienst.

In al deze gevallen is er immers sprake van (i) een gebruik van een bepaald product zonder te beschikken over de eigendom hiervan en (ii) een uitgave/betaling zonder een engagement inzake gebruik, onderhoud, herstelling, ... De consument gebruikt en betaalt m.a.w. voor de exacte hoeveelheid die hij nodig heeft zodat verspilling en

---

<sup>95</sup> EUROPESE COMMISSIE, *Public procurement for a circular economy: good practice and guidance*, 2017, 8, beschikbaar op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu); X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonderland.nl](http://www.mvonderland.nl).

<sup>96</sup> L. TURLEY, *Moving Towards Performance-Based Specifications in Public Procurement*, 2013, 4, beschikbaar op [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs\\_public\\_procurement.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs_public_procurement.pdf).

inertie vermeden worden enerzijds en de dienstverlener éénzelfde product efficiënter kan inzetten en de noden van meerdere consumenten (al dan niet gelijktijdig) kan invullen anderzijds.<sup>97</sup>

Gezien dergelijk businessmodel steunt op gesloten kringlopen rond de productie- en consumptiefase, kan aangenomen worden dat het “product-als-dienst” model een belangrijke katalysator kan zijn voor aanzienlijke efficiëntiewinsten en de voorgenomen transitie naar een circulaire economie:

- Dienstverleners kunnen producten via het “product-als-dienst” model efficiënter inzetten en/of meerdere consumenten (al dan niet gelijktijdig) bedienen met eenzelfde product, zodanig dat hun productieprocessen (met bijhorende omgevingsimpact) kunnen verminderd worden;
- Het “product-als-dienst” model kan dienstverleners aansporen efficiëntere producten met minder operationele kosten op de markt te brengen, gezien zij slechts betaald zullen worden al naargelang het exacte gebruik van hun producten door de consumenten;
- Het “product-als-dienst” model kan consumenten aansporen hun gebruik van producten (met bijhorende omgevingsimpact) te verminderen, gezien zij moeten betalen al naargelang hun exacte gebruik van de dienstverlening.<sup>98</sup>

68. Heden kan vastgesteld worden dat het “product-als-dienst” model reeds meerdere innoverende successen heeft geboekt binnen Europa en dit – veelal – specifiek in het kader van de bevordering van (de transitie naar) een circulaire economie:

- In 2013 reeds slaagde het Departement Omgeving, Bouw en Transport van Bremen (DUI) erin de CO<sub>2</sub>-uitstoot van het werkverkeer in deze Duitse deelstaat evenals de onderhoudskosten van haar vloot aan bedrijfswagens te verminderen door deze in te ruilen tegen een lidmaatschap voor haar werknemers bij een lokale autodeelhandelaar die gebruik maakte van een online bookingsysteem.<sup>99</sup>
- In Nederland werd in 2018 een doorbraak gerealiseerd in de zgn. circulaire geveleconomie door de leasing van een (modulaire) gebouwgevel – waarvan de eigendoms- en onderhoudsplichten in handen van de producent bleef – via creatie van een overeenkomst op basis van een erfpachtrecht;<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> L. TURLEY, *Moving Towards Performance-Based Specifications in Public Procurement*, 2013, 1, beschikbaar op [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs\\_public\\_procurement.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs_public_procurement.pdf).

<sup>98</sup> EUROPESE COMMISSIE, *Public procurement for a circular economy: good practice and guidance*, 2017, 8, beschikbaar op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu);

<sup>99</sup> Zie [http://www.clean-fleets.eu/fileadmin/files/documents/Publications/case\\_studies/Clean\\_Fleets\\_case\\_study\\_-\\_Bremen\\_Car-Sharing\\_integration.pdf](http://www.clean-fleets.eu/fileadmin/files/documents/Publications/case_studies/Clean_Fleets_case_study_-_Bremen_Car-Sharing_integration.pdf)

<sup>100</sup> <https://www.bouwkroniek.be/article/doorbraak-in-circulaire-geveleconomie.18573>.



- ...

In gelijkaardige zin kan in de weerhouden case van de Stad Antwerpen (bv.) de vraag gesteld worden of de aankoop (in eigendom) van een fietsbrug te Berchem weldegelijk noodzakelijk is dan wel deze eveneens kan geleased worden met alle (circulaire) voordelen van dien (of dat zelfs een geheel ander doch meer circulair transport-/overzetmechanisme dezelfde waarborgen en garantie kan bieden voor de zwakke weggebruikers dan de thans overwogen brug)?

69. Indien de markt erin voorziet kan het – ter bevordering van (de transitie naar) een circulaire economie met alle geschetste voordelen – aldus aangewezen zijn eerder een overheidsopdracht voor diensten (cfr. het “product-als-dienst” model) in de markt te plaatsen in plaats van de gebruikelijke overheidsopdracht voor een werk/levering dat na oplevering in eigendom zal verworven worden.

Samen met de vraag of de markt daadwerkelijk in dergelijk “product-als-dienst” model voorziet, zal het in vele gevallen echter geen sinecure betreffen om de geïdentificeerde behoefte in al zijn circulaire onderdelen op te lijsten. Reeds in de aanloopfase zijn er diverse vragen betreffende waardebehoud en hoogwaardig hergebruik van producten, componenten en materialen, waarmee achteraf rekening zal moeten gehouden worden bij de redactie van het bestek:<sup>101</sup>

- Hoe zorg ik ervoor dat wat ik inkoop na de gebruiksfase de hoogst mogelijke waarde heeft?

*"Welke mogelijkheden biedt de leverancier voor terugname van en (hoogwaardig) hergebruik van mijn ingekochte tapijttegels?"*

- Hoe lang moet het product idealiter functioneren?

*"Vragen we om een bureaustoel die alleen zijn economische levensduur werkt? Of vragen we om ontwerp voor een maximale levensduur?"*

- Is er behoefte aan eigenaarschap over een product of louter aan een functionaliteit?

*"Hebben we een aantal lampen nodig? Of willen we dat er 'licht' is?"*

- Willen we betalen voor het gebruik van een product of louter voor het ter beschikking hebben van een product?

---

<sup>101</sup> X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl).

*"Betalen we voor het gebruik van een (bedrijfs)auto (in kilometers), of voor het feit dat we deze (bedrijfs)auto tot onze beschikking hebben?"*

- Wat is het gewenste einddoel?

*"Willen we een sportschool of speeltuin in een wijk, of willen we een plaats waar mensen kunnen bewegen en plezier kunnen hebben?"*

70. *Prima facie* lijkt het zelfs vanzelfsprekend dat een aanbestedende/aankopende entiteit niet altijd (lees: eerder zelden) bij machte is om reeds tijdens de voorbereidende fase van de overheidsopdracht al deze aspecten van (i) de aard van de opdracht en (ii) de draagwijdte van de behoefte, voldoende te concretiseren.

Daarenboven moet er eveneens voor gewaakt worden dat (i) de behoefte niet te éng wordt ingevuld zodanig dat de mededinging niet kunstmatig wordt verstoord en (ii) de aanbestedende/aankopende entiteit geen onrealistisch hoge eisen aan inschrijvers oplegt zodanig dat vermeden wordt dat er geen (regelmatige) inschrijvers zijn of enkel onaanvaardbaar hoge prijzen worden aangeboden.

Teneinde het marktaanbod te verkennen en zicht te krijgen op de circulaire producten en/of diensten die voorhanden zijn, kan daarom – geheel vrijblijvend – een verkennende marktconsultatie overwogen worden.

### 2.3. De organisatie van een voorafgaande marktconsultatie

71. Ingeval een aanbestedende/aankopende entiteit onvoldoende kennis in huis heeft en meer inzicht wenst in de markt waarvan ze wil afnemen, kan zij het advies van onafhankelijke deskundigen, private of publieke instellingen of van marktdeelnemers – voorafgaand aan de plaatsing van de opdracht – inwinnen ter omschrijving van de (te plaatsen) opdracht zonder dat dit mag resulteren in een vorm van vooronderhandelingen.

In die zin bepaalt art. 51 Overheidsopdrachtenwet uitdrukkelijk dat een aanbestedende entiteit voor het aanvatten van een plaatsingsprocedure marktconsultaties mag houden met het oog op de voorbereiding van de plaatsing van de opdracht, alsook de ondernemers op de hoogte mag brengen van haar plannen en eisen, mits dit niet leidt tot een vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot een schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.

Aangewezen is het daarom om alle informatie die ter beschikking wordt gesteld tijdens de consultatie ook te delen in de latere opdrachtdocumenten en door inschrijvers voldoende tijd te geven om hun offerte voor te bereiden, zodat ook die inschrijvers die niet betrokken waren bij de consultatie een faire kans hebben om de opdracht in de wacht te slepen.<sup>102</sup>

72. Hoewel er geen wettelijke standaardvormen voor het organiseren van een (voorafgaande) marktconsultatie bestaan, lijken deze in de praktijk veelal gesteund op een gelijkaardige structuur waarbij een aanbestedende/aankopende entiteit *in globo* beschikt over 2 mogelijkheden.

Ofwel opteert de aanbestedende/aankopende entiteit voor een actieve marktconsultatie, waarbij zij op eigen initiatief bij marktspelers prospecteert om een beter inzicht te krijgen in de mogelijkheden die de markt biedt om aan haar behoefte te voldoen. Ofwel opteert de aanbestedende/aankopende entiteit voor een passieve marktconsultatie, waarbij zij een *call* lanceert en wacht op de reacties van de marktspelers teneinde haar in te lichten over de mogelijkheden die de markt biedt.<sup>103</sup>

In beide gevallen bestaat een eerste (gebruikelijke) stap uit het opstellen van een 'startdocument' waarin de belangrijkste doelstellingen en randvoorwaarden van het project worden meegedeeld (en desgevallend ook de gewenste aanpak). Tevens wordt hierin (gebruikelijk) aan de actief of passief geraadpleegde marktspelers gevraagd om binnen een welbepaalde termijn een schriftelijke reactie te geven met de antwoorden op een lijst van concrete vragen.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 25.

<sup>103</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten);

<sup>104</sup> G. LAENEN, "Overheidsopdrachten en marktconsultatie: verzoenbaar of niet?", *TBP* 2004/3, (131) 132.

73. Ongeacht het type marktconsultatie dat wenselijk wordt geacht, lijkt er een veelheid aan vragen die een aanbestedende/aankopende entiteit (zoals de weerhouden cases) kan stellen in het kader van een voorafgaande marktconsultatie en dit zowel in algemene zin als specifiek voor een welbepaalde leverancier.

Algemene vragen kunnen (o.m.) de volgende zijn<sup>105</sup>:

- Is de opdracht inhoudelijk en financieel haalbaar en zijn de gestelde randvoorwaarden realistisch?
- Hebben potentiële leveranciers interesse en de mogelijkheden om de circulaire aanbesteding uit te voeren of te realiseren?
- Wat zijn de toekomstige ontwikkelingen, de actieve producten en actieve partijen in de markt?
- Zal de gestelde behoefte leiden tot de meest optimale oplossing voor de eigen organisatie?
- Moet er functioneel of technisch gespecificeerd worden en welke normen zijn eventueel relevant?
- Is er voldoende capaciteit in de markt en/of heeft de markt een oplossing voor de functioneel gestelde vraag?
- Welke mogelijkheden zien marktpartijen om met minder beschikbaar budget toch aan minimale eisen te kunnen voldoen?
- Zijn er alternatieve circulaire oplossingsrichtingen?
- Kan de markt voldoen aan de gestelde eisen? En zo niet, waarom niet?
- In hoeverre is de gekozen inkoopstrategie nog te optimaliseren?
- Welke andere partijen zijn essentieel voor samenwerking?

Vragen die aan een of meerdere welbepaalde leverancier(s) kunnen worden gesteld, zijn (bv.)<sup>106</sup>:

- Wat is de stand van zaken van circulaire toepassingen binnen uw branche en binnen uw onderneming? Wat is uw visie op de effecten hiervan binnen uw branche?
- In het verlengde van de vorige vraag: Kunt u een beeld geven van de wijze waarop u een bijdrage levert aan de circulaire economie met:
  - het productontwerp van uw aanbieding;
  - het productieproces van uw aanbieding;
  - verlenging van de levens-/gebruiksduur van uw aanbieding (bijvoorbeeld door reparatie/onderhoud);
  - zo hoogwaardig mogelijk hergebruik van uw aanbieding, zowel wat betreft de technische als de biologische materialen.
- Een uitgangspunt van de circulaire economie is dat producten na hun eerste gebruiksfase een restwaarde hebben vanwege hergebruik van het product en/of de gebruikte componenten of

---

<sup>105</sup> X, *Aan de slag met circulaire marktverkenning*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl).

<sup>106</sup> X, *Aan de slag met circulaire marktverkenning*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl).

materialen. Welke mogelijkheden ziet u om deze restwaarde (deels) ten goede te laten komen aan de gebruiker?

- Welke contractvormen kunt u bieden om circulaire modellen toe te passen in ons inkoopproject? Heeft u hier voorbeelden van?
- Heeft u suggesties hoe wij de specificaties kunnen formuleren in deze aanbesteding of inkooptraject om tot een zo circulair mogelijke aanbidding uit te komen?
- Heeft u suggesties welke beoordelingscriteria wij moeten hanteren om objectief uw circulaire aanbidding met die van anderen te kunnen vergelijken en beoordelen? (Hoe voorkomen we dat we appels met peren vergelijken?)
- Welke risico's ziet u en hoe gaat u daarmee om? Welke financiële of juridische risico's wilt of kunt u lopen, hoe groot mogen die zijn?

Bovenstaande wijze van vraagstelling maakt duidelijk dat het aangewezen kan voorkomen om tijdens de voorafgaande marktconsultatie nog voldoende ruimte te laten voor bijkomende ideeën of opmerkingen betreffende de voorgenomen opdracht.

74. Eens de geboden antwoordtermijn voor de marktraadpleging is verstreken, worden de ontvangen antwoorden door de aanbestedende/aankopende entiteit (gebruikelijk) verwerkt tot een syntheserapport, dat vervolgens kan worden gebruikt als basis voor de omschrijving van het opdrachtvoorwerp.

Gelet op het feit dat het mededingingsbeginsel vereist dat de marktspelers die niet hebben deelgenomen aan de consultatieprocedure over dezelfde informatie beschikken als de participerende ondernemingen, is het aangewezen minstens het – geanonimiseerde en abstracte – syntheserapport dat op basis van de ontvangen antwoorden werd opgesteld, voor iedereen toegankelijk te maken (al dan niet via actieve publicatie en steeds met inachtneming van evt. intellectuele eigendomsrechten en/of commerciële resp. ondernemingsgeheimen).<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> G. LAENEN, "Overheidsopdrachten en marktconsultatie: verzoenbaar of niet?", *TBP* 2004/3, (131) 132 en 135.

### 3. DE IDENTIFICATIE VAN DE BEHOEFTE MET INACHTNEMING VAN DE MEDEDINGING (BIS)

75. Zodra de aanbestedende/aankopende entiteit (al dan niet ingevolge een voorafgaande marktconsultatie) afdoende inzicht in de markt heeft verworven om haar behoefte te concretiseren, dringen zich een aantal determinerende beslissingen op. Eerste en voornaamste beslissing betreft uiteraard het voorwerp van de procedure: opteert men voor een innoverende dienstverlening dan wel voor de (eerder traditionele) levering van een werk/product waarbij de verwerving van eigendomsrechten centraal staat?<sup>108</sup>

Overwegende dat het in een circulair economiemodel de uitdaging zal zijn om na de technische gebruiksperiode van een product, richting de volgende levensfase, vanuit een zo hoog mogelijk waardesysteem te opereren, lijkt het meer aangewezen om in de plaats van directe recycling op grondstofniveau, de producten eerst zelf opnieuw trachten toe te passen of ze op (een hoger) componentniveau trachten te hergebruiken.<sup>109</sup>

Gezien dergelijk model steunt op gesloten kringlopen rond de productie- en consumptiefase, kan – zoals aangestipt – aangenomen worden dat het “product-als-dienst” model een belangrijke katalysator is voor aanzienlijke efficiëntiewinsten en de voorgenomen transitie naar een circulaire economie. Indien mogelijk gebleken tijdens de marktraadpleging kan het dan ook aangewezen zijn om meer en meer overheidsopdrachten voor de levering van een dienst (“product-als-dienst”) in de markt te plaatsen.

76. Benadrukt dient hier echter bij dat niet enkel (de aard van) het voorwerp van de opdracht een (belangrijke) katalysator voor de circulaire economie kan zijn, doch ook het soort procedure dat door de aanbestedende/aankopende entiteit in de markt gezet wordt (de snelheid van) de transitie naar een circulaire economie in grote mate kan beïnvloeden.

*Prima facie* lijkt de keuze van de ene of de andere aanbesteding-/aankoopprocedure het circulaire niveau van een (evt.) inschrijving immers te kunnen sturen als volgt (van meest circulair tot minder circulair):<sup>110</sup>

- Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking: indien de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld, kan de aanbestedende/aankopende entiteit op eenvoudige wijze circulair aankopen door enkel of hoofdzakelijk markspelers uit te nodigen voor een offerte die zich als dusdanig profileren in de markt.

---

<sup>108</sup> Zoals aangestipt kan in de weerhouden case van de Stad Antwerpen (bv.) de vraag gesteld worden of de aankoop (in eigendom) van een fietsbrug te Berchem weldegelijk noodzakelijk is dan wel deze – in de vorm van een “product-als-dienst” eveneens kan geleased worden met alle (circulaire) voordelen van dien (of zelfs een geheel ander doch meer circulair transport-/overzetmechanisme dezelfde waarborgen en garantie kan bieden voor de zwakke weggebruikers dan de thans overwogen brug)?

<sup>109</sup> E. WUESTMAN, “Serieuze doorbraak Circulaire Economie in kantoorinrichting”, *Stichting Circulaire Economie*, (13) 14, beschikbaar op [www.officemagazine.nl](http://www.officemagazine.nl).

<sup>110</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

Aangezien deze onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de mogelijkheid voorziet om na opening van de offertes nog te onderhandelen over de concrete inhoud ervan, kunnen de circulaire eisen van de behoefte scherper/hoger gesteld worden én lijkt het aannemelijk dat de mate van circulariteit van de ingediende offertes hoger zal liggen.

- Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en/of een mededingingsprocedure met onderhandeling: indien de aanbestedende/aankopende entiteit in de mogelijkheid verkeert om een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking of een mededingingsprocedure met onderhandeling in de markt te plaatsen, verdient het vanuit circulair standpunt de voorkeur om van deze mogelijkheid gebruik te maken.

Overwegende dat ook deze procedures het mogelijk maken om na de opening van de offertes te onderhandelen over de concrete inhoud ervan, spreekt het voor zich dat de mate van circulariteit van de ingediende offertes hierdoor kan verhoogd worden;

- Openbare en niet-openbare plaatsingsprocedure: Indien de aanbestedende/aankopende entiteit – omwille van de wettelijke toepassingsvoorwaarden – geen gebruik kan maken van één van voormelde onderhandelingsprocedures (noch van de zgn. concurrentiegericht dialog (zie *infra*)), kan tot slot geopteerd worden voor een openbare of niet-openbare procedure met meerdere (i.p.v. één) gunningscriteria die de geïnteresseerde marktspelers uitdagen om een zo ambitieus mogelijke mate van circulariteit voor te stellen in hun offerte.

*Prima facie* voorziet de vigerende overheidsopdrachtenreglementering (met o.m. de mogelijkheid tot voorafgaande marktconsultatie en diverse aanbesteding-/aankoopprocedures die de circulariteit van inschrijvingen kunnen verhogen) aldus in een aantal belangrijke instrumenten die – wanneer correct gehanteerde – de transitie naar een circulaire economie kunnen bevorderen.

77. Maar er is meer. Gelet op de aanzienlijke informatie-asymmetrie tussen de marktspelers en de aanbestedende/aankopende entiteit, kan thans niet uitgesloten worden dat een voorafgaande marktconsultatie in sommige gevallen geen (bevredigend) resultaat oplevert en/of onvoldoende inzichten biedt met betrekking tot het (circulaire) aanbod dat er op de markt voorhanden is om een bepaalde behoefte in te vullen.

Teneinde te vermijden dat in voorkomend geval een nieuwe marktconsultatie of een hierop volgende gespreksronde moet georganiseerd worden teneinde de circulaire behoefte en aanbod voldoende te kunnen identificeren, heeft de vigerende overheidsopdrachtreglementering – aanvullend – voorzien in volgende instrumenten die hieraan tegemoet zouden kunnen komen zonder bijkomende tijdsverliezen en/of kosten.

Alternatieven om de markt op een brede wijze te kunnen bevragen zonder voorafgaande (volledig geconcretiseerde) behoeftebepaling betreffen (i) het in de markt plaatsen van een overheidsopdracht bij varianten of (ii) het hanteren van de zgn. concurrentiegerichte dialoog en dit (al dan niet) in navolging van een eerdere (al dan niet minder succesvolle) voorafgaande marktconsultatie.

### 3.1. De plaatsing van een overheidsopdracht met varianten

78. Een (eerste) alternatief voor een gebrekkig inzicht in het (circulaire) marktaanbod kan bestaan in de plaatsing van een overheidsopdracht met vereiste of toegelaten (al dan niet uitdrukkelijk circulaire) varianten in combinatie met circulaire gunningscriteria (zie *infra*). Overeenkomstig art. 58 Overheidsopdrachtenwet (en art. 87 KB Plaatsing) kan de aanbestedende/aankopende entiteit inschrijvers op een opdracht immers toestaan of verplichten bepaalde varianten in te dienen binnen een welomschreven behoefte (zie *infra*).

Dergelijke varianten zijn in essentie alternatieve ontwerp- of uitvoeringswijzen die verband houden met de behoefte in de opdrachtdocumenten, dewelke hetzij op vraag van de aanbestedende/aankopende entiteit, hetzij op initiatief van de inschrijver worden ingediend via een afzonderlijke offerte of in een afzonderlijk gedeelte van eenzelfde offerte.

Zowel ingeval er vereiste als toegestane varianten worden voorzien, is de aanbestedende/aankopende entiteit gehouden zulks uitdrukkelijk te vermelden in de aankondiging van de opdracht.<sup>111</sup> Teneinde de (circulaire) relevantie en vergelijkbaarheid van inschrijvingen te waarborgen wordt daarbij, bij voorkeur, tevens de aard, het voorwerp en de draagwijdte van één basisoplossing en één of meerdere varianten omschreven in de opdrachtdocumenten.

79. Als zodanig zou het belang van de – op voorhand soms moeilijke – keuze van het voorwerp van procedure (nl. levering van een product/werk of verlening van een dienst) geminimaliseerd kunnen worden én kan de plaatsing van één overheidsopdracht meerdere uitvoeringswijzen per inschrijver opleveren, waarbij de ene al meer circulair kan voorkomen (bv. in de vorm van een “product-als-dienst”) dan de andere (bv. in de vorm van een traditionele levering met eigendomsoverdracht).

Dat inschrijvers hierbij – in voorkomend geval – zouden inschrijven met zowel een dienstverlening als een levering van een product/werk, lijkt geen beletsel te vormen voor de regelmatigheid van de opdracht. Art. 56, §3 Overheidsopdrachtenwet voorziet uitdrukkelijk dat bij plaatsingsprocedures voor overheidsopdrachten voor leveringen of diensten een variëteit niet mag afgewezen worden uitsluitend omdat deze tot een opdracht voor diensten in plaats van leveringen dan wel een opdracht voor leveringen in plaats van diensten zou leiden.

---

<sup>111</sup> Of in de opdrachtdocumenten ingeval van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.



Hoewel niet alledaags zou een doeltreffende behoefteomschrijving in de opdrachtdocumenten (waarbij ruimte wordt gelaten voor innovatieve inschrijvingen) zo kunnen resulteren in zowel een voorstel van dienstverlening als voorstel van productlevering, waarbij de finale keuze binnen de vooropgestelde marges en criteria in handen blijft van de aanbestedende/aankopende entiteit.

80. Doorvertaald naar de weerhouden case van de Stad Antwerpen zou een functionele behoefteomschrijving (zie *infra*) met vereiste/toegelaten varianten in de opdrachtdocumenten (o.m.) kunnen resulteren in volgende al dan niet innoverende en/of circulaire voorstellen van uitvoering:

- Klassieke productlevering: de weerhouden inschrijver is gehouden een klassieke fietsbrug met klassieke materialen op te richten over de Ring te Berchem, dewelke na oplevering in eigendom wordt overgedragen aan de Stad Antwerpen tegen een vooraf bepaalde prijs;
- Circulaire productlevering: de weerhouden inschrijver is gehouden een fietsbrug met hergebruikte en/of herbruikbare materialen op te richten over de Ring te Berchem, dewelke na oplevering in eigendom wordt overgedragen aan de Stad Antwerpen tegen een vooraf bepaalde prijs;
- Innoverende dienstverlening: de weerhouden inschrijver schrijft niet in met de oprichting van een constructie, doch voorziet in een innoverend transport-/overzetmechanisme over de Ring te Berchem dat dezelfde waarborgen en garanties biedt voor zwakke weggebruikers dan een klassieke fietsbrug, tegen een vooraf bepaalde vergoeding;
- Innoverende dienstverlening ingevolge eigendomssplitsing: de weerhouden inschrijver is gehouden een fietsbrug met klassieke dan wel hergebruikte en/of herbruikbare materialen op te richten over de Ring te Berchem, dewelke na “oplevering” wordt geleased door / ter beschikking / ter gebruik gesteld wordt aan de Stad Antwerpen tegen een vooraf bepaalde vergoeding;
- ...

Al naargelang de beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van de gunningscriteria die in de opdrachtdocumenten zijn opgenomen, zal de aanbestedende/aankopende entiteit moeten kiezen voor de meer/minder innoverende en/of circulaire inschrijving. Dit gezien de aanbestedende/aankopende entiteit bij de overheidsopdracht met varianten slechts één enkele rangschikking zal moeten opmaken van de basisoffertes en de variantenoffertes.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Art. 56 Overheidsopdrachtenwet.

### 3.2. De concurrentiegerichtte dialoog als plaatsingsprocedure

81. Bovendien de overheidsopdracht met varianten kan een (tweede) alternatief voor een gebrekkig inzicht in het (circulaire) marktaanbod gevonden worden in art. 39, §1 Overheidsopdrachtenwet dat in de mogelijkheid voorziet om een zgn. concurrentiegerichtte dialoog in de markt te zetten (o.a.) wanneer het voorwerp van de opdracht een innovatieve oplossing betreft, de technische specificaties van het voorwerp niet nauwkeurig kunnen vastgesteld worden op basis van een norm, ...

Dergelijke concurrentiegerichtte dialoog is de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een aanvraag tot deelneming mag indienen en waarbij de aanbesteder een dialoog voert met de voor deze procedure geselecteerde kandidaten, teneinde een of meer oplossingen uit te werken die aan de behoeften van de aanbesteder beantwoorden en op grond waarvan de deelnemers aan de dialoog wiens voorgestelde oplossing of oplossingen in aanmerking genomen werden na afloop van deze dialoog, zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Zoals navolgend – beknopt – wordt beschreven, verloopt een concurrentiegerichtte dialoog in de regel in drie onderscheiden fasen, dewelke evenwel niet de meest flexibele en snelste blijken.

82. In een eerste (selectie-)fase worden, aan de hand van selectiecriteria vermeld in een selectieleidraad, de geschikte kandidaten voor de uitvoering van de opdracht geselecteerd. Middels de selectieleidraad wordt alle nodige, en zoveel als mogelijk, nuttige informatie ter beschikking gesteld van de marktspelers zodat deze met voldoende kennis van zaken kunnen beslissen om (al dan niet) deel te nemen aan de procedure.

De voornaamste onderdelen van de selectieleidraad zijn de volgende:

- De omschrijving van de opdracht en het voorwerp van de dialoog (de behoeften en eisen van de aanbestedende/aankopende entiteit);
- De beschrijving van het verloop van de plaatsingsprocedure (die niet strikt wettelijk geregeld is);
- De selectiecriteria en criteria m.b.t. een eventuele “doorselectie”.
- De gunningscriteria (en bijhorende weging) dienen niet noodzakelijk in deze leidraad te worden vermeld, doch worden opgenomen in het beschrijvend document eerste dialoofase.

Na beoordeling van de aanvragen tot deelneming (op basis van volledigheid en regelmatigheid) neemt de aanbestedende/aankopende entiteit een gemotiveerde selectiebeslissing, waarna de geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om deel te nemen aan de dialoog.

83. In de volgende (dialog-)fase wordt met de weerhouden deelnemers in overleg getreden. Basis voor deze te voeren dialoog is een beschrijvend document dat – verplicht – volgende onderdelen dient te bevatten<sup>113</sup>:

- De behoeften die het voorwerp van de opdracht uitmaken waarvoor er een oplossing gezocht wordt, en de eisen van de aanbestedende/aankopende entiteit die, bij het bepalen van de oplossing of oplossingen, in aanmerking genomen worden. Het kan hierbij gaan om dwingende randvoorwaarden, zoals eisen van circulaire aard of (minder dwingende) wensen.
- Eventueel kunnen een aantal vragen worden geformuleerd die deelnemers moeten beantwoorden.
- De gekozen gunningscriteria én bijhorende weging, op basis waarvan zowel de dialoogvoorstellen, als de definitieve offertes beoordeeld worden (zonder dat hierbij een onderscheid lijkt te kunnen worden gemaakt / zonder dat deze criteria kunnen worden gewijzigd tijdens de procedure).

De gunningscriteria dienen er dus op gericht te zijn (i) te bepalen welke van de voorgestelde oplossingen het beste beantwoordt aan de behoeften / eisen / doelstellingen, én (ii) om te bepalen welke inschrijver de meest voordelige offerte (conform de gekozen oplossing) indiende.

- Een indicatief tijdschema.

Sinds kort wordt daarnaast vereist dat de aanbestedende/aankopende entiteit vooraf (i.e. normaliter voor de offertes worden ontvangen) in een intern, gedateerd en ondertekend document uiteenzet hoe de offertes *in concreto* zullen worden beoordeeld in het licht van de gunningscriteria. Er dient voor elk van de gunningscriteria te worden aangegeven volgens welke methode de punten zullen worden toegekend (bijvoorbeeld: door toepassing van de regel van drie, via de lineaire methode, ...).

84. De weerhouden inschrijvers die deelnemen aan de dialoog zetten in een eerste “dialoogvoorstel” uiteen met welke middelen zij denken te (kunnen) voorzien in de (al dan niet functioneel) omschreven behoefte van de aanbestedende/aankopende entiteit, waarna zij uitgenodigd worden voor een individuele bespreking van dit voorstel.<sup>114</sup>

Hoewel het verloop van deze dialoog niet in detail is geregeld, staat vast dat tijdens deze dialoog alle aspecten van de opdracht kunnen besproken worden met de deelnemers, zoals onder meer de technische aspecten, de economische aspecten (prijzen, kosten, inkomsten ...), de juridische aspecten (spreiding en beperking van de risico's, waarborgen, ...) évenals de circulaire aspecten.

---

<sup>113</sup> Art. 39, §2, Overheidsopdrachtenwet.

<sup>114</sup> Art. 98, 2<sup>de</sup> lid KB Plaatsing.

Vanzelfsprekend moet de gelijke behandeling tijdens de dialoog gevrijwaard blijven, zodat het de aanbestedende/aankopende entiteit (o.m.) verboden is op discriminerende wijze informatie te verstrekken die bepaalde deelnemers kan bevoordelen<sup>115</sup> en evenmin toegelaten is de voorgestelde oplossingen of andere vertrouwelijke inlichtingen die één van de deelnemers heeft verstrekt, aan de andere deelnemers bekend te maken (tenzij de betrokken deelnemer voorafgaandelijk en schriftelijk instemde met de bekendmaking).

85. Thans wordt de dialoog voortgezet totdat de aanbestedende/aankopende entiteit (met voldoende kennis van zaken) kan aangeven met welke oplossing of oplossingen in haar behoeften kan worden voorzien.<sup>16</sup>

Op dat ogenblik zal de aanbestedende overheid de dialoog sluiten en - in de laatste (gunnings-)fase - elke deelnemer aan de dialoog van wie één of meerdere oplossingen werden weerhouden, uitnodigen om een definitieve offerte in te dienen voor de weerhouden oplossing(en) die hij heeft voorgesteld.

Op basis hiervan wordt een eerste rangschikking opgemaakt (van de regelmatige én onregelmatige offertes).

86. Met de eerst gerangschikte inschrijver kan desgewenst in onderhandeling worden getreden (enkel en alleen) om de in de definitieve offerte vervatte financiële toezeggingen of andere voorwaarden te bevestigen en de voorwaarden van de opdracht af te ronden, mits dit de essentiële aspecten van de definitieve offerte of opdracht, met inbegrip van de in het beschrijvend document vermelde behoeften en voorschriften, materieel ongewijzigd laat en niet tot vervalsing van de mededinging of discriminatie kan leiden.<sup>116</sup>

Indien de onderhandelingen niet met succes zouden kunnen worden afgerond, kan desgevallend worden teruggevallen op de tweede gerangschikte inschrijver. Dit met als uiteindelijk resultaat de sluiting van de geplaatste overheidsopdracht.

#### **4. DEFINIËRING/OMSCHRIJVING VAN DE BEHOEFTE**

87. Zodra de aanbestedende/aankopende entiteit haar behoefte (al dan niet via een marktconsultatie) heeft kunnen vaststellen of ingeval zij onmiddellijk opteert voor een marktraadpleging via een overheidsopdracht met varianten of een concurrentiegericht dialog, dient zij haar (circulaire) behoefte / wensen om hieraan invulling te geven uiteraard *in concreto* te vertalen in de opdrachtdocumenten.

Benevens de identificatie van deze behoefte-/het circulaire marktaanbod, kon uit de weerhouden cases echter blijken dat (ook) deze circulaire behoefte- en wensenomschrijving niet als evident werd beschouwd. Teneinde het

---

<sup>115</sup> Art. 39, §3, 2<sup>de</sup> lid, Overheidsopdrachtenwet.

<sup>116</sup> Art. 39, §7 Overheidsopdrachtenwet.

circulaire karakter van de opdracht te benadrukken resp. te vrijwaren worden deze wensen en/of overwegingen met betrekking tot de circulariteit idealiter nochtans geïntegreerd op twee niveaus:

#### 4.1. Een beknopte (circulaire) opdrachtomschrijving

88. Wanneer de aanbestedende overheid besloten heeft om de nadruk te leggen op circulariteit van de dienst of levering, kan het zinvol zijn dit reeds in de verf te zetten via een beknopte opdrachtomschrijving. Het zijn deze bepalingen die eerst in het oog van potentiële deelnemers springen en op basis waarvan zij zullen besluiten om al dan niet verder te lezen.<sup>117</sup>

Samen met een welomschreven titulatuur beginnen vele opdrachtdocumenten daarom met een korte toelichting van de opdracht, waaruit – in de weerhouden cases – het circulaire karakter van de opdracht blijkt. In de weerhouden case van de Stad Antwerpen zou een circulaire titulatuur en opdrachtomschrijving er (bv.) als volgt kunnen uitzien:

##### ***“Bouw van een circulaire fietsbrug te Berchem***

*Stad Antwerpen wenst in te zetten op een duurzaam beleid, meer in het bijzonder een nieuwe circulaire fietsbrug over de Ring te Berchem. Deze brug trekt de geplande fietsostrade van de provincie Antwerpen, tussen Antwerpen en Lier, verder door richting het stadscentrum. Zo kunnen fietsers, via een fietsbrug naast de huidige spoorwegbrug over de Ring en over de Singel, vlot en veilig doorrijden naar het fietspad langs de Singel of het station Antwerpen-Berchem.*

*De “Bouw van een circulaire fietsbrug te Berchem” omvat een constructie op basis van hergebruikte/herbruikbare materialen dan wel een performantiegebaseerde dienst aan een vaste prijs. Uitgangspunt aan het einde van de opdracht is een circulair economisch model (hergebruik van de producten/componenten/materialen) vanwege het concept van duurzame en ecologische productiedoelstellingen.*

*Bij inschrijving met een performantiegebaseerde dienstverlening aan vaste prijs blijft de inschrijver eigenaar van de constructie en is hij verantwoordelijk voor de beschikbaarheid van de fietsbrug waarbij een hoge verkeersveiligheid te allen tijde gevrijwaard blijft.”*

89. Aangestipt dient dat het gebruik van dergelijke opdrachtomschrijvingen niet alleen sensibiliserend werkt, maar ook tot gevolg kan hebben dat marktspelers die circulariteit/duurzaamheid hoog in het vaandel dragen extra aangetrokken worden tot de aanbestedende/aankopende entiteit.

---

<sup>117</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 27.

Als gevolg van het circulaire/duurzame beleid dat zij erop nahouden, schatten zij de kans de aanbesteding/aankoop binnen te halen na het lezen van de opdrachtomschrijving mogelijk hoger in, denken ze een concurrentieel streepje voor te hebben en worden ze desgevallend extra gestimuleerd om in te schrijven.

Wanneer de aanbestedende overheid hierdoor beschikt over een groter aantal inschrijvers en dus mogelijk over een groter aantal circulaire/duurzame invullingen voor de geïdentificeerde behoefte, zal in beginsel ook de prijs (als gunstig neveneffect) afnemen gelet op de grotere concurrentie die ontstaat tussen de verschillende participerende marktpelers.<sup>118</sup>

## 4.2. De technische specificaties met nadruk op circulariteit

90. Vanzelfsprekend zal enkel een circulaire tituluur en circulaire opdrachtomschrijving niet volstaan om het gewenste circulaire karakter van een inschrijving te waarborgen. Overwegende dat het voorwerp van een aanbesteding/aankoop grotendeels gevat wordt in de technische specificaties, bieden deze één van de voornaamste opportuniteiten om circulaire overwegingen in de aanbesteding/aankoop te integreren.<sup>119</sup>

De technische specificaties omschrijven de kenmerken van het werk, het product of de dienst en vormen aldus de kern van het circulaire aanbesteden/aankopen. De aanbestedende/aankopende entiteit neemt hierin de minimale voorwaarden – of ‘*must haves*’ – op zodanig dat hiermee bij uitstek wordt bepaald wat wordt aangekocht: een klassiek of een (eerder uitgesproken) circulair product, werk of dienst.

Aangezien de technische specificaties ook betrekking mogen hebben op het productieproces van het werk, de levering of de dienst of “een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren”, versoepelt dit de mogelijkheid om circulaire voorwaarden op te nemen in de technische specificaties.<sup>120</sup>

91. Afgezien van zeer specifieke en concrete eisen (bv. enkel het gebruik van gerecycleerde materialen vereisen, ...), kunnen de technische specificaties op twee manieren – met daarbij tal van gradaties en combinaties – in de opdrachtdocumenten worden verwerkt: ófwel via verwijzing naar internationale of nationale normen/standaarden ófwel in termen van prestatie-eisen<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

<sup>119</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be).

<sup>120</sup> Art. 53, §1, 2<sup>de</sup> lid Overheidsopdrachtenwet.

<sup>121</sup> Art. 53, §3 Overheidsopdrachtenwet.

#### 4.2.1. Normen en standaarden

92. Een norm is een door een erkende normalisatie-instelling vastgestelde technische specificatie voor herhaalde of voortdurende toepassing en geeft regels van goed vakmanschap weer voor een bepaald product, procedé of dienst.<sup>122</sup> Het is een strikte wijze om technische specificaties te definiëren waarbij een verwijzing naar de norm volstaat (zodat geen uitgebreide beschrijving moet opgenomen worden in de opdrachtdocumenten).

Aanduidingen als ISO, EN, NBN, NEN, DIN, ... betreffen gebruikelijk gehanteerde normen en standaarden die uitgaan van normalisatiebureaus, dewelke mogen opgelegd worden op voorwaarde dat ze voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht en voorzien worden van het bijschrift 'of gelijkwaardig'.

Normen/standaarden kunnen worden gecontroleerd op basis van testverslagen of certificaten van een conformiteitsbeoordelingsinstantie, indien de aanbestedende/aankopende entiteit dat voorschrijft.<sup>123</sup>

93. Hoewel de hedendaagse normen/standaarden meer en meer rekening (trachten te) houden met bepaalde duurzaamheidsaspecten, is het evenwel niet de eerste doelstelling ervan.
- Het hoeft dan ook niet te verbazen dat in enkele geselecteerde cases uitdrukkelijk werd gesignaleerd dat het hanteren van (strikte) normen in opdrachtdocumenten niet zelden ervaren wordt als een rem op oplossingen die door inschrijvers kunnen voorgesteld worden als antwoord op een circulair omschreven behoefte, inzonderheid wanneer het gaat om innoverende oplossingen (zo kan aangenomen worden dat bepaalde materialen die moeten gebruikt worden om een hergebruik van de circulaire fietsbrug te Berchem mogelijk te maken niet persé genormeerd zijn).

Gelet op het feit dat normen en/of standaarden eerder vrijwillig worden toegepast en geen juridisch bindend karakter hebben, kan het in bepaalde gevallen dan ook aangewezen zijn de technische specificaties functioneel te specificeren in de opdrachtdocumenten, meer in het bijzonder ze uit te drukken in termen van prestatie-eisen (al dan niet gecombineerd met normen en/of standaarden).

#### 4.2.2. Functionele behoefteomschrijving aan de hand van prestatie-eisen

94. Zoals bovenstaand aangestipt, kan een functionele behoefteomschrijving de noodzakelijke ruimte creëren voor innovatieve oplossingen en businessmodellen, zoals product-als-dienst, met een bevordering van de (transitie naar een) circulaire economie als gevolg.<sup>124</sup> Functioneel omschreven technische specificaties winnen dan ook

---

<sup>122</sup> Art. 2, 45° Overheidsopdrachtenwet.

<sup>123</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 28.

<sup>124</sup> L. TURLEY, *Moving Towards Performance-Based Specifications in Public Procurement*, 2013, 4, beschikbaar op [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs\\_public\\_procurement.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs_public_procurement.pdf).

steeds meer aan belang en worden door beleidsmakers uitdrukkelijk aangemoedigd teneinde het duurzame en circulaire karakter van onze aanbesteding-/aankoopprocessen te verhogen.<sup>125</sup>

Bij functionele technische specificaties omschrijft de aanbestedende/aankopende entiteit haar behoefte in termen van gewenste resultaten. In tegenstelling tot een opgave van een bepaald product of dienst, wordt louter de functie beschreven die het product of de dienst moet vervullen voor de aanbestedende/aankopende entiteit, zonder dat daarbij bepaald wordt 'hoe' dit product of de dienst er moet uitzien.

De functionele specificatie betreft m.a.w. een beschreven document met daarin de verzameling geordende eisen en beschrijving van de beschikbare oplossingsruimte dan wel de gekozen oplossing met de oplossingsmarge die geldt voor een systeem. De aanbesteding/aankoop wordt doelgericht geformuleerd en niet (langer) middelgericht<sup>126</sup>; een onderscheid dat treffend wordt geïllustreerd via de volgende vergelijking van J. GEERTS<sup>127</sup>:

Specifiek	Functioneel
Het verwarmingssysteem werkt d.m.v. een brander en radiatoren en gebruikt aardgas als brandstof	Het gebouw moet een constante temperatuur hebben van 21°C met een zo laag mogelijk verbruik
Feestverlichting met led-lampen en plastic omhulsel	Feestverlichting die uiterst energiezuinig en onbreekbaar is

95. Vastgesteld dient dat dergelijke functionele omschrijvingen van de technische specificaties een aantal belangrijke voordelen herbergen als gevolg van de grote(re) vrijheid die ze laten aan inschrijvers en de aanbestedende/aankopende entiteiten.

Zo bieden technische specificaties die worden omschreven op een functionele manier meer ruimte voor creativiteit van de inschrijvers. De markt wordt gestimuleerd om innoverende en duurzame technische oplossingen aan te reiken. Voorts kunnen via functionele specificaties meestal meer leveranciers aanbeoordeld

<sup>125</sup> Overw. 74 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG; Vlaams plan overheidsopdrachten, Vlaamse Regering 2016, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/beleid-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/beleid-overheidsopdrachten).

<sup>126</sup> K. VAN IJSSELMUIDE (NEVI), *Handvat functioneel specificeren*, 2013, 4, beschikbaar op [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl); bv. De overheid besluit een verwarmingssysteem aan te kopen. Ze wenst in haar overheidsgebouw te allen tijde minstens een temperatuur van 20°C te waarborgen. De 20°C-eis is dan ook de voornaamste functionele technische specificatie die opgelegd wordt. De concrete technische invulling van het verwarmingssysteem dat dit moet waarmaken, wordt overgelaten aan de marktpelers. Samen met een gunningscriterium 'duurzaamheid' wordt het volle potentieel van de markt aangesproken om met innoverende en duurzame verwarmingsmethoden en systemen te komen aanzetten (AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)).

<sup>127</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 29.



worden dan met strikte normen/standaarden, zodat monopolievorming wordt teruggedrongen en er ook minder risico bestaat om bepaalde alternatieven te verwaarlozen.<sup>128</sup>

Hoe functioneler / minder specifiek de omschrijving van de technische specificaties, des te groter de potentiële duurzaamheidswinsten kunnen geacht worden.<sup>129</sup>

96. Thans kan niet uitgesloten worden dat een louter functionele (behoefte-)omschrijving in bepaalde gevallen te weinig zekerheid biedt over de wenselijkheid van een uiteindelijk product of dienst. In voorkomend geval verhindert niets om bepaalde aspecten van de opdracht te concretiseren, zodat bepaalde ongewenste opties worden geëlimineerd, of andere net aangemoedigd.

Het gebruik van een functionele behoefteomschrijving aan de hand van prestatie-eisen sluit het gebruik van concrete normen/standaarden immers niet uit; ze zijn complementair. Het functioneel omschreven voorwerp kan dus in zekere mate bijgestuurd worden door het op een positieve of negatieve manier aan te vullen met concrete technische eisen.<sup>130</sup>

Uitgaande van een (circulair) “product-als-dienst” model zou een functionele omschrijving aan de hand van prestatie-eisen, gecombineerd met een concrete technische (veiligheids-)norm/standaard, in de weerhouden case van de Stad Antwerpen er (bv.) kunnen uitzien als volgt:

*“De aanbestedende overheid wenst een overheidsopdracht voor diensten af te sluiten met als voorwerp  
“Bouw van een circulaire fietsbrug te Berchem”.*

*De dienstverlening in het kader van een “Bouw van een circulaire fietsbrug te Berchem” omvat een permanente en transparante dienst (nl. beschikbaar stellen van een fietsburg en het behalen van de vereiste veiligheidsniveau’s) aan een vaste prijs en met een circulair economisch model op het einde van de opdracht (terugnemen en hergebruik van producten/componenten/materiaal) uitgaande van het concept van duurzame en ecologische productiedoelstellingen.*

*Het doel van onderhavige opdracht is het afsluiten van een langetermijnovereenkomst, met een beschikbaarheidsfase van minimaal 75 jaar (tot 2095), met een innovatieve partner om de fietsburg aan te bieden als een dienst binnen een circulair economisch model. De opdracht dient zodoende te worden uitgevoerd zonder initiële investering door de aanbestedende overheid, maar via een periodieke betaling van*

---

<sup>128</sup> K. VAN IJSSELMUIDE (NEVI), *Handvat functioneel specificeren*, 2013, 4, beschikbaar op [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl);

<sup>129</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

<sup>130</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten).

*een beschikbaarheidsvergoeding. De middelen voor deze beschikbaarheidsvergoeding worden (mede-) bekomen door het vrijkomen van middelen ingevolge het vermijden van materiaalvervangingen.*

*Gedurende de looptijd van de opdracht blijft de opdrachtnemer eigenaar van de materialen en is hij integraal verantwoordelijk voor de beschikbaarheid van de fietsbrug en het garanderen van de correcte veiligheidsniveau's conform de minimale specificaties (norm (...)).*

*In geval van defect wordt een mechanisme van prestatiekorting in werking gezet en wordt een maximaal hergebruik van producten/componenten/materialen voorzien. Bij afloop van de opdracht worden (al dan niet een vooraf bepaald percentage van) de producten/componenten/materialen in beginsel teruggenomen met oog op een hoogwaardig en kwalitatief hergebruik of recyclage.*

*De aanbestedende overheid zal geen enkele investering doen in het kader van onderhoudige opdracht, maar zal betalen voor het verbruik van de fietsbrug ("gebruikskost") en instaan voor de vergoeding inzake de dienstverlening ("beschikbaar stellen van de fietsbrug")*

#### **4.2.3. Circulaire keurmerken of labels**

97. Zoals aangestipt, bieden de technische specificaties van een opdracht – wanneer correct omschreven – één van de voornaamste opportuniteiten om circulaire overwegingen en eisen in de opdrachtdocumenten van een aanbesteding/aankoop te integreren.

Overwegende dat echter ook gewaarborgd moet worden dat het uiteindelijke product of dienst ook daadwerkelijk in overeenstemming is met deze (circulaire) technische specificaties wordt het een aanbestedende/aankopende entiteit die het voornemen heeft werken, leveringen of diensten met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen, toegelaten één of meerdere keurmerken voor te schrijven tot bewijs dat de werken, leveringen of diensten overeenstemmen met de gevraagde kenmerken.<sup>131</sup>

Een keurmerk/label is een certificaat dat garandeert dat een werk, product of dienst voldoet aan bepaalde duurzaamheids- of circulaire eisen.<sup>132</sup>

98. Inzake aanbestedingen/aankopen hebben keurmerken in de regel aldus een dubbel doel: het omschrijven van de kenmerken van de opdracht (op basis van de keurmerkeisen) en de controle op het voldoen aan deze kenmerken.

---

<sup>131</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be).

<sup>132</sup> Art. 2, 50° Overheidsopdrachtenwet.

Vastgesteld dient immers dat de vigerende Overheidsopdrachtenwet – naast de vrijheid om erkende keurmerken bij naam te vermelden in opdrachtdocumenten – eveneens de mogelijkheden voor het aanwenden van keurmerken heeft uitgebreid. Zo dienen de keurmerken niet langer beperkt te blijven tot de technische specificaties, doch kunnen zij eveneens worden aangewend in de contractvoorwaarden betreffende de uitvoering van de opdracht.<sup>133</sup>

Keurmerken vormen zodoende hét instrument bij uitstek om de duurzaamheid/circulariteit te controleren.

99. Ingevolge de groeiende aandacht (van overheidswege) voor duurzaam consumeren en het circulair economiemodel, zijn keurmerken/labels heden omnipresent en dit eveneens op vlak van de circulariteit van bepaalde opdrachten. Relevante keurmerken voor de circulaire economie zijn (o.m.) de volgende:

- Cradle To Cradle: dit is vnl. een milieukeurmerk voor herbruikbare producten, dat kan worden teruggevonden op een zeer breed gamma van materialen (waaronder textiel en bouwmaterialen).



Het label garandeert goede omstandigheden voor materiaalgebruik (verbod op zeer schadelijke stoffen tot een verbod op aanwezigheid van stoffen die een risico voor de gezondheid inhouden en niet recyclebaar, biologisch afbreekbaar of hernieuwbaar zijn), energie (energieconsumptie (basic) tot het gebruik van volledig hernieuwbare energie of het volledig compenseren van de CO<sub>2</sub>-uitstoot van het product) en water (impact van de waterconsumptie in de productie en het opstellen van een actieplan tot zuiveren van alle afvalwater naar drinkwater)<sup>134</sup>.

- Label Circulair Gebouw: de Vlaamse Confederatie Bouw, WTCB en VLISOG vzw ontwikkelen een label voor circulaire gebouwen, dat een duidelijk referentiekader biedt om circulariteit in gebouwen te evalueren.



Het keurmerk vestigt zijn aandacht in het bijzonder op een doordacht ontwerp, keuze voor duurzame materialen, omkeerbare verbindingen en verlagen van de afvalhoeveelheid, waarbij ook aandacht is voor het proces, levenscycluskosten, milieu-impact, onderhoud en nieuwe businessmodellen.<sup>135</sup>

- ...

<sup>133</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be); J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 29.

<sup>134</sup> <https://www.labelinfo.be/label/bouwen-cradle-cradle>.

<sup>135</sup> <http://www.vcb.be/circulair-gebouw>.

## 5. DE SELECTIE- EN GUNNINGSFASE VAN DE CIRCULAIRE AANBESTEDING/AANKOOP

100. Benevens de opdrachtomschrijving en technische specificaties, moeten de selectie- en gunningscriteria als voornaamste opportuniteit beschouwd worden om circulaire overwegingen en eisen in een aanbesteding-/aankoopproces te integreren. Daar aan de hand van deze criteria bepaald wordt welke inschrijving finaal weerhouden wordt, staat buiten kijf dat het circulariteitsgehalte hierdoor in grote mate zal bepaald worden.

Uit de weerhouden cases bleek echter dat het kiezen/formuleren van deze criteria niet als evident werd ervaren en daarentegen meermaals de vraag werd gesteld naar relevante selectie- en gunningscriteria die de circulariteit van een aanbesteding/aankoop kunnen verhogen.

### 5.1. De selectiefase en -criteria van de circulaire aanbesteding/aankoop

101. In beginsel wordt een aanbesteding/aankoop steeds toegewezen aan de inschrijver die de laagste of economisch meest voordelige offerte indient. Alvorens de offertes worden beoordeeld, moet echter bepaald worden van welke ondernemingen een offerte in aanmerking mag genomen worden, zodanig dat het – in theorie – mogelijk zou zijn om een aantal partijen eerst op circulariteit te selecteren.

Dit is het voorwerp van de selectiefase die de gunningsfase voorgaat: het betreft de fase waarin de “persoon” van de onderneming beoordeeld wordt en bepaald wordt welke ondernemingen in aanmerking komen om mee te dingen naar de opdracht. Deze selectiefase is in het algemeen tweeledig: enerzijds is er de betrouwbaarheidscontrole van de onderneming (via uitsluitingscriteria) en anderzijds is er de beoordeling van de geschiktheid van de onderneming (via kwalitatieve selectiecriteria).<sup>136</sup>

#### 5.1.1. Circulaire uitsluitingscriteria (?)

102. Overeenkomstig de vigerende Overheidsopdrachtenwet kan of moet een inschrijver in een aantal strikte (verplichte of facultatieve) uitsluitingsgevallen die opgenomen worden in de opdrachtdocumenten met betrekking tot de betrouwbaarheid – en ruimer – de persoonlijke situatie van de inschrijvers de toegang tot de opdracht worden ontzegd nog vooraleer zij een inhoudelijk voorstel kunnen doen.

Hoewel in dit verband een verhoogde mogelijkheid werd voorzien om de naleving van milieu-, sociaal- en arbeidsrecht af te dwingen<sup>137</sup>, worden deze uitsluitingscriteria limitatief en strikt (en deels verplichtend) voorgeschreven in art. 67 t./m. 70 Overheidsopdrachtenwet. Teneinde de mededinging en gelijkheid van marktspelers te vrijwaren, heeft de regelgever geen ruimte gelaten voor de aanbestedende/aankopende entiteiten om aanvullende uitsluitingscriteria in de opdrachtdocumenten in te schrijven.

<sup>136</sup> K. RONSE, “De selectie”, in D. D’HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 325-335.

<sup>137</sup> Zo kunnen deelnemers die milieudelicten hebben begaan worden uitgesloten van deelname aan overheidsopdrachten.

De aanbestedende/aankopende entiteit is altijd gehouden om inschrijvers te controleren in het licht van de wettelijk bepaalde uitsluitingsgronden, zodat er op vlak van de uitsluitingscriteria weinig mogelijkheden ontwaard worden om het circulariteitsgehalte van een aanbesteding/aankoop te laten meespelen.<sup>138</sup>

### 5.1.2. Circulaire kwalitatieve selectiecriteria

103. Naast voorschreven beoordeling inzake de betrouwbaarheid omhelst de selectiefase ook een kwalitatieve beoordeling van de inschrijvers. Ofschoon het bij deze beoordeling nog steeds gaat om een beoordeling van de persoon van de inschrijver (i.e. (nog) niet het inhoudelijke voorstel), wordt de aanbestedende/aankopende entiteit in dit kader meer vrijheid gelaten om een en ander zelf in te vullen en te beoordelen.<sup>139</sup>

Overeenkomstig art. 71 Overheidsopdrachtenwet kunnen de kwalitatieve selectiecriteria betrekking hebben op (i) de geschiktheid van de inschrijver om de beroepsactiviteit uit te oefenen, (ii) de economische en financiële draagkracht van de inschrijver en (iii) de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver.

104. *Prima facie* lijkt een aanbestedende/aankopende entiteit het circulariteitsgehalte van de selectiecriteria in de opdrachtdocumenten te kunnen verhogen door de nadruk te leggen op één of meerdere circulaire capaciteiten waarover een inschrijver dient te beschikken in het kader van zijn technische bekwaamheid.<sup>140</sup>

Niettegenstaande de (kwalitatieve) selectiecriteria inzake technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid limitatief worden opgesomd in art. 58, 4<sup>de</sup> lid en bijlage XII, deel II van de Overheidsopdrachtenrichtlijn<sup>141</sup>, lijken bepaalde van deze criteria zich te (kunnen) lenen tot het voorschrijven van circulaire eisen op het niveau van de onderneming.<sup>142</sup>

Dit inzonderheid wat betreft de (kwalitatieve) selectiecriteria inzake relevante ervaring en referenties, de onderwijs- en/of beroepskwalificaties van het personeel, evenals inzake de zgn. milieubeheerssystemen.

105. In eerste instantie kan (bv.) vereist worden dat een inschrijver aantoont te beschikken over voldoende ervaring inzake soortgelijke opdrachten met eenzelfde niveau van circulariteit, door een x-aantal referenties op te

---

<sup>138</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten); J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 32.

<sup>139</sup> D. D'HOOGHE en N. KIEKENS, "Het gunningscriterium of gunningscriteria: de geheimtaal van de overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24", *OOO* 2015, 186.

<sup>140</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 33.

<sup>141</sup> Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

<sup>142</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 33.

geven van gelijkaardige opdrachten.<sup>143</sup> In de weerhouden case van de Stad Antwerpen zou een dergelijk (kwalitatief) selectie criterium er bv. kunnen uitzien als volgt:

*“De inschrijver legt een lijst voor van minimum twee (2) referenties inzake in het verleden uitgevoerde of in uitvoering zijnde gelijkaardige opdrachten, die gedurende de afgelopen vijf (5) jaren werden / worden verricht, met vermelding van de looptijd, het type patrimonium, de contractdatum en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren/zijn.*

*Als “gelijkaardige” opdrachten worden beschouwd: opdrachten inzake de bouw van circulaire infrastructuurwerken met een minimale looptijd van vijftig (50) jaar.*

*Referenties die niet aan de bovengenoemde voorwaarden beantwoorden, worden niet in aanmerking genomen.”*

Desgewenst kan de aanbestedende/aankopende entiteit tevens vereisen dat bepaalde personeelsleden die door de weerhouden inschrijver zullen ingezet worden in het kader van de opdracht, moeten beschikken over kwalificaties inzake milieu en/of circulaire economie (bv. vereisen van een projectleider met aantoonbare ervaring inzake circulaire economie projecten).

106. Daarnaast kan tijdens de selectiefase een (circulaire) mogelijkheid voor de aanbestedende/aankopende entiteit gevonden worden om in de opdrachtdocumenten kwalitatieve (selectie-)eisen te stellen inzake het zgn. milieumanagement- of milieubeheerssystemen van de inschrijver.

Dergelijke milieubeheerssystemen zijn auditsystemen met de bedoeling te verduidelijken op welke wijze een onderneming systematische inspanningen levert om zijn milieuprestaties te verbeteren. Het selectie criterium ‘milieubeheerssystemen’ slaat derhalve op een beoordeling van de milieudoelstellingen die een organisatie stelt aan zichzelf en die gericht zijn op de verbetering van de milieuprestaties van de inschrijver.<sup>144</sup>

In de weerhouden case van de Stad Antwerpen zou een dergelijk (kwalitatief) selectie criterium inzake milieubeheerssystemen er bv. kunnen uitzien als volgt<sup>145</sup>:

*“De inschrijver werkt volgens een circulair economie systeem dat gericht is op continue verbetering en voldoet aan volgende voorwaarden:*

---

<sup>143</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be).

<sup>144</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be).

<sup>145</sup> X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl); J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 34.

- *De inschrijver heeft de doelstelling om zelf (deels-/volledig) circulair te worden;*
- *De inschrijver heeft doelstellingen/uitvoeringsstrategieën om afvalmateriaal tijdens het productieproces te reduceren;*
- *De inschrijver heeft doelstellingen/uitvoeringsstrategieën voor een hoogwaardig hergebruik van materialen;*
- *De inschrijver heeft doelstellingen/uitvoeringsstrategieën voor een optimalisatie van de levensduur van producten (al dan niet) via hergebruik.”*

Thans ontwikkelde de Vlaamse overheid reeds een algemene clause voor het vereisen van milieubeheersystemen als (kwalitatief) selectiecriteria.<sup>146</sup>

107. Opgemerkt dient echter dat het stellen van kwalitatieve (selectie-)eisen in de opdrachtdocumenten, inzonderheid inzake milieubeheersystemen, niet altijd eenvoudig is voor een aanbestedende/aankopende (publieke) entiteit. Zo bepaalt art. 71 Overheidsopdrachtenwet dat de selectie-eisen steeds voldoende relevantie moeten vertonen met het voorwerp van de opdracht, zodanig dat de aard van de werken of diensten de toepassing van bepaalde milieubeheermaatregelen of -systemen kunnen rechtvaardigen.<sup>147</sup>

Daarenboven dient benadrukt dat een aanbestedende/aankopende entiteit niet te veel kwalitatieve (selectie-)eisen vermag te stellen in het licht van het proportionaliteitsbeginsel. Het opleggen van allerlei circulaire selectiecriteria kan dus enkel indien circulariteit en duurzaamheid ook aandacht krijgt in de technische specificaties en eventueel de uitvoeringsvoorwaarden van de opdracht.<sup>148</sup>

Overwegende dat het derhalve niet steeds evident voorkomt om circulaire overwegingen te integreren in de selectiefase, lijkt de circulariteit van de opdracht in grote mate bepaald te (moeten) worden door de gunningscriteria, samen met de beknopte opdrachtschrijving en technische specificaties.

## 5.2. De gunningsfase en -criteria van de circulaire aanbesteding/aankoop

108. De gunning van een opdracht vindt plaats aan de hand van één of meerdere gunningscriteria. Deze gunningscriteria vormen de basis voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen en bevatten de inhoudelijke criteria voor de keuze van de beste aanbieder. In tegenstelling tot de selectiecriteria

<sup>146</sup> Zie <https://overheid.vlaanderen.be/milieubeheersystemen-als-selectiecriteria>.

<sup>147</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten).

<sup>148</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 34.

die focusten op een beoordeling van de persoon van de inschrijver, strekken de gunningscriteria ertoe de intrinsieke kwaliteit van de ingediende offertes te beoordelen.<sup>149</sup>

Daarbij worden overheidsopdrachten niet (langer) per sé gegund tegen de laagste prijs. Zoals art. 81, §1 Overheidsopdrachtenwet bepaalt, gaat de aanbestedende/aankopende entiteit daarentegen op zoek naar de zgn. ‘*economisch meest voordelige offerte*’, dewelke wordt vastgesteld op basis van (i) de prijs, (ii) de kosten en/of (iii) de beste prijs-kwaliteitsverhouding.

De meest courante gunningscriteria ter beoordeling hiervan zijn de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken en de uitvoeringstermijn.<sup>150</sup>

109. Ter bevordering van de circulaire economie resp. vrijwaring van de circulariteit van de aanbesteding/aankoop lijkt het op het eerste gezicht evenwel noodzakelijk – in aanvulling op voormelde gunningscriteria – dat een aanbestedende/aankopende entiteit bij de beoordeling van de offertes, extra punten zou toekennen voor circulaire inschrijvingen. Deze punten belonen alsdan ‘*nice to have*’, circulaire kenmerken van de inschrijving die verder gaan dan de technische minimumvoorwaarden (de ‘*must have*’).<sup>151</sup>

In het bijzonder bij de keuze voor een functionele behoefteomschrijving aan de hand van prestatie-eisen is het dan ook van belang om weloverwogen gunningscriteria op te nemen in de opdrachtdocumenten die inschrijvers belonen indien hun offerte de vooropgestelde minimumeisen in de technische specificaties overstijgt op vlak van de circulaire economie.

110. De moeilijkheid bij deze aankooptechniek is het uitwerken van betrouwbare berekenings- en vergelijkingsmethoden om de offertes objectief te kunnen beoordelen. Voor de beoordeling van de verschillende offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt daarom in de meeste gevallen gebruik gemaakt van verschillende gunningscriteria met uitdrukkelijk bepaald een verschillend gewicht of belang.

Het door de aanbestedende overheid toe te kennen gewicht van de verschillende gunningscriteria is vaak een bron van twijfel bij het opmaken van bestekken. Enerzijds lijkt het aangewezen om de duurzame gunningscriteria een significante weging mee te geven, het belang van duurzaamheid mag immers niet worden onderschat.

---

<sup>149</sup> Overw. 101 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG; RvS 19 september 2008, nr. 186.386.

<sup>150</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

<sup>151</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 34.



Anderzijds wenst men er toch ook over te waken dat de andere criteria niet worden ondergraven, in het bijzonder het prijs criterium<sup>152</sup>.

Het bepalen van de relatieve waarde van de gunningscriteria moet dan ook opdracht per opdracht gebeuren, en varieert al naargelang de verschillende criteria die gehanteerd worden. Ingeval alle circulaire eisen (bv.) reeds als harde eisen in de technische specificaties van de opdrachtdocumenten zijn opgenomen, dient er zelfs geen percentage circulaire gunningscriteria voorzien te worden.<sup>153</sup>

111. Uit bovenstaande overwegingen blijkt genoegzaam dat het belangrijk is ervoor te zorgen dat er meerdere gunningscriteria zijn teneinde tot een circulaire overheidsopdracht te komen, ongeacht de plaatsingsprocedure die gekozen wordt. Op die manier kan circulariteit steeds mee worden genomen in de beoordeling van de offertes in de vorm van één of meerdere hierop toegespitste gunningscriteria.
- In tegenstelling tot de selectiecriteria lijkt het evidentier de circulaire eisen te integreren in de gunningscriteria van de opdracht, die zich er minstens op de volgende twee onderdelen, toe lenen om circulaire overwegingen te laten meespelen.

### *5.2.1. Levenscycluskosten als gunningscriterium*

112. Circulaire overwegingen lijken vooreerst via het prijs criterium in aanmerking genomen te kunnen worden via de techniek van de levenscycluskosten. Hierbij worden immers niet enkel de koopprijs en de direct daaraan verbonden kosten in aanmerking genomen (levering, installatie, ...) voor de beoordeling, maar worden ook de operationele kosten (energieverbruik, onderhoudskosten, ...) en de kosten bij het einde van de initiële levensduur van het product (kosten van verwijdering, hergebruik, ...) in rekening gebracht.<sup>154</sup>

Het begrip levenscyclus omvat in essentie alle kosten binnen de levenscyclus en omhelst zowel de interne kosten, zoals research, ontwikkeling, productie, vervoer, gebruik, onderhoud en verwijdering, maar kan ook kosten omvatten die toe te schrijven zijn aan externe milieueffecten, zoals verontreiniging veroorzaakt door het product of bij de productie ervan.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Met de waarde van het gunningscriterium 'prijs' moet steeds zorgvuldig worden omgesprongen: indien dit criterium een te hoog gewicht krijgt zal het de andere criteria overstemmen, indien het een te laag gewicht krijgt, bestaat het risico dat de prijzen de hoogte ingaan en dat men ingevolge de andere criteria zal moeten gunnen aan een inschrijver die te duur is.

<sup>153</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

<sup>154</sup> Interpretatieve mededeling van de Commissie van 4 juli 2001 betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en op de mogelijkheden om milieuoverwegingen te integreren, *Pb. C.* 28 november 2001, afl. 333/19.

<sup>155</sup> Overw. 96 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

Door rekening te houden met al deze kosten (zgn. *total cost of ownership*) kunnen aanzienlijke financiële, circulaire en onderhoudswinsten worden geboekt, nu de keuze voor duurzame/circulaire materialen gebruikelijk zal leiden tot lagere onderhoudskosten.<sup>156</sup>

113. Het toepassen van levenscycluskosten als gunningscriterium geeft daarnaast een prikkel aan inschrijvers om innovatieve oplossingen aan te bieden die beter scoren op levenscycluskosten, al of niet inclusief de milieu- en andere maatschappelijke kosten.

Problematisch in dit verband is echter dat innoverende oplossingen zich veelal nog niet bewezen hebben en de kosten ervan speculatief kunnen zijn, zodanig dat de aanbestedende/aankopende entiteit met extra onzekerheden en/of risico's wordt opgezadeld. Een mogelijke manier om innovatieve oplossingen een kans te geven is daarom de aanstelling van een comité van experts die de inschrijvingen beoordelen en een inschatting maken over de waarschijnlijkheid van toekomstige kosten.

Daarbij speelt niet alleen deskundige intuïtie een rol maar ook onderzoek nu vergelijkbare oplossingen elders in de wereld wellicht al werden gerealiseerd.<sup>157</sup>

114. Thans dient nog opgemerkt dat de aanbestedende/aankopende entiteit die gebruik maakt van een beoordeling op basis van levenscycluskosten, vooraf in de opdrachtdocumenten (i) de door de inschrijvers te verstrekken gegevens en (ii) de methode die zij zal gebruiken om de levenscycluskosten op basis van deze gegevens te berekenen, moet vermelden.

In tegenstelling tot hetgeen gebruikelijk is in het kader van de beoordeling van gunningscriteria, moet de berekeningsmethode voor de levenscycluskosten vooraf aldus bekend zijn, hetgeen niet altijd voor de hand liggend is.<sup>158</sup>

Om die reden ontwikkelde het Europees "Clean Fleets Project" – met de steun van de Europese Unie – (o.m.) een levenscycluskosten-tool die de berekening van de kosten van emissies mogelijk maakt.<sup>159</sup> Ook het SMART Sustainable Public Procurement Programma (SMART SPP) ontwikkelde een nuttige tool voor de berekening van zowel levenscycluskosten als CO<sub>2</sub>-emissies.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 36.

<sup>157</sup> J. ESCHER, *Levenscycluskosten als gunningscriterium*, 2016, PIANOo, beschikbaar op [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl).

<sup>158</sup> J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017/01, (23) 37.

<sup>159</sup> Zie [www.clean-fleets.eu/fileadmin/files/documents/Publications/Translations/nl/ICLEI\\_clean\\_fleets\\_guide\\_NL\\_210x297\\_090615515\\_screen.pdf](http://www.clean-fleets.eu/fileadmin/files/documents/Publications/Translations/nl/ICLEI_clean_fleets_guide_NL_210x297_090615515_screen.pdf).

<sup>160</sup> Zie [www.smart-spp.eu/](http://www.smart-spp.eu/).

### 5.2.2. Circulaire overwegingen als gunningscriterium

115. Naast de levenscycluskosten als gunningscriterium voorziet art. 81, §2, 3° Overheidsopdrachtenwet dat een aanbestedende/aankopende entiteit tevens “sociale- milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt”, kan aanwenden als kwalitatief gunningscriterium, voor zover deze verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Overeenkomstig art. 81, §3, 1° lid Overheidsopdrachtenwet worden gunningscriteria geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer ze betrekking hebben op de te verrichten werken, leveringen of diensten en dit in elk stadium van de levenscyclus ervan, met inbegrip van (i) het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of (ii) een specifiek proces voor een andere fase van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van de materiële basis ervan.<sup>161</sup>

Het verband met het voorwerp van de opdracht van milieugerelateerde gunningscriteria, wordt aldus – net als bij de technische specificaties – breed ingevuld. Dit zodat een grote speelruimte voor de aanbestedende/aankopende entiteit wordt gelaten om circulaire kenmerken uit te werken in de gunningscriteria.

116. Het gebruik van circulaire gunningscriteria maakt het mogelijk om inschrijvers met een circulaire inschrijving een betere score toe te kennen bij de beoordeling (op deze onderdelen). Indien de aanbestedende/aankopende entiteit diverse minimumeisen wenst op te nemen in de opdrachtdocumenten, kan er bv. voor geopteerd worden de technische specificaties te beperken tot een minimumeis om vervolgens via de gunningscriteria de inschrijvers te belonen die deze minimumeis in hun inschrijving overtreffen.

In voorkomend geval kunnen extra punten worden toegekend naarmate de circulaire kenmerken van een inschrijving hoger liggen of naarmate specifieke vooropgestelde drempels inzake circulariteit behaald worden.

Voorbeelden van dergelijk specifieke circulaire gunningscriteria die in de weerhouden case van de Stad Antwerpen aan bod zouden kunnen komen zijn (o.m.) de volgende:

- Ingeval als (specifieke) technische specificatie wordt geëist dat de gebruikte materialen voor de bouw van de circulaire fietsbrug te Berchem voor minstens 80% uit gerecycleerde componenten dienen te bestaan, kunnen via een gunningscriterium punten (van bv. 1 tot 20) worden toegekend voor elke 5% dat het minimumpercentage wordt overtroffen;<sup>162</sup>

<sup>161</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten).

<sup>162</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be)

- Ingeval als (specifieke) technische specificatie wordt geëist dat alle materialen voor de bouw van de circulaire fietsbrug te Berchem uit gerecycleerde componenten zijn vervaardigd, kunnen via een gunningscriterium punten (van bv. 1 tot 20) worden toegekend in de mate een inschrijver zich ertoe verbindt de gebruikte materialen aan het einde van de levensduur van de fietsbrug terug te nemen en opnieuw te recyclen;<sup>163</sup>
- ...

117. Wanneer de behoefteomschrijving in de opdrachtdocumenten eerder functioneel van aard is omschreven (aan de hand van prestatie-eisen), zodanig dat de uitkomst van het aanbesteding-/aankoopproces minder rigide is vastgelegd, lijkt het minder evident voormelde “soort van gunningscriteria” toe te passen nu dit enige mate van voorkennis veronderstelt.

In voorkomend geval lijkt het niet uitgesloten enkele meer algemene circulaire gunningscriteria in rekenschap te brengen. Uitgaande van een (circulair) “product-als-dienst” model zouden in dit verband in de weerhouden case van de Stad Antwerpen – en breder – in elke circulaire aanbesteding/aankoop (bv.) volgende algemene circulaire gunningscriteria kunnen gehanteerd worden teneinde de circulariteit van een bepaalde inschrijving te waarborgen/beoordelen:

*“1.6. Circulaire economie – Plan van aanpak bij aanvang en tijdens de uitvoering van de Opdracht (x-aantal punten)*

*Duurzame en circulaire ontwikkeling is ontwikkeling die aansluit op de behoeften van het heden zonder het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen. Onderhavige opdracht is daarvan een voorbeeld aangezien het vertrekt van hergebruikte-/herbruikbare materialen dan wel een performantiegebaseerde dienst aan een vaste prijs, met aan het einde van de opdracht een uitgangspunt van maximaal hergebruik van producten-/componenten-/materialen.*

*Bij inschrijving met een performantiegebaseerde dienstverlening aan vaste prijs zorgt onderhavige opdracht er bovendien voor dat er met de hele levenscyclus van de circulaire fietsbrug rekening wordt gehouden, wat evidente energie- en milieuwinsten genereert.*

*Het doel is om producten zodanig efficiënt te implementeren dat materialen kunnen worden hergebruikt met zo min mogelijk waardeverlies en zonder schadelijke emissies voor het milieu. In een circulaire economie wordt waarde gecreëerd op basis van gebruik in plaats van verbruik, waarbij het over meer gaat dan louter recyclen. .*

<sup>163</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

*Aangezien de Stad Antwerpen participeert in het Burgemeestersconvenant wil de Stad zich optimaal inzetten in het kader van duurzaamheid en circulariteit. Inzake het burgemeestersconvenant engageren gemeenten zich immers mee voor de Europese en regionale inspanningen om de CO2-uitstoot te verminderen. Ze zullen die uitstoot op hun grondgebied met minstens 40 procent terugdringen tegen 2030. Het convenant is een mooie vlag om het hele lokale energiebeleid focus en systematiek te geven en zichtbaar te maken voor de bevolking.*

*Onderhavige opdracht onderschrijft deze doelstelling ten volle.*

*De Aanbestedende Overheid verwacht dan ook dat de inschrijver een aanvullende inspanning levert inzake duurzaamheid en circulariteit, inzonderheid zich inspant om de gebruikte materialen/grondstoffen te hergebruiken of op een zo hoog mogelijk niveau te recyclen. Daartoe geeft de inschrijver – middels een plan van aanpak – minstens aan op welke wijze hij ervoor zal zorgen dat de materialen hun maximale waarde behouden tijdens de looptijd van de opdracht én in welke mate er een besparing op de grondstoffen kan worden gerealiseerd.*

*De inschrijver dient bijzondere aandacht te besteden aan het hergebruiken van bestaande materialen en de recyclage ervan. Deze aandacht geldt tevens in het geval defecte onderdelen tijdens de uitvoering van de opdracht moeten vervangen worden.*

#### *Beoordeling*

*Voor dit criterium zal één gemotiveerde score worden toegekend.*

*Aan een offerte die “uitstekend” scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die “zeer goed” scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die “goed” scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die “onvoldoende” goed scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die “zwaar onvoldoende” scoort, worden minder dan x punten toegekend.*

In gelijkaardige zin zou tevens een ander (al dan niet combineerbaar) algemeen circulair gunningscriterium als volgt kunnen geformuleerd worden bij wijze van voorbeeld:

*“1.7. Circulaire economie – Plan van aanpak bij het einde van de Opdracht – Continuïteit van de dienstverlening (x-aantal punten)*

*De inschrijver voegt bij zijn voorstel een plan van aanpak waarin hij minstens aangeeft hoe de restwaarde van de materialen bij het einde van de opdracht een invloed heeft op de prijssetting. Hij stelt hierbij tevens een aankoopoptie in hoofde van de aanbestedende overheid voor.*

*De inschrijver dient tevens zijn visie te geven aangaande het hergebruik van materialen van de materialen en hoe deze te waarborgen bij einde van het contract. Tevens dient de Inschrijver aan te geven op welke wijze de continuïteit van de verkeersverbinding wordt verzekerd aan de aanbestedende overheid en gebruikers op het einde van de opdracht en op welke wijze deze overgang wordt georganiseerd, en dit steeds met inachtneming van de vereiste veiligheidsniveau's.*

*Aangezien de aanbestedende overheid de circulaire economie en duurzaamheid hoog in het vaandel draagt, dienen bij einddatum van de opdracht de opgerichte constructies op een duurzame wijze verwijderd en hergebruikt te worden. De inschrijver dient zijn visie en werkwijze dienaangaande in zijn plan van aanpak op te nemen.*

#### *Beoordeling*

*Voor dit criterium zal één gemotiveerde score worden toegekend.*

*Aan een offerte die "uitstekend" scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die "zeer goed" scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die "goed" scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die "onvoldoende" goed scoort, worden tussen x-x punten toegekend.*

*Aan een offerte die "zwaar onvoldoende" scoort, worden minder dan x punten toegekend."*

Zoals uit voormelde (specifieke en algemene) gunningscriteria kan afgeleid worden, laten gunningscriteria steeds een graduele beoordeling van inschrijvingen toe. Gunningscriteria waaraan ofwel wordt voldaan (en de betrokken inschrijving het maximum van de punten krijgt), ofwel niet wordt voldaan (en de betrokken inschrijving dus geen punten krijgt), zijn te mijden.<sup>164</sup>

## **6. AFBAKENING VAN EIGENDOM – NIEUWE MODELLEN IN DE UITVOERINGSFASE**

118. Eens de in aanmerking te nemen inschrijvers zijn geselecteerd en de opdracht is gegund volgens de vooropgestelde criteria, betreft de effectieve sluiting van de opdracht in de vorm van één of meerdere

---

<sup>164</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

overeenkomst(en) het laatste onderdeel van het circulaire aanbesteding-/aankoopproces. In dit verband kon uit de weerhouden cases blijken dat de (contractuele) afbakening van het eigendomsrecht niet als evident werd ervaren door diverse marktspelers.

Dit gezien circulair aanbesteden/aankopen vermoed wordt “nieuwe” contractvormen te introduceren waarbij reeds bij aanvang (i.e. in de opdrachtdocumenten) afspraken moeten gemaakt worden betreffende het hoogwaardig hergebruik van materialen aan het einde van de initiële gebruiksfase en de verantwoording hierover (hetgeen kan leiden tot een andere risico- en winstverdeling). In tegenstelling tot in het kader van de klassieke overheidsopdrachten is het bij circulair aanbesteden/aankopen (bv.) niet uitgesloten dat de leverancier evt. de regievoerder van de verdere kringloop wordt, zodanig dat deze zal aangeven hoe waardebehoud van materialen zo veel als mogelijk gewaarborgd kan worden.

De afspraken die dienaangaande gemaakt moeten worden, worden verwerkt in op maat gesneden contractsbepalingen en een passende contractvorm en –duur.<sup>165</sup>

119. In het algemeen lijken er momenteel (en op het eerste gezicht) een drietal (minder) bekende contractvormen in aanmerking te komen teneinde het circulair aanbesteden/aankopen op contractuele basis te vatten:

- Leasing: Een leaseconstructie is in essentie een financieel product waarbij een financier de schakel vormt tussen de producent en de gebruiker. De producent-leverancier draagt het juridische eigendom van de producten over aan de financier. De financier gaat op zijn beurt een relatie aan met de gebruiker en kan in deze relatie het eigendom behouden of voorbehouden. In de regel is er aldus géén directe relatie tussen de producent-leverancier en de gebruiker, hetgeen gevolgen heeft voor de circulariteit en dit zowel vanuit economisch perspectief als eigendomspectief.

De financier koopt het product van de producent-leverancier. De financier wil door het beschikbaar stellen van geld een opbrengst creëren en zal het product nooit fysiek in handen hebben, want de gebruiker heeft de fysieke beschikking over het product. Het juridische eigendom blijft bij de financier om risico's af te dekken, het eigendom is zodoende als onderpand onderdeel van het financiële product. De financier wil de aanschafwaarde van het product terugverdienen en hanteert een aanvullende marge voor kosten, rente en risico. Deze totaalprijs (aanschafwaarde + kosten + rente + risicomarge – restwaarde) vertaalt hij naar een termijnbedrag, zijnde het leasebedrag.

---

<sup>165</sup> T. PADDING, G. CROON, D. VAN HAASTRECHT en R. DIJKSTRA, *Een kader voor circulair inkopen*, 2018, beschikbaar op [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl).

Dit heeft als cruciale gevolgen dat de producent-leverancier geen verlengde producentenverantwoordelijkheid draagt (omdat het eigendom bij de financier ligt), voor wie de leasing op zijn beurt aantrekkelijk is gelet op de restwaarde die aan het geleased product kleef (hetgeen een hergebruik ervan kan stimuleren);<sup>166</sup>

- Koop/terugkoop of doorverkoop: Het retourwaardemodel is een afspraak tussen de producent-leverancier en de gebruiker, waarbij de producent-leverancier de geleverde producten aan het einde van de gebruiksduur terugneemt tegen een vooraf vastgesteld bedrag. Dit model veronderstelt dat de producent een waarde ziet in het gebruikte product, de componenten of de gebruikte materialen. Hij wil die terugnemen aan het eind van de gebruiksduur om ze hoogwaardig opnieuw in te zetten bij een andere klant, zodanig dat ook de gebruiker een verantwoording heeft om het product goed te behandelen.<sup>167</sup>

Een alternatief voor de koop/terugkoop betreft de koop/doorverkoop. Deze contractvorm is vnl. interessant voor producten die onvoldoende waarde vertegenwoordigen en daarom voor de producent-leverancier mindert interessant zijn om terug te halen en te hergebruiken. In voorkomend geval kan een afvalverwerker de nodige input geven over welke stromen zich goed voor verdere verwerking lenen, zodanig dat reeds bij het aanbesteden/aankopen wordt vastgelegd hoe en door wie de inzameling na het gebruik van het product zal geschieden om de materialen opnieuw te kunnen hergebruiken (vanuit de optiek dat afval van de één de grondstof is voor een ander).<sup>168</sup>

- Product-als-dienst: bij het product-als-dienst model blijft de producent-leverancier eigenaar van het product dat – in tegenstelling tot hetgeen momenteel gebruikelijk is – wordt aangeboden als dienst in plaats van aan te kopen product. De gebruiker betaalt derhalve voor het gebruik van een product, zonder er eigenaar van te worden of betaalt voor een oplossing van zijn behoefte waarbij de producent-leverancier de materiële middelen bezit en beheert om tot de gewenste invulling te komen van deze behoefte. In beide gevallen dient de producent-leverancier het product aan het einde van de levensduur zo hoogwaardig mogelijk te (kunnen) hergebruiken.<sup>169</sup>

Zeker in deze contractvorm blijkt het – zoals ook in enkele van de weerhouden cases werd aangegeven – minder evident voor de marktspelers om de eigendomsrechten die met het als dienst verstrekte product gepaard gaan, correct af te bakenen en dit inzonderheid wanneer het om onroerende goederenconstructies gaat. Daar waar men in Nederland bv. circulaire voorgevels van gebouwen kan

---

<sup>166</sup> C. VAN OPPEN, G. CROON en D. BIJL DE VROE, *Circulair inkopen in 8 stappen*, Coper, 2018, 116.

<sup>167</sup> C. VAN OPPEN, G. CROON en D. BIJL DE VROE, *Circulair inkopen in 8 stappen*, Coper, 2018, 117.

<sup>168</sup> X, *Wegwijzer circulair inkopen*, beschikbaar op [www.mvonederland.nl](http://www.mvonederland.nl).

<sup>169</sup> T. PADDING, G. CROON, D. VAN HAASTRECHT en R. DIJKSTRA, *Een kader voor circulair inkopen*, 2018, beschikbaar op [www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl).



leasen op basis van een constructie gebaseerd op het erfpachtrecht, blijkt dit recht in België minder moduleerbaar ingevolge de dwingende bepalingen van de erfpachtwet. Teneinde het eigenaarschap in voorkomende gevallen af te bakenen, lijkt op het eerste gezicht – wars van de concrete clausules die uiteraard variëren al naargelang de concrete gevallen – echter gewerkt te kunnen worden met een *sui generis* constructie gebaseerd op een accessoir opstalrecht.

Analoog aan de circulaire voorgevel die in Nederland ingeburgerd geraakt, zou hiervoor in de weerhouden case van de Stad Antwerpen (bv.) volgende constructie kunnen opgezet worden tussen de Stad Antwerpen als en een uiteindelijk weerhouden inschrijver die de circulaire fietsbrug kan aanbieden in de vorm van een product-als-dienstverlening:

#### *“Artikel 1 – Gebruiksrecht van de Ondergrond*

*Stad Antwerpen verleent aan de inschrijver de gebruiks- en genotsrechten om de ondergrond (toegang tot-) te gebruiken voor professionele doeleinden (zoals omschreven in de opdrachtdocumenten), met dien verstande dat de inschrijver gehouden is – voor de duur van zijn recht van gebruik – om, op eigen kosten en als een goede huisvader, de ondergrond (toegang tot-) in goede staat te onderhouden.*

*De inschrijver zal elke mogelijke vorm van schade aan de ondergrond (toegang tot-), die wordt veroorzaakt door zijn eigen daad/nalatigheid gedurende de duur van zijn recht van gebruik, onmiddellijk op zijn eigen kosten herstellen.*

*Behoudens ingeval onderhavige Overeenkomst ervan afwijkt, wordt voormeld recht van gebruik kosteloos verleend.*

#### *Artikel 2 – Accessoir opstalrecht op Ondergrond*

*4.1. Stad Antwerpen verleent aan de inschrijver, accessoir aan het recht van gebruik zoals uiteengezet in artikel 1, een accessoir opstalrecht (enkel-) op de ondergrond, met als doel het op eigen kosten oprichten van circulaire fietsbrug conform de gegunde modaliteiten en beginselen.*

*Behoudens ingeval onderhavige overeenkomst ervan afwijkt, wordt voormeld accessoir opstalrecht kosteloos verleend.*

*4.2. Partijen erkennen en bevestigen dat de inschrijver – voor de duur zoals uiteengezet in onderhavige overeenkomst – eigenaar wordt van de (gebouwde-) opstal op de ondergrond.”*

120. Louter volledigheidshalve kan nog opgemerkt dat ook in deze (uitvoerings-)fase van het aanbesteding-/aankoopproces bepaalde circulaire overwegingen kunnen geïntegreerd worden in een opdracht. Art. 87 Overheidsopdrachtenwet verwijst dienaangaande naar de voorwaarden betreffende de gunningscriteria vervat in art. 81, §3 Overheidsopdrachtenwet.

Zodoende worden uitvoeringsvoorwaarden eveneens geacht verband te houden met het voorwerp van de opdracht wanneer zij verband houden met eender welk stadium van de levenscyclus van een werk, levering of dienst, met inbegrip van het productieproces of de wijze van verhandelen, of een specifiek proces in een andere fase van de levenscyclus, zelfs wanneer dit geen deel uitmaakt van de materiële basis van het werk, de levering of de dienst.<sup>170</sup>

De mogelijkheden om duurzame uitvoeringsvoorwaarden op te leggen, zijn derhalve uiterst ruim, waarbij de memorie van toelichting uitdrukkelijk bevestigt dat deze voorwaarden betrekking vermogen te hebben op milieubescherming (de levering, verpakking en afdanking van de producten betreffen, en als het gaat om overheidsopdrachten voor werken of diensten, afvalreductie of het efficiënt gebruik van hulpbronnen).<sup>171</sup>

Concrete voorbeelden van – legitieme – circulaire uitvoeringsvoorwaarden kunnen (o.m.) zijn (i) eisen dat de leverancier verpakkingsafval terugneemt (wat hem aanzet om verpakking te verminderen), (ii) opleggen van streefdoelen (en rapportage) inzake vermindering van CO<sub>2</sub>-uitstoot, verpakkingsafval, (iii) de verpakking van verbruiksgoederen (bv. mineraalwater) moet herbruikbaar zijn, (iv) ...<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 37.

<sup>171</sup> C. DE KONINCK, *Duurzame overheidsopdrachten (wetgeving 2016)*, 2017, Antwerpen, Wolters Kluwer, beschikbaar op [www.mercatus.be](http://www.mercatus.be).

<sup>172</sup> AGENTSCHAP FACILITAIR BEDRIJF, *Handleiding: duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten*, 2018, beschikbaar op [www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten](http://www.overheid.vlaanderen.be/duurzame-innovatieve-overheidsopdrachten)

### DEEL 3 – PRODUCTNORMERING ALS HINDERNIS EN DE – SCHIJNBARE – AFWEZIGHEID VAN ENIG KNELPUNT IN HET GEVISEERDE INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHT

121. Samen met de steeds groeiende aandacht voor duurzame resp. circulaire aanbesteding- en/of aankoopprocessen dient vastgesteld te worden dat het (duurzame) afvalbeheer slechts één (van de vele) schakel(s) betreft die samen de circulaire keten vormen. Deze keten vangt initieel aan met de productie van een product (lees: met het productontwerp en de toegepaste productieprocessen).

De mate waarin een product en zijn onderdelen en materialen hersteld, geherfabriceerd of gerecycled kan worden, hangt grotendeels af van het oorspronkelijke ontwerp van het product.

122. In zijn mededeling “*Maak de cirkel rond*” onderkende de Europese Commissie uitdrukkelijk dat de transitie naar een circulaire economie in beginsel start bij het prille begin van de levenscyclus van een product, waarbij zowel ontwerpfase als productieprocessen van invloed zijn op de verwerving, het gebruik van hulpbronnen en de afvalproductie gedurende de levenscyclus van een product:

*“Een beter ontwerp kan producten duurzamer maken of ervoor zorgen dat zij gemakkelijker kunnen worden gerepareerd, verbeterd of geherproduceerd. Het kan recyclers helpen producten te demonteren om waardevolle materialen en componenten terug te winnen. Over het geheel genomen kan het helpen kostbare hulpmiddelen te behouden.*

*(...) Zelfs voor producten en materialen die op een slimme manier zijn ontworpen, kan inefficiënt gebruik van hulpbronnen in productieprocessen leiden tot het missen van kansen voor het bedrijfsleven en tot aanzienlijke afvalproductie. Ook in een circulaire economie blijven primaire grondstoffen, met inbegrip van hernieuwbare grondstoffen, in de productieprocessen een belangrijke rol spelen.”<sup>173</sup>*

Met betrekking tot deze eerste fase van de (circulaire) keten werd daarom – op Europees niveau – overwogen welbepaalde communautaire eisen inzake ecologisch ontwerp te stellen en dit gezien de tijdens de levenscyclus van een product ontstane verontreiniging évenals het merendeel van de milieukosten reeds in deze (ontwerp-)fase worden gegenereerd.<sup>174</sup>

123. Thans heeft de Europese Unie reeds op 21 oktober 2009 deze richtlijn inzake ecologisch ontwerp aangenomen – zoals in werking getreden op 20 november 2009 – met als oogmerk de totale milieubelasting van

---

<sup>173</sup> Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, *Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie*, Brussel, 2 december 2015, COM(2015) 614, 3.

<sup>174</sup> Overw. 7 en 8 Richtlijn 2009/125/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energiegerelateerde producten, *OJ L 285*, 31 oktober 2009, 10–35.

een product terug te dringen.<sup>175</sup> Vastgesteld dient te worden dat hiermee het noodzakelijke kader werd gecreëerd om – op communautair niveau – bepaalde producten te onderwerpen aan minimumeisen inzake energie-efficiëntie (i.e. “eisen inzake ecologisch ontwerp”), zodat hiermee het zgn. *ecodesign* boven de doopvond werd gehouden.<sup>176</sup>

*Ecodesign* is een benadering in de productontwikkeling waarbij er in de ontwerpfase, naast functionaliteit, esthetiek, ergonomie, veiligheid en economische waarde van het product tevens naar gestreefd wordt de milieu-impact van het product gedurende zijn hele levenscyclus - gaande van het theoretische en experimentele ontwerp over de ontginning van de grondstoffen die voor de productie nodig zijn, de productie zelf, de distributie, het verbruik of gebruik, tot het einde van de levensduur, en eventuele tweede levens (herstelling, hergebruik, enz.) – zo laag mogelijk te houden.

De idee van *ecodesign* is aldus producten te ontwikkelen met een kleine ecologische input en output (i.e. weinig materiaal en energie verbruiken en waarbij weinig verontreiniging wordt uitgestoten tijdens de productie, het verbruik en de afdanking ervan, bijvoorbeeld door een langere levensduur, makkelijker onderhoud en herstellingen, en de eenvoudige mogelijkheid tot recycling, nuttige toepassing of hergebruik).<sup>177</sup>

124. Tot op heden heeft de Europese Commissie voorbereidende onderzoeken gestart, die geleid hebben tot de aanname van 28 verordeningen met betrekking tot ecologisch ontwerp.<sup>178</sup> De eisen die hierin gesteld worden aan (het ontwerp van) producten zijn in algemene zin de volgende<sup>179</sup>:

- Specifieke eisen: exacte waarden die gemeten kunnen worden en waarvoor een normatieve grenswaarde geldt (bv. maximaal energiegebruik, minimumpercentage aan gerecycleerde materialen, ...) en/of;
- Algemene eisen: geen exacte waarden maar algemene voorschriften zoals de eis dat (i) het product energie-efficiënt of recyclebaar dient te zijn, (ii) informatie moet verstrekt worden over het gebruik en onderhoud van het product teneinde de milieueffecten te beperken, ...

---

<sup>175</sup> Richtlijn 2009/125/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energiegerelateerde producten, *OJ L* 285, 31 oktober 2009, 10–35.

<sup>176</sup> Beschikbaar op [https://europa.eu/youreurope/business/product/eco-design/index\\_nl.htm](https://europa.eu/youreurope/business/product/eco-design/index_nl.htm).

<sup>177</sup> M. VERMASSEN, “E-waste: internationale handel en duurzaam materialenbeheer. Beoordeling van de huidige praktijken in het licht van de wetgeving”, *TMR* 2014/2, (112) 123; Regering Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Hulpbronnen- en afvalbeheerplan. Voor een duurzame, sobere, lokale en circulaire consumptie. Voor een afvalloze maatschappij*, 2018, beschikbaar op [https://leefmilieu.brussels/sites/default/files/user\\_files/pgrd\\_20181122\\_nl.pdf](https://leefmilieu.brussels/sites/default/files/user_files/pgrd_20181122_nl.pdf).

<sup>178</sup> MEDEDELING VAN DE EUROPESE COMMISSIE COM (2016) 773 final, *Werkplan inzake ecologisch ontwerp 2016-2019*, 30 november 2016, 4.

<sup>179</sup> Beschikbaar op [https://europa.eu/youreurope/business/product/eco-design/index\\_nl.htm](https://europa.eu/youreurope/business/product/eco-design/index_nl.htm).

Hoewel *ecodesign* beschouwd wordt als essentiële maatregel in afvalpreventie en grondstofverbruik – en ruimer – de transitie naar een circulaire economie, is het belangrijk op te merken dat deze normen inzake *ecodesign* (vooralsnog) beperkt blijven tot welbepaalde apparaten die een lange levensduur hebben en die in hun gebruiksfase *energie* verbruiken (voertuigen, elektrische en elektronische apparaten, machines, enz.).

125. Maar er is meer. Waar de communautaire eisen inzake *ecodesign* enerzijds beperkt blijven tot welbepaalde (energiegerelateerde) producten, is het de marktspelers anderzijds niet zonder meer toegelaten producten waarvoor geen eisen inzake *ecodesign* zijn gesteld naar eigen goeddunken te concipiëren/produceren.

Vastgesteld dient immers te worden dat vele producteigenschappen – zowel op nationaal als Europees niveau – strikt gereguleerd worden middels zgn. productnormen. Deze normen reguleren de product-eigenschappen van producten die op de markt worden gebracht op vlak van fabricage, het voorziene gebruik en de verwijdering ervan, en dit zonder enig onderscheid al naargelang de concrete productiewijze (lineaire productie, 3D-printing, circulaire herwinning, ...)

Dergelijke productnormen strekken ertoe de consumenten te beschermen om redenen zoals gezondheid en/of milieuverontreiniging.

126. Thans wordt het gebrek aan circulariteit in deze productnormen beschouwd als één van de belemmeringen voor de transitie naar een circulaire economie.<sup>180</sup> Zo blijkt ook uit de weerhouden cases van (i) Gemeente Tervuren – Berg van Termunt (nr. 29), (ii) BC architecten bvba – Grondstof (nr. 43) en (iii) Stadsbestuur Gent – Stapsteen naar een circulaire stad (nr. 153) dat deze normen onder meer het gewenste en/of noodzakelijke meer circulair productontwerp aan banden (kunnen) leggen.<sup>181</sup>

Wanneer marktafnemers en/of aankopers bepaalde productnormeringen eisen die een traceerbaarheid van materialen impliceren, kunnen productnormeringen bovendien een grote hinderpaal betekenen voor de ondernemingen die gericht zijn op het hergebruik van grondstoffen en een verlenging van levensduur. Dit gezien het geenszins een sinecure is om informatie in de (langdurige) circulaire keten te verzamelen over de juiste samenstelling van het oorspronkelijke materiaal of de oorspronkelijke producent.

Gepleit werd daarom reeds voor een kader waarbij monitoring van materialeneigenschappen en productgaranties in de keten vergemakkelijkt worden, zodat de inzetbaarheid van materialen vergroot.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> FRAUNHOFER, TECHNOPOLIS, THINKSTEP, WUPPERTAL INSTITUTE, *Regulatory barriers for the Circular Economy. Lessons from ten case studies*, 2016, [http://ec.europa.eu/growth/content/regulatory-barriers-circular-economy-lessons-ten-case-studies-1\\_en](http://ec.europa.eu/growth/content/regulatory-barriers-circular-economy-lessons-ten-case-studies-1_en), 12 e.v.

<sup>181</sup> Zie ook EUROPESE COMMISSIE, *Scoping study to identify potential circular economy actions, priority sectors, material flows and value chains*, 2014, <http://eco.nomia.pt/contents/documentacao/kh0114775enn-002.pdf>, 39.

<sup>182</sup> EY CLEANTECH AND SUSTAINABILITY SERVICES, *Circulaire economie in de opleiding van de bedrijfsjurist*, OVAM, 2016, [www.ovam.be](http://www.ovam.be), 23.

127. Anderzijds blijkt niet enkel het gebrek aan circulariteit in de vastgestelde productnormen problematisch. Zo werd – paradoxaal genoeg – opgemerkt dat ook een *totale* afwezigheid van productnormen een belemmerende werking kan hebben voor de creatie van bepaalde innovatieve producten en/of materialen teneinde (de transitie naar) een circulaire economie te bevorderen.

Vermoed wordt dat een totale afwezigheid van productnormen een afschrikwekkend effect kan/zal genereren (*quid* met de veiligheid van niet-genormeerde producten/materialen? *quid* met de milieueffecten van niet-genormeerde producten/materialen? *quid* met de gezondheidseffecten van niet-genormeerde producten/materialen?), met als gevolg dat vele consumenten en/of marktafnemers zullen afhaken.

Gelet op het feit dat heden vele productgroepen (nog?) niet genormeerd zijn, behoeft het weinig duiding dat ook aan deze – paradoxale – tegenzijde tegemoet moet worden gekomen, (o.m.) nu de innovatie van producten en/of materialen een katalysatoren kan/zal zijn voor (de transitie naar) een circulaire economie.

## 1. DE REGELING INZAKE PRODUCTNORMEN IN BELGIË

128. De Belgische (product)-markt wordt gereguleerd door (federale) productnormen sinds de inwerkingtreding van de wet van 21 december 1998 betreffende de productnormen ter bevordering van duurzame productie- en consumptiepatronen en ter bescherming van het leefmilieu en de volksgezondheid (hierna: Wet Productnormen).

In tegenstelling tot hetgeen men kan vermoeden, bevat deze (kader-)wet zelf géén specifieke normen inzake bepaalde producten, maar creëert ze louter een algemeen kader voor (i) de gedetailleerde uitwerking – via koninklijke uitvoeringsbesluiten – van een *duurzaam* consumptie- en productbeleid ter bescherming van het leefmilieu en volksgezondheid évenals (ii) de omzetting van de Europese regelgeving betreffende producten, stoffen, preparaten, biociden en verpakkingen, en (iii) de bescherming van werknemers tegen schadelijke effecten of risico's op schadelijke effecten van stoffen en mengsels.<sup>183</sup>

Dergelijke keuze voor een kaderwet (i.p.v. een omvattende wet houdende alle productnormen) laat toe dat Europese wetgeving in deze materie vlot kan omgezet worden en laat de specifieke regels met betrekking tot (o.m.) landbouwproducten, cosmetische producten, genetisch gemodificeerd organismen, ... onverlet.<sup>184</sup>

129. Hoewel de Wet Productnormen aldus zelf géén specifieke normen inzake producteigenschappen vooropstelt, bepaalt artikel 4 van de Wet Productnormen wél in algemene zin dat ieder product dat op de (Belgische en bij uitbreiding Europese) markt wordt gebracht:

---

<sup>183</sup> Art. 3 Wet Productnormen; C. BILLIET, "Milieurechtshandhaving. De Wet 1998 Productnormen", *TMR* 2000, (450) 450.

<sup>184</sup> K. DEBEUCKELAERE, "De Wet op de productnormen", *TMR* 1999, (170) 172.

- 1) Zodanig moet ontworpen zijn dat de fabricage, het voorziene gebruik en de uiteindelijke verwijdering ervan de volksgezondheid niet aantasten en,
- 2) Niet of zo weinig mogelijk mag bijdragen tot een toename van de hoeveelheid en de mate van schadelijkheid van afvalstoffen en tot andere vormen van (evt.) verontreiniging.

De personen/ondernemingen die een product op de markt brengen hebben aldus een algemene zorgvuldigheids- en preventieplicht, een verplichting om na te gaan welke de milieueffecten van het product tijdens zijn ganse levenscyclus zullen zijn en om deze negatieve effecten zoveel mogelijk te beperken.<sup>185</sup>

130. Artikel 5 van de Wet Productnormen omschrijft vervolgens de maatregelen die de federale regering – via koninklijke uitvoeringsbesluiten – *in concreto* vermag uit te werken teneinde het leefmilieu, de volksgezondheid of de werknemers te beschermen en de duurzame productie- en consumptiepatronen te bevorderen. Deze zijn legio en omvatten (o.m.) de volgende:

- 1) Het regelen, opschorten of verbieden van het op de markt brengen van een product;
- 2) Het onderwerpen aan een voorafgaande toelating of kennisgeving van het op de markt brengen van een product (bv. voor de bestrijdingsmiddelen voor landbouwkundig gebruik, ...);
- 3) Het regelen van de eigenschappen, concrete samenstelling, de verpakking, de presentatie en conditionering van een bepaald product (bv. de toxiciteit van producten voor de mens, ...);
- 4) Het voorschrijven van de inhoudelijke en formele voorwaarden van informatie die moet worden verstrekt over producten;
- 5) Het voorschrijven van specifieke regels met betrekking tot etikettering;
- 6) ...

Al deze specifieke maatregelen zijn telkens gekoppeld aan een welbepaalde productgroep (bv. voertuigen, biociden, gasolie, benzine, ...) en liggen heden verspreid over talloze uitvoeringsbesluiten (hetgeen een snelle en correcte toepassing ervan door de relevante marktspelers uiteraard niet bevordert).<sup>186</sup>

131. Vastgesteld lijkt dan ook te moeten worden dat het in het kader van (de bevordering van) de transitie naar een circulaire economie geen optie lijkt – uiteraard in zoverre noodzakelijk en/of wenselijk – één en ander te wijzigen op het niveau van de productgroepen doch er zich eerder een wijziging/aanvulling zal opdringen op het algemenere niveau van de Wet Productnormen zelf en dit des te meer gezien:

---

<sup>185</sup> K. DEBEUCKELAERE, “De Wet op de productnormen”, *TMR* 1999, (170) 175.

<sup>186</sup> Naar telling zouden er momenteel zo’n 246 koninklijke uitvoeringsbesluiten doorheen de voorbije jaren zijn genomen met betrekking tot de normering van bepaalde producten(-groepen).

- zo'n 85% van de productnormen in de EU geharmoniseerd blijken te zijn, zodanig dat deze (intern) genormeerde producten slechts vrij verhandeld mogen worden op de EU-markt wanneer deze producten ook daadwerkelijk aan de Europese normen en technische specificaties voldoen.<sup>187</sup>

De producten die aan alle EU-eisen inzake veiligheid, gezondheid en milieubescherming voldoen, worden gekend door de CE-markering waarvan zij in voorkomend geval voorzien worden, alvorens zij kunnen verkocht worden in de EU.

- in de Wet Productnormen géén of slechts een zeer beperkte mate van circulariteit is ingeschreven, zoals kan afgeleid worden uit de interpretatie van het begrip “duurzaam product”, zoals gebezigd in (o.a.) artikel 3 van de Wet Productnormen.

Volgens de voorbereidende werkzaamheden van de Wet Productnormen is een product immers al duurzaam wanneer het (i) een minimale milieubelasting kent, (ii) geen nefaste invloed heeft op de gezondheid en (iii) doeltreffend is voor de toepassing waarvoor het bestemd is.<sup>188</sup>

132. Gelet op alle bovenstaande overwegingen behoeft het weinig duiding dat de vigerende – Belgische en Europese – reglementering inzake productnormen momenteel (te) weinig rekenschap geeft van de principes van een circulaire economie, hetgeen zowel in theorie als in de praktijk dan ook beschouwd moet worden als een pertinente belemmering.

Anderzijds staat evenzeer buiten kijf dat ook in een circulaire economie niet zonder meer kan voorbijgegaan worden aan de – Europese en Belgische – specifieke normen voor bepaalde productgroepen onder het mom van innovatie of transparantie. De regelgeving inzake productnormen wordt immers strikt noodzakelijk geacht met oog op de bescherming van (o.m.) het leefmilieu en de volksgezondheid (hetgeen uiteraard gerespecteerd dient te blijven in een circulaire economie).

Gewerkt lijkt dan ook te moeten worden richting een compromis die het midden zal houden tussen enerzijds de specifieke productnormen (zoals opgenomen in de Europese reglementering en vervolgens zijn doorvertaald in internrechtelijke koninklijke uitvoeringsbesluiten) en anderzijds de mogelijkheid en/of noodzaak tot innovatie en transparantie in de productie- en consumptieketen ter bevordering van (de transitie naar) een circulaire economie.

## 1.1. Productnormering als hindernis voor innovatie

<sup>187</sup> Beschikbaar op [https://europa.eu/youreurope/business/product/product-rules-specifications/index\\_nl.htm](https://europa.eu/youreurope/business/product/product-rules-specifications/index_nl.htm); Met betrekking tot de overige 15% aan niet-geharmoniseerde producten kan – ingevolge het beginsel van wederzijdse erkenning – de verkoop van een product niet verboden worden, noch kan een aanpassing of extra analyse geëist worden wanneer het product in eigen land aan alle technische en kwalitatieve eisen voldoet en een gelijkwaardig veiligheidsniveau biedt.

<sup>188</sup> *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1673/1, 14; K. DEBEUCKELAERE, “De Wet op de productnormen”, *TMR* 1999, (170) 175.



133. Bovenstaand diende vastgesteld te worden dat de productnormering in eerste instantie een belemmerend effect met zich zou kunnen meebrengen voor innovaties die wenselijk en/of noodzakelijk worden geacht voor de transitie naar een circulaire economie, inzonderheid wat betreft het circulair productontwerp. Door het stellen van eisen is het niet evident nieuwe producten te ontwikkelen en/of op de markt te brengen.

Aangezien diverse productnormen de concrete samenstelling, exacte eigenschappen, ... voorschrijven van een bepaald product (bv. voor thermische isolatiematerialen) lijkt het niet uitgesloten dat een innoverend (circulair) isolatiemateriaal of -product deze vooropgestelde producteisen niet (volledig) haalt doch nog steeds getuigt van duurzaamheid zonder afbreuk te doen aan het leefmilieu en de volksgezondheid.

*In concreto* doorvertaald naar de weerhouden cases zouden de bestaande productnormen aldus (i) de creatie van nieuwe (innovatieve) producten die ontstaan ingevolge een circulair productontwerp kunnen verhinderen dan wel (ii) het gebruik van bepaalde producten met circulaire eigenschappen uitsluiten omdat ze op bepaalde punten afwijkend zouden blijken.

Gelet de beschermingswaardige *ratio* van de Wet Productnormering dient evenwel gezocht naar een oplossing met voldoende respect voor de bestaande specifieke productnormen.

### 1.1.1. Dé oplossing: een uitbreiding van de eisen inzake *ecodesign* ?

134. *Prima facie* lijkt een eerste oplossing gezocht (en gevonden) te kunnen worden in het concept van het zgn. *ecodesign*, meer in bijzonder in een (personele en materiële) uitbreiding van de eisen inzake *ecodesign*, dewelke – zoals aangestipt – momenteel beperkt blijven tot de energiegerelateerde producten.

Door het toepassingsgebied van de richtlijn inzake ecologisch ontwerp te veralgemenen tot andere producten(-groepen) enerzijds en te verruimen met welbepaalde eisen inzake repareerbaarheid, duurzaamheid en recycleerbaarheid van producten anderzijds, lijkt de verplichting tot circulair productdesign verruimd te (kunnen) worden zonder dat hiermee noodzakelijk afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van het leefmilieu of de volksgezondheid.<sup>189</sup>

Problematisch in dit verband is evenwel dat de gewestelijke bevoegdheden teneinde *ecodesign* te stimuleren beperkt zijn van aard en dit enerzijds omdat de markt van de producten internationaal is (ontwerp en productie vinden veelal in het buitenland plaats) en anderzijds omdat de reglementaire bevoegdheden inzake productnormen hoofdzakelijk op het federale niveau zijn gesitueerd of gedelegeerd zijn naar de EU.<sup>190</sup>

135. In tegenstelling tot hetgeen eerder werd geopperd in het kader van de afvalstoffenreglementering lijkt een regelgevend optreden van de Europese wetgever op dit punt evenwel geen wachten op Godot. De Europese beleidsmakers lijken zich daarentegen weldegelijk bewust van het belang van *ecodesign* voor (o.m.) het welslagen van (de transitie naar) een circulaire economie.

Zo gaf de Europese Commissie reeds in haar werkplan inzake ecologisch ontwerp van 2016 aan de mogelijkheid te zullen onderzoeken om meer productspecifieke en/of horizontale vereisten in de richtlijn inzake ecologisch ontwerp in te voeren op gebieden zoals (i) duurzaamheid (bv. minimale levensduur van producten of kritieke componenten), (ii) herstelbaarheid (bv. de beschikbaarheid van reserveonderdelen en reparatiehandboeken, ontwerpen voor reparatie), (iii) opwaardeerbaarheid en het ontwerpen met het oog op demontage (bv. het eenvoudig verwijderen van bepaalde onderdelen), (iv) het gemak van hergebruik en recycling (bv. het vermijden van soorten plastic die hiervoor niet geschikt zijn), ...<sup>191</sup>

Recenter werd binnen het Europees Parlement – met succes – een resolutie aangenomen waarin werd voorgesteld niet alleen om meer product(-groepen) binnen het toepassingsgebied van de richtlijn inzake ecologisch ontwerp te brengen maar ook om deze richtlijn verder te laten gaan dan louter het huidige opzet

---

<sup>189</sup> Zie in dit verband K. VAN DOORSSELAER en E. DU BOIS, *Ecodesign: Ontwerpen voor een duurzame en circulaire economie*, Gent, Academia Press, 2018.

<sup>190</sup> Regering Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Hulpbronnen- en afvalbeheerplan. Voor een duurzame, sobere, lokale en circulaire consumptie. Voor een afvalloze maatschappij*, 2018, beschikbaar op [https://leefmilieu.brussels/sites/default/files/user\\_files/pgrd\\_20181122\\_nl.pdf](https://leefmilieu.brussels/sites/default/files/user_files/pgrd_20181122_nl.pdf).

<sup>191</sup> MEDEDELING VAN DE EUROPESE COMMISSIE COM (2016) 773 final, *Werkplan inzake ecologisch ontwerp 2016-2019*, 30 november 2016, 10.

inzake energie-efficiëntie. Onder uitdrukkelijke vernoeming van de circulaire economie werd voorgesteld dat de richtlijn alle milieuaspecten van een product in acht zou dienen te nemen: de samenstelling, de duurzaamheid, de demontage, de herstelbaarheid en de herbruikbaarheid.<sup>192</sup>

136. Thans dient vastgesteld te worden dat voormelde resolutie van het Europees Parlement overwegend positief is ontvangen door de Europese Commissie op 16 november 2018<sup>193</sup>, waarbij eveneens werd bevestigd dat de nodige initiatieven zullen onderzocht resp. genomen worden.

Analoog aan de bovenstaand overwogen (personele en materiële) uitbreiding van de eisen inzake *ecodesign*, stelde de EU zich inmiddels derhalve enkele nieuwe eisen die zouden kunnen inspelen op aspecten van de circulaire economie, zoals repareerbaarheid, duurzaamheid, recycleerbaarheid in de richtlijn inzake ecologisch ontwerp.<sup>194</sup>

#### *1.1.2. (Tussentijds) alternatief: uitbreiding van de producentenverantwoordelijkheid*

137. Hoewel de recente communicatie en besluitvorming op Europees niveau doen vermoeden dat een uitbreiding van de eisen inzake *ecodesign* op til staat, bestaat er anderzijds maar weinig concreet zicht op de draagwijdte en/of timing van deze (verhoopte) uitbreiding van de richtlijn inzake ecologisch ontwerp.

Teneinde een eerder proactieve (i.p.v. afwachtende) houding aan te nemen zou men op Vlaams niveau daarom kunnen overwegen om de handschoen zelf reeds op te nemen en enkele (voorbereidende) stappen te zetten binnen de afgebakende bevoegdheidsgrenzen (hetgeen eveneens het belang zou aantonen dat Vlaanderen hecht aan het voornemen om onze economie te muteren tot een circulaire economie).

Een (evt.) (tussentijds) alternatief dat in dit verband kan overwogen worden om marktspelers aan te sporen tot een circulair/milieuverantwoord productontwerp in algemene zin (i.e. zonder specifieke eisen aan de betreffende ontwerpen te stellen) betreft een uitbreiding/veralgemening van de producenten-verantwoordelijkheid in de zin van artikel 21 van het Materialendecreet.

138. Overeenkomstig artikel 21 van het Materialendecreet kan de Vlaamse regering een – limitatief – aantal maatregelen nemen om producenten – via de zgn. uitgebreide producentenverantwoordelijkheid – aan te zetten tot preventie, hergebruik, recyclage en andere nuttige toepassingen van afvalstoffen. Meer bepaald kan zij dit via maatregelen die betrekking hebben op:

---

<sup>192</sup> Resolutie Europees Parlement van 31 mei 2018 betreffende de implementatie van de richtlijn inzake ecologisch ontwerp, beschikbaar op <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2018-0241>.

<sup>193</sup> Zie [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017/2087\(INI\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017/2087(INI)).

<sup>194</sup> F. VAN EIJK, *Barriers & Drivers towards a Circular Economy*, 2015, beschikbaar op <https://www.circulairondernemen.nl>, 12.

- het volledig of gedeeltelijk verantwoordelijk stellen voor de organisatie van de inzameling van de afvalstoffen die voortkomen uit producten die ze op de markt gebracht hebben;
- het verplicht doen aanvaarden van die afvalstoffen;
- het volledig of gedeeltelijk verantwoordelijk stellen voor het daaropvolgende beheer van die afvalstoffen;
- het toewijzen van de financiële verantwoordelijkheid voor de inzameling en verwerking van die afvalstoffen overeenkomstig artikel 10;
- het verstrekken van openbaar beschikbare informatie over milieuverantwoord productgebruik en over de mate waarin en de manier waarop het product herbruikbaar en recyclebaar is.

De idee achter dergelijke maatregelen is dat de producent – als eerste marktspeeler in de circulaire keten – (in welbepaalde mate) verantwoordelijk dient te zijn voor de volledige levenscyclus van zijn product met een bijzondere aandacht voor de terugname, recyclage en eindverwerking ervan.<sup>195</sup>

139. Thans dient vastgesteld te worden dat deze uitgebreide producentenverantwoordelijkheid in Vlaanderen hoofdzakelijk gericht is op het beheer van welbepaalde afvalstromen, meer in bijzonder op een selectieve inzameling en recyclage. Uit de concrete implementatiemaatregelen blijkt immers dat volgende maatregelen in Vlaanderen in voege zijn op basis van artikel 21 van het Materialendecreet:

- Een aanvaardingsplicht – welke inhoudt dat de producent verplicht is de afgedankte producten die de consument hem aanbiedt gratis te aanvaarden – geldt voor een aantal productgroepen zoals batterijen, voertuigen, banden, zonnepanelen, ...;
- Een terugnameplicht – welke inhoudt dat de producent verantwoordelijk is voor de inzameling en verwerking van afval – geldt voor verpakkingsafval;
- Een collectief plan – waarin producenten zich verbinden tot een aantal concrete engagementen en doelstellingen – geldt verplicht voor oude geneesmiddelen, zwerfvuil en wegwerpluiers.

Uit deze implementaties blijkt aldus dat de uitgebreide producentenverantwoordelijkheid in Vlaanderen momenteel beperkt blijft tot het beheer van een aantal afvalstromen (i.p.v. ook rechtstreeks en expliciet te focussen op milieuverantwoord ontwerpen).<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> K. VAN DOORSSELAER en E. DU BOIS, *Ecodesign: Ontwerpen voor een duurzame en circulaire economie*, Gent, Academia Press, 2018.

<sup>196</sup> In zekere zin lijkt dit ook logisch te verklaren nu het overgrote gedeelte van de producten die in Vlaanderen geconsumeerd worden, ingevoerd worden vanuit het buitenland, zodanig dat de mogelijkheden voor het Vlaamse beleid beperkt blijven in hun concrete weerslag.

140. In afwachting van een Europese harmonisatie van de uitgebreide producentenverantwoordelijkheid kan er in Vlaanderen resp. voor de in Vlaanderen geproduceerde producten echter ook al voor geopteerd worden – meer rechtstreeks – aan te knopen met de eis tot milieuverantwoord ontwerpen.

Zo stelde de OESO zelf voorop dat de uitgebreide producentenverantwoordelijkheid kan aangewend worden om (i) de verantwoordelijkheid (en dus ook de kosten) door te schuiven van de gemeenschap naar de producenten en (ii) de producenten aan te sporten om hun producten te herontwikkelen met oog op *ecodesign*, *design-for-recycling* en levensduurverlenging.

Voormelde doelstellingen gaan uiteraard hand in hand: door de kosten bij de producent te leggen, wordt onvermijdelijk een financiële stimulus gegenereerd voor de producent om zijn productontwerp te heroverwegen teneinde het waardebehoud ervan te maximaliseren en dit door (o.m.) in te zetten op een verlenging van de levensduur, hergebruikbaarheid, recycleerbaarheid, ...<sup>197</sup>

141. Daar waar het milieuverantwoord ontwerpen momenteel eerder indirect gestimuleerd lijkt te worden in Vlaanderen (door bepaalde verantwoordelijkheden voor de producenten met betrekking tot het afvalbeheer vast te leggen), voorziet artikel 21 van het Materialendecreet evenwel in de mogelijkheid om de uitgebreide producentenverantwoordelijkheid ook rechtstreeks aan te wenden teneinde het milieuverantwoord ontwerpen van producten aan te sporen.

Samen met een product(-groep)overstijgende uitbreiding van de huidige regelingen inzake de uitgebreide producentenverantwoordelijkheid zou het dan ook overwogen kunnen worden – zoals eerder door de Europese Commissie – om een beter productontwerp te bevorderen door een financiële bijdrage van de producten te vereisen, waarvan de hoogte rechtstreeks wordt gekoppeld aan de kosten die zich manifesteren op het einde van de levensduur van hun producten. Dit (bv.) naar voorbeeld van de zgn. eco-modulatie die Fost Plus hanteert inzake haar tarieven, met name een hogere producentenbijdrage voor moeilijker te recyclen verpakkingen.

Zo wordt een rechtstreekse (i.p.v. de momenteel eerder indirecte) economische stimulans gecreëerd om producten te ontwerpen die gemakkelijker kunnen worden gerecycled of hergebruikt.<sup>198</sup>

### *1.1.3. (Tussentijds) alternatief: creatie van regelluwe zones als tussentijdse oplossing?*

---

<sup>197</sup> K. VAN DOORSSELAER en E. DU BOIS, *Ecodesign: Ontwerpen voor een duurzame en circulaire economie*, Gent, Academia Press, 2018.

<sup>198</sup> Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, *Maak de cirkel rond – Een EU-actieplan voor de circulaire economie*, Brussel, 2 december 2015, COM(2015) 614, 4.

142. Benevens een uitbreiding van de producentenverantwoordelijkheid uit artikel 21 van het Materialendecreet, lijkt het evident dat de gewenste en/of noodzakelijke ruimte voor innovatie van producten en materialen teneinde (de transitie naar) een circulaire economie te bevorderen, eveneens kan bewerkstelligd worden door een versoepeling van de bestaande regelgeving/productnormen.

Regelgeving is immers een middel om een doel te bereiken en mag geen doel op zich zijn, zodat regels (al dan niet terecht) als problematisch worden ervaren wanneer ze bepaalde innovaties in de weg staan. Een doorgedreven regelgeving en bureaucratie kan verzuring in de hand werken, oplossingen onmogelijk maken en de relevante marktpelers de ruimte ontnemen om te innoveren en in te spelen op kansen.

Teneinde de regelgeving het snelle tempo resp. de nood aan experimentele ontwikkelingen en technologieën te laten volgen, kan daarom overwogen worden een reglementering inzake zgn. regelluwe zones (i.e. een tijdelijke regelgeving met een beperkte geldigheidsduur die bestaande regelgeving voor een specifieke ruimte of voor een specifieke doelgroep of in een specifieke situatie buiten toepassing stelt) te creëren.<sup>199</sup>

143. Waar men in Nederland reeds langere tijd beschikt over experimenteerwetgeving – en recent zelfs overwoog om hierbij lokaal maatwerk op gemeentelijke basis toe te laten – werd de boodschap recent ook in Vlaanderen begrepen: afgelopen zomer werd een ontwerp van bestuursdecreet ingediend bij het Vlaams Parlement waarin (o.m.) een kader wordt voorzien voor de vormgeving van experimentenwetgeving en regelluwe zones.

Overwegende dat het principe van de experimentenwetgeving en regelluwe zones de problematiek van de productnormering overstijgt, wordt er evenwel voor geopteerd deze generieke katalysator voor (de transitie naar) een circulaire economie te behandelen in een (uitgebreider) afzonderlijk onderdeel (waarbij de regeling die dienaangaande in het ontwerp van het bestuursdecreet is voorzien in overweging zal genomen worden).

---

<sup>199</sup> VOKA, *Durven experimenteren met regels om innovatie te stimuleren*, Heule, INNI Group, 2018, (3) 3-8.

## 1.2. Productnormering als hindernis voor transparantie - een grondstofpaspoort als oplossing?

144. In tweede instantie werd bovenstaand opgemerkt dat de vigerende regeling inzake productnormering eveneens een belemmerend effect kon installeren voor de ondernemingen die gericht zijn op het hergebruik van grondstoffen en een verlenging van levensduur. Wanneer marktafnemers en/of aankopers inzetten op hergebruikte producten (die eveneens productnormen moeten respecteren), impliceert zulks voor deze bedrijfsmodellen de nood aan traceerbaarheid van materialen.

In voorkomend geval is producttransparantie in de keten ten aanzien van de grondstoffen en materialen aldus een absolute voorwaarde voor deze bedrijfsmodellen. *In concreto* doorvertaald naar de weerhouden cases zouden de bestaande productnormen aldus een belemmering kunnen vormen voor circulaire bedrijfsmodellen gebaseerd op een hergebruik van grondstoffen en/of producten aan het einde van de eerste levensfase door de producent (bv. terugname) dan wel een derde (bv. doorverkoop).

Zoals aangestipt blijkt het – bij ontstentenis van een afdoende (wettelijke) regeling op dit punt – in de huidige marktomstandigheden evenwel geen evidentie om informatie in de (langdurige) circulaire keten te verzamelen over de juiste samenstelling van het oorspronkelijke materiaal of de oorspronkelijke producent.

145. Tegen een achtergrond van (noodzakelijk geachte) productnormen kunnen circulaire bedrijfsmodellen gebaseerd op een hergebruik van grondstoffen en/of producten aan het einde van de eerste levensfase enkel slagen, wanneer deze grondstoffen ook herkenbaar zijn in de producten waarin ze verwerkt zijn.

Een – schijnbaar passende – oplossing werd in dit verband voorgesteld (en ontwikkeld) in de vorm van een zgn. grondstoffen-/materialenpaspoort, waarin per product en per bedrijf op een uniforme wijze de kwantiteit, de kwaliteit, de oorsprong en de waarde van alle productmaterialen wordt gedeeld.<sup>200</sup> Idealiter zou – aanvullend – eveneens opgenomen (kunnen) worden hoe deze productmaterialen gerecycled of hergebruikt kunnen worden, met bijzondere aandacht voor de giftige stoffen welke eventueel verwerkt zijn.

Met een grondstoffen-/materialenpaspoort zouden de circulaire bedrijfsmodellen gebaseerd op een hergebruik van grondstoffen en/of producten m.a.w. het noodzakelijke inzicht geboden kunnen worden in de samenstelling en herkomst van producten en toegepaste materialen.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> R. KAMPHOF, *Grondstoffen*, Amsterdam, NCDO, 2014, 41.

<sup>201</sup> Zie bv. <https://www.circulairondernemen.nl/evenementen/circulariteit-wordt-concreet-lancering-grondstofpaspoort-op-16-februari>

Aandachtspunt hierbij is even dat het systeem van grondstoffen-/materialenpaspoorten verenigbaar moet blijven met de bescherming van intellectuele eigendom van bedrijven. Dit (bv.) door te werken met centrale databanken met duidelijke toegangsregels, zoals gebruikelijk in de voedings- en gezondheidssectoren.<sup>202</sup>

146. Thans kan vastgesteld worden dat er heden op verschillende (nationale en internationale) niveaus reeds de eerste grondstoffen-/materialenpaspoorten werden ontwikkeld, dewelke desgevallend als nuttig richtsnoer kunnen worden gehanteerd in Vlaanderen.

Een bijzonder initiatief dat in dit verband enige aandacht verdient lijkt *Madaster*, een publieke onlinebibliotheek voor (bouw-)materialen, opgericht door het Nederlandse duo Pablo Van Den Bosch en architect/visionair Thomas Rau. Vanuit de idee dat “afval materiaal is zonder identiteit” werd ernaar gestreefd afval te elimineren door (bouw-)materialen een identiteit te geven, in de vorm van een materialenpaspoort, dat dan deel gaat uitmaken van een digitale bibliotheek die alle data van geregistreerde materialen beheert, ordent en desgevallend ontsluit.

Het materialenpaspoort van Madaster geeft inzicht in welke materialen er in een gebouw gebruikt worden en in welke hoeveelheden. Daarnaast houdt het informatie bij over de herkomst, leeftijd en kwaliteit van de materialen en welke financiële en circulaire waarde ze hebben.<sup>203</sup>

147. Voorts lijkt het eveneens interessant aan te stippen dat in Nederland recent een fiscale stimulus werd gecreëerd, specifiek voor ondernemers die fiscaal voordelig wensen te investeren in milieuvriendelijke technieken, waaronder het grondstoffen-/materialenpaspoort.

Zo werden 2 investeringsregelingen (de zgn. milieu-investeringsaftrek (MIA) en de zgn. willekeurige afschrijving milieu-investeringen (Vamil)) ontwikkeld teneinde het investeren in milieuvriendelijke bedrijfsmiddelen – zoals een grondstoffen-/materialenpaspoort – extra aantrekkelijk te maken. Met de MIA profiteren ondernemers van een investeringsaftrek van maximaal 36% van het investeringsbedrag (bovenop de gebruikelijke investeringsaftrek). Met de Vamil zou zelfs tot 75% van de totale investeringskosten kunnen afgeschreven worden.

Voormeld grondstoffen-/materialenpaspoort dat aanleiding kan geven tot belastingverminderingen betreft een beveiligd webbased materialenpaspoort met ten minste de volgende onderdelen: alle elementen en componenten van het gebouw, inzicht in demontabiliteit en toxiciteit van materialen.<sup>204</sup>

148. Maar er is (nog) meer. Aangestipt kan worden dat een uniform (al dan niet verplicht/fiscaal gestimuleerd) grondstoffen-/materialenpaspoort niet enkel kan bijdragen tot transparantie voor de circulaire bedrijfsmodellen

---

<sup>202</sup> K. VAN ACKER (co.), *Metaforum KU Leuven - Circulaire economie*, KU Leuven, december 2016, beschikbaar op [https://www.kuleuven.be/metaforum/docs/pdf/wg\\_52\\_n.pdf](https://www.kuleuven.be/metaforum/docs/pdf/wg_52_n.pdf)

<sup>203</sup> [www.madaster.com](http://www.madaster.com)

<sup>204</sup> <https://www.architectuur.nl/nieuws/belastingvoordeel/>



gebaseerd op een hergebruik van grondstoffen en/of producten, maar een producent (bv. omwille van profilering of commerciële redenen) tevens kan aanzetten aan tot nadenken over een ander productontwerp ter bevordering van de duurzaamheid/circulariteit ervan resp. tot het nemen van bewust duurzame keuze over (bv.) recycling en herkomst van materialen die verwerkt worden in zijn producten.<sup>205</sup>

Bovendien lijkt een grondstoffen-/materialenpaspoort materialen en grondstoffen tevens een permanente identiteit te verschaffen, waardoor (voor onbepaalde duur) waarde kan gecreëerd worden. Gebouwen kunnen materialenmijnen of -depots worden, waarvoor een nieuwe markt van herbruikbare producten en componenten zal ontstaan. De achterliggende filosofie lijkt kinderlijk eenvoudig en efficiënt: wat we als waardevol beschouwen schrijven we op, wat we waardeloos achten schrijven we af.<sup>206</sup>

149. Bij wijze van uitleiding kan benadrukt dat het European Resource Efficiency Platform in 2013 reeds de Europese Unie heeft geadviseerd om het (al dan niet verplichte) gebruik van grondstoffen-/materialenpaspoorten in te voeren. In die zin stelde voorzitter John Bruton uitdrukkelijk het volgende:

*“Europa kan niet concurreren op lage arbeidskosten of lage energieprijzen. We moeten ons dus op een andere manier onderscheiden. Met het maken van producten die gemakkelijker gerecycled kunnen worden, en waaruit dus gemakkelijker waarde kan worden teruggewonnen, zou Europa zich kunnen onderscheiden”*

Volgens deze commissie zouden grondstoffen-/materialenpaspoorten in Europa de grondstoffenefficiëntie kunnen verbeteren, innovatie stimuleren alsook banen genereren, zodanig dat het paspoort een belangrijke bouwsteen zou vormen van een duurzame samenleving. Daarbij werd eveneens overwogen dat het mechanisme niet noodzakelijk nadelig diende te zijn voor de concurrentiepositie van de betrokken bedrijven en dit gezien enkel wordt vrijgegeven welke grondstoffen in een product verwerkt zijn, niet op welke wijze dit product precies wordt geproduceerd.<sup>207</sup>

## 2. DE AFWEZIGHEID VAN PRODUCTNORMERING – OOK PROBLEMATISCH?

150. In bovenstaand onderdeel is gebleken dat de aanwezigheid van productnormen een (substantiële) hinderpaal kan vormen voor de (gewenste/noodzakelijke innovatie en transparantie in de productieketen) (bij de transitie naar) een circulaire economie. Paradoxaal dient echter vastgesteld dat ook de totale afwezigheid van productnormen in dit verband problematisch voorkomt.

---

<sup>205</sup> ALLIANDER, *Het grondstofpaspoort*, 2, beschikbaar op <https://www.alliander.com/sites/default/files/Handleiding%20grondstofpaspoort%20v%201.0.pdf>.

<sup>206</sup> <https://www.strinnlab.be/nieuws/madaster-elimineert-afval-de-vastgoed-en-bouwsector>

<sup>207</sup> <http://www.vmx.be/grondstoffenpaspoort-goed-voor-concurrentiepositie-europese-bedrijven>

Zoals aangestipt strekken productnormen ertoe consumenten te beschermen om redenen zoals gezondheid, veiligheid en/of milieuverontreiniging. Bij gebreke aan specifieke productnormen voorziet de regelgeving inzake productnormen<sup>208</sup> echter enkel in een algemene niet-geconcretiseerde zorgvuldigheids- en preventieplicht om na te gaan welke de milieueffecten van het product tijdens zijn ganse levenscyclus zullen zijn en om deze negatieve effecten zoveel mogelijk te beperken.

Gelet het abstracte karakter van deze verplichting hoeft het niet te verbazen dat niet-(specifiek-)genormeerde producten en materialen moeilijk(er) – of zelfs geen – ingang in de economische markt vinden, ondanks dat ze mogelijks noodzakelijk, minstens nuttig, kunnen zijn in het kader van (de transitie naar) een circulaire economie.

151. Nochtans betekent de afwezigheid van specifieke productnormen voor bepaalde productgroepen niet noodzakelijk dat deze producten en/of materialen ook onveilig zouden zijn of ongunstige gezondheids- en/of milieueffecten zouden ressorteren. Redenen waarom (nog) niet voorzien zou zijn in productnormen voor welbepaalde productgroepen lijken immers legio te zijn (nl. tijdsgebrek, gebrek aan inzicht in het product/materiaal), (te) beperkt gebruik van het product/materiaal, ...)

Indien geoordeeld wordt dat (ook) dergelijke producten en materialen ingang moeten kunnen vinden in de reguliere markt (al dan niet specifiek ter bevordering van (de transitie naar) een circulaire economie) lijkt het noodzakelijk, minstens aangewezen, te voorzien in een (alternatief) certificeringsmechanisme. Door te voorzien in een bepaalde product- of materiaal certificering – afgeleverd door een onafhankelijke en deskundige instantie – kan immers uitdrukkelijk bevestigd en aangetoond worden dat het niet-genormeerde product of materiaal géén veiligheids-, gezondheids- of milieurisico's herbergt en dit onverminderd de afwezigheid van enige productnorm ter zake.

Voor de ontwikkeling van dergelijk (alternatief) certificeringsmechanisme lijkt inspiratie opgedaan te kunnen worden bij het systeem van de CE-markering en de – inmiddels volledig ingeburgerde – afgeleide hiervan voor niet-genormeerde producten en/of materialen in de bouwsector: het ETA-mechanisme.

152. CE-markering (Conformité Européenne) is in essentie bedoeld voor *nieuwe* producten en wordt door de fabrikant van een product of materiaal (al dan niet verplicht) aangebracht ter bewijs dat een product of materiaal voldoet aan alle eisen (o.a. op gebied van veiligheid, gezondheid en milieu), zoals vastgesteld in de opgelegde productnormen. De CE-markering geeft daarbij enkel aan dat het gemarkeerde product of materiaal aan de gestelde minimumeisen voldoet en kwalificeert niet als een kwaliteitskeurmerk.

Afhankelijk van de veiligheidsrisico's wordt de CE-markering van een product of materiaal bekomen via verschillende procedures. Samengevat houden deze in dat ingeval de veiligheidsrisico's gering zijn, de producent

---

<sup>208</sup> Artikel 4 van de Wet Productnormen.

zelf een verklaring mag afgeven dat het product voldoet aan de gestelde (EU-)eisen en via die weg de CE-markering mag aanbrengen op het product of materiaal. Behelst het product zwaardere risico's dan wordt een officieel keuringsrapport vereist van een door de nationale overheid aangewezen instantie.

Producten zonder CE-markering mogen in de regel niet worden verhandeld op de Europese markt.<sup>209</sup>

153. Met oog op een Europese harmonisatie en het wegwerken van diverse handelsbarrières werd het systeem van de CE-markering in de bouwsector specifiek verankerend in de Europese Verordening van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten (hierna: bouwproductenverordening).

Deze verordening beschrijft hoe de prestaties van bouwproducten en -materialen op een eenduidige manier kunnen beoordeeld en gecommuniceerd worden met sterke focus op de (technische) prestaties die essentieel zijn om met dat bouwproduct of -materiaal een veilig en gezond gebouw te maken. Welke concrete prestaties dat zijn, en hoe daarop moet worden getoetst, wordt bepaald door de Europees geharmoniseerde productnormen.

Als *pars pro toto* blijkt uit deze bouwproductenverordening dat de CE-markering (uitsluitend) ontworpen is voor (i) nieuwe producten die (ii) genormeerd zijn op Europees niveau. In beginsel speelt de CE-markering aldus niet voor niet-nieuwe (lees: hergebruikte) producten of niet-genormeerde producten.

154. Overwegende dat bouwmaterialen vaak echter géén eindproduct – en derhalve voor hergebruik bestemd – zijn en/of welbepaalde bouwmaterialen (nog) niet gecapteerd worden door Europese productnormen, heeft de Europese regelgever er in de bouwproductenverordening voor geopteerd tevens te voorzien in een (alternatief) certificeringsmechanisme.

Kent een bouwproduct géén (geharmoniseerde) productnorm met bijhorende testmethoden dan kan het betreffende product of materiaal een zgn. European Technical Assessment (ETA) ondergaan aan de hand van een door de Europese ETA-organisatie (het zgn. EOTA) en fabrikant gezamenlijk vastgesteld toetsingskader, waarin (o.m.) milieurelevante criteria begrepen zijn.

Deze ETA is een gunstige technische beoordeling van de gebruiksgeschiktheid van een product of materiaal voor een beoogd gebruik, die gebaseerd is op het voldoen aan de fundamentele voorschriften voor bouwwerken waarvoor het product wordt gebruikt. Het betreft een technische specificatie die kan worden vergeleken met de geharmoniseerde normen, maar die wordt uitgegeven door een EOTA-lid en voor een specifiek product van een specifieke fabrikant geldt.

---

<sup>209</sup> A. VAN AKEN, *Handboek ontwerpen van veilige producten*, Boom Uitgevers, Den Haag, 1996, 208.

155. De afgifte van ETA's (ook "Europese technische goedkeuringen" genoemd) is gesteund op (i) tests en onderzoeken en (ii) een beoordeling van het product of materiaal aan de hand van de voorschriften van de bouwproductenverordening en basisdocumenten die voor het product of materiaal gelden. De bouwproductenverordening voorziet 2 manieren waarop ETA's kunnen bekomen worden:

- Via een bestaande ETA-leidraad: deze leidraden worden door EOTA uitgewerkt op basis van een door de Commissie verleend mandaat en definiëren het product, het beoogde gebruik van het product, de kenmerken van het in de leidraad te behandelen product, prestatieklassen of -niveaus van de producten en het systeem of de systemen van verklaring van overeenstemming.

De ETA-leidraden worden uitgewerkt door werkgroepen waaraan marktspelers kunnen deelnemen.

- Via een geïndividualiseerde mini-leidraad: bij gebrek aan een ETA-leidraad ontwikkelt de goedkeuringsinstantie aan wie een ETA wordt gevraagd, een mini-leidraad die specifiek is voor de fabrikant en voor een welbepaald product (ook CUAP of "Common Understanding of Assessment Procedure" genoemd).

Omdat CUAP's specifiek zijn voor één fabrikant, is het uitwerken van deze documenten vertrouwelijk.

156. Onder invloed van een groeiende circulaire bouwconomie worden bovenstaande ETA-routes momenteel steeds vaker gevolgd voor CE-markering van te hergebruiken bouwproducten of -materialen, vermits de Europees geharmoniseerde productnormen hiervoor niet ontwikkeld zijn.

Analoog aan het ETA-systeem lijkt niets te verhinderen een gelijkaardig alternatief certificeringsmechanisme uit te werken (in Vlaanderen) voor de beoordeling van niet-genormeerde producten en/of materialen buiten de bouwsector. Dit ter bevestiging dat het niet-genormeerde product of materiaal géén veiligheids-, gezondheids- of milieurisico's herbergt en dit onverminderd de afwezigheid van enige productnorm.

### 3. EN WAT MET DE INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN?

157. Tijdens de (initiële) literatuurstudie diende vastgesteld te worden dat er in het kader van de transitie naar een circulaire economie voldoende rekening diende gehouden te worden met de intellectuele eigendomsrechten. Als product van de industriële productiemaatschappij leek de bestaande reglementering inzake intellectuele eigendom immers slecht geplaatst om een circulaire economie en de daarbij gepaard gaande “product-als-dienst” modellen te ondersteunen.

De intellectuele eigendomsmonopolies leken in een circulaire economie te verzakken daar het reproductie- en distributiemonopolie in een circulaire economie zich (idealiter) uitstrekt tot ver over de productie- en distributiewaardeketen.<sup>210</sup> Voor bedrijfsmodellen die zich richten op het verlengen van de levensduur van producten (al dan niet door deze te herwerken), werd een (potentiële) botsing in het vizier gesteld met het vigerend modelrecht of octrooirecht.

Dit gezien een modelrecht of een patent stringente beperkingen kan opleggen aan het ontwerp van een herwerkt/hergebruikt product of een herwerkt/hergebruikt productonderdeel.

158. Indien het bedrijfsmodel van een circulaire marktspeeler bestaat uit het op regelmatige basis herwerken en/of verkopen van bestaande producten (waar patenten/octrooien op rusten), werd niet uitgesloten dat hiermee – mogelijks – een inbreuk zou gepleegd worden op de intellectuele eigendomsrechten van de oorspronkelijke producent. Een product waarop intellectuele eigendomsrechten rusten, kan immers niet zonder meer herwerkt en opnieuw verkocht worden terwijl de beschermde eigenschap nog steeds herkenbaar is.

Indien een dienstverlener op uitdrukkelijke vraag van een klant een product kan derhalve niet uitgesloten worden dat de (circulaire) dienstverlener in voorkomend geval een inbreuk pleegt op de intellectuele eigendomsrechten die op het (herwerkte) product rusten.

Het formuleren van een eigendomsvoorbehoud in hoofde van de klant stelt de (circulaire) dienstverlener niet volledig vrij van het modelrecht, patenten of octrooien.<sup>211</sup>

159. In tegenstelling tot de verwachtingen (en de geschetste potentiële knelpunten), is thans moeten blijken dat in géén van de weerhouden cases (vooralsnog) enig probleem werd signaleerd met betrekking tot de intellectuele eigendomsrechten.

---

<sup>210</sup> J. DE WACHTER, “Botst Intellectueel Eigendom met circulair ondernemen?” in S. DECKMYN, J. LEYSSENS, P. STOUTHUYSEN en J. VERHULST, *Product <-> dienst: Nieuwe businessmodellen in de circulaire economie*, <https://www.mvovlaanderen.be/sites/default/files/media/Product-Dienst.pdf>, 55-56

<sup>211</sup> C. BACKES, J. TIEMAND en N. TEESING (eds.), *Met recht naar een circulaire economie*, Delft, Boom juridisch, 2017, 20; EY CLEANTECH AND SUSTAINABILITY SERVICES, *Circulaire economie in de opleiding van de bedrijfsjurist*, OVAM, 2016, [www.ovam.be](http://www.ovam.be), 22-23

Mogelijks valt dit te verklaren door de oplossing die in dit verband reeds van kracht is resp. naar voren werd geschoven, met name het bekomen van de noodzakelijke toestemming van de houder van het model- of octrooirecht via aanvragen van een licentie resp. het organiseren van een open licentiesysteem.<sup>212</sup>

---

<sup>212</sup> J. DE WACHTER, "Botst Intellectueel Eigendom met circulair ondernemen?" in S. DECKMYN, J. LEYSSENS, P. STOUTHUYSEN en J. VERHULST, *Product <-> dienst: Nieuwe businessmodellen in de circulaire economie*, <https://www.mvovlaanderen.be/sites/default/files/media/Product-Dienst.pdf>, 56; EY CLEANTECH AND SUSTAINABILITY SERVICES, *Circulaire economie in de opleiding van de bedrijfsjurist*, OVAM, 2016, [www.ovam.be](http://www.ovam.be), 19

## DEEL 4 – DEELPLATFORMEN EN PRODUCT-ALS-DIENSTVERLENING ALS KATALYSATOREN VAN EEN CIRCULAIRE ECONOMIE

160. Als één van de deelaspecten – zo niet hét deelaspect – van een circulaire economie wordt vanuit diverse hoeken de opkomst van de ‘sharing economy’ naar voren geschoven. Dergelijke deeleconomie (soms ook “samenwerkingseconomie” of “peer-to-peer-economy” genoemd) gaat uit van zgn. product-dienstcombinaties waarbij het efficiënt – gedeeld – gebruik van product en eigendom centraal staat.<sup>213</sup>

Dit principe van de (huidige) deeleconomie werd in 2010 voor het eerst uitvoerig beschreven in 2 basiswerken van Botsman en Rogers<sup>214</sup> enerzijds en Gansky<sup>215</sup> anderzijds; En hoewel het concept van de deeleconomie minder innovatief is dan veelal gedacht - “*Nothing is new about ‘sharing’, except when the word ‘economy’ is added*”<sup>216</sup> – doorliep het tijdens het afgelopen decennium een fundamentele evolutie.

De vrijwillige en gedeelde terbeschikkingstelling van producten en materialen ontwikkelde zich tot een nieuw consumptiemodel tussen burgers dat wordt ondersteund door een onderneming die vraag en aanbod met elkaar in contact brengt.<sup>217</sup>

161. De Belgische wetgeving kent momenteel geen definitie van het begrip “deeleconomie”, waarvan evenmin een universeel aanvaarde definitie voorhanden is. Thans zijn dan ook verschillende termen in omloop (“samenwerkingseconomie”, “platformeconomie”, “peer-to-peer economy”, “on demand economy”), dewelke zonder onderscheid worden gebezigd om te verwijzen naar verschijnselen waartussen gelijkenis wordt aanvoeld, maar die nagenoeg nooit nauwkeurig worden omschreven. Dat leidt ertoe dat platformen met volstrekt verschillende (en zelfs tegengestelde) eigenschappen met dezelfde term worden aangeduid.<sup>218</sup>

Zowel in de juridische literatuur als media circuleren diverse omschrijvingen. In het verslag van de Commissie voor Handels- en Economisch Recht betreffende het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht werd zelfs uitdrukkelijk aangegeven dat de deeleconomie (nog) een vaag begrip is, waarvan niemand hetzelfde beeld heeft.<sup>219</sup>

---

<sup>213</sup> W.-F. SCHILTZ, *Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende de circulaire economie*, VI. Parl. 2015-16, nr. 592, 5.

<sup>214</sup> R. BOTSMA en R. ROGERS, *What’s Mine Is Yours : The Rise of Collaborative Consumption*, New York, HarperCollins, 2010, 304 p.

<sup>215</sup> L. GANSKY, *The Mesh, Why the Future of Business is Sharing*, New York, Portfolio/Penguin, 2010, 256 p.

<sup>216</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, “Collaboration in Cities: From Sharing to ‘Sharing Economy’”, White Paper, 20 december 2017, 6, [http://www3.weforum.org/docs/White\\_Paper\\_Collaboration\\_in\\_Cities\\_report\\_2017.pdf](http://www3.weforum.org/docs/White_Paper_Collaboration_in_Cities_report_2017.pdf)

<sup>217</sup> <https://economie.fgov.be/nl/themas/ondernemingen/duurzame-economie/deeleconomie>

<sup>218</sup> M. DE LAMOTTE en B. LUTGEN, *Voorstel van resolutie over het instellen van een aan de activiteiten van de deeleconomie aangepast geheel van rechtsregels*, Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 2964/001.

<sup>219</sup> Verslag van de Commissie voor Handels- en Economisch Recht bij de eerste lezing, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 54-2828/004, 126.

Een duidelijke begripsafbakening is nochtans essentieel alvorens een juridisch kader voor de deeleconomie (bv. m.b.t. fiscaliteit, sociale condities, aansprakelijkheid(-sverdeling), ...) kan worden vastgelegd.

162. In haar mededeling betreffende een ‘Europese agenda voor de deeleconomie’ omschrijft de Europese Commissie de deeleconomie als volgt:

*“Voor de toepassing van deze mededeling verwijst de term ‘deeleconomie’ naar bedrijfsmodellen waarin activiteiten worden gefaciliteerd door deelplatforms die een open marktplaats tot stand brengen voor het tijdelijke gebruik van (vaak door particulieren aangeboden) goederen of diensten. Bij de deeleconomie zijn drie categorieën actoren betrokken:*

- i) dienstverleners die activa, middelen, tijd en/of vaardigheden delen — dit kunnen particulieren zijn die af en toe diensten aanbieden (‘peers’) of dienstverleners die in hun beroepshoedanigheid handelen (‘professionele dienstverleners’);*
- ii) gebruikers hiervan en;*
- iii) tussenpersonen die aanbieders en gebruikers met elkaar in contact brengen — via een online platform — en die transacties tussen hen faciliteren (‘deelplatforms’).*

*Bij transacties in de deeleconomie is er algemeen geen sprake van overdracht van eigendom en deze transacties kunnen met of zonder winstoogmerk worden uitgevoerd.”<sup>220</sup>*

In de marge wijst de Europese Commissie er in zijn mededeling evenwel op dat deze definitie een bijzonder evolutief gegeven betreft, aangezien de economie in kwestie evenzeer uiterst snel evolueert.

163. Ondanks deze verruimende overweging, geeft bovenstaande definitie blijk van de ruime invulling die de Europese Commissie wenst toe te kennen aan de deeleconomie. De definitie behelst zowel giften, als een uitwisseling van goederen (ruilhandel) of diensten (LETS -lokale uitwisselingssystemen).<sup>221</sup>

Benadrukt wordt daarbij in eerste instantie het vereiste van een onlineplatform, dat als intermediair optreedt teneinde vraag en aanbod aan elkaar te koppelen. Binnen de (strikte) deeleconomie wordt voor het gedeeld gebruik van goederen en/of de gedeelde dienstverlening immers een beroep gedaan op aanbieders, die van het online platform te onderscheiden zijn.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> Mededeling (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's betreffende een Europese agenda voor de deeleconomie, 2 juni 2016, COM(2016)356.

<sup>221</sup> M. DE LAMOTTE en B. LUTGEN, *Voorstel van resolutie over het instellen van een aan de activiteiten van de deeleconomie aangepast geheel van rechtsregels*, Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 2964/001.

<sup>222</sup> Zo worden bepaalde autodeelconcepten (bv. Cambio) verkeerdelijk onder de deeleconomie geplaatst. Deze organisaties zijn zelf eigenaar van de autovloot die ze aanbieden en verschillen in wezen niet van echte verhuurbedrijven.

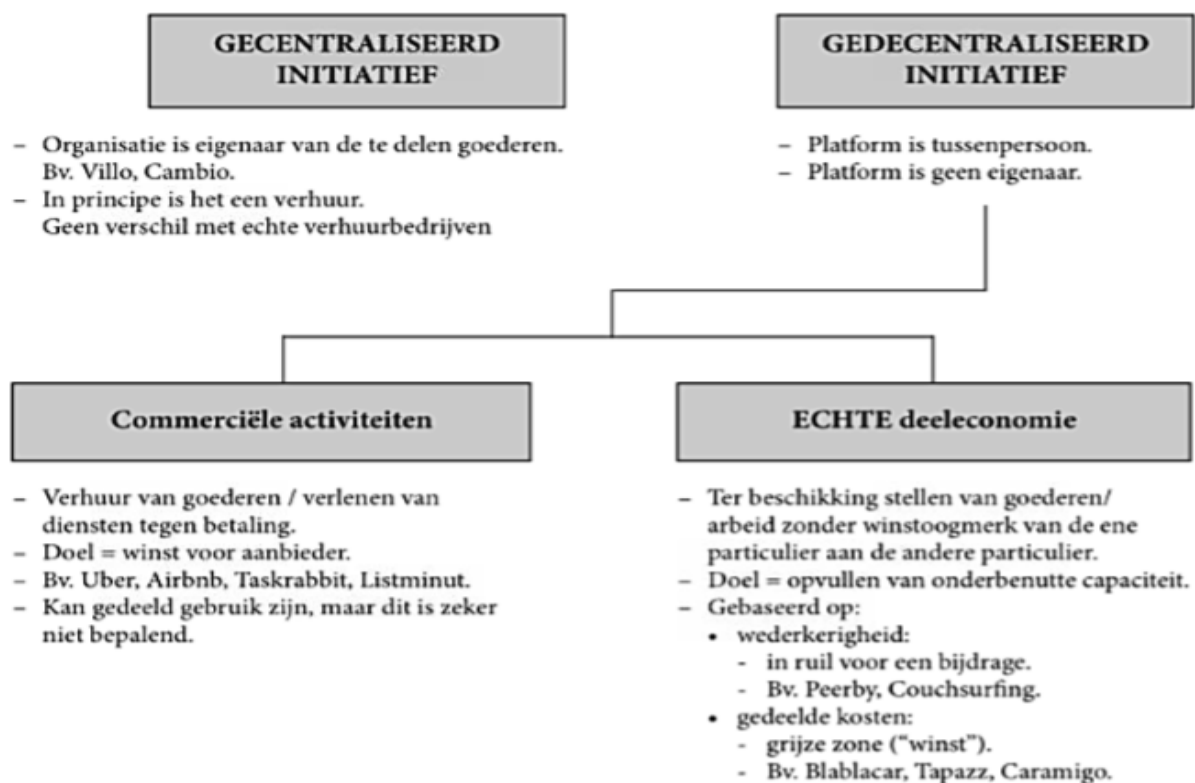


Voorts laat bovenstaande definitie de participatie toe van zowel particuliere als professionele dienstverleners, en dit met of zonder winstbejag. Uit het werkdocument dat met de Europese richtsnoeren gepaard gaat, kan evenwel worden afgeleid dat met de professionele aanbieders enkel micro-ondernemingen en kleine ondernemingen worden bedoeld.<sup>223</sup> Een expliciet voorbeeld van hoe ondernemingen actief kunnen zijn op deelpplatformen is te vinden in het Uber-model.<sup>224</sup>

Bovendien sluit de definitie van de Europese Commissie niet uit dat ook de gebruikers professionele actoren kunnen zijn. Dat een handelsagent de afstand tussen twee afnemers via een Uber-rit zou overbruggen, zorgt er (bv.) niet voor dat deze dienstverlening buiten de deeleconomie zou vallen.

164. Uitgaande van de brede definitie van de Europese Commissie – die eerder lijkt aan te sluiten bij de term ‘platformeconomie’ – omvat het begrip ‘deeleconomie’ aldus zowel de commerciële activiteiten die gefaciliteerd worden door een (digitaal) platform, als de werkelijke deling van producten en materialen.

Schematisch lijkt één en ander samengevat te kunnen worden als volgt<sup>225</sup>:



<sup>223</sup> Commission staff working document (Comm.), European agenda for the collaborative economy – supporting analysis, 2 juni 2016, SWD(2016)184.

<sup>224</sup> Uber maakt een onderscheid tussen de Ubervervoerder en de Uber-chauffeur, waarbij de Uber-vervoerder, als onafhankelijke leverancier van vervoersdiensten, gebruik kan maken van Uber-chauffeurs (als werknemer of zelfstandige) voor het daadwerkelijk vervoer.

<sup>225</sup> E. VANDINGENEN, "III. Deeleconomie" in J. VANNEROM (ed.), M-commerce, Morsel, Intersentia, 2017, (176) 179

165. Louter volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat bovenstaande definitie van de Europese Commissie in vele werken nog wordt aangevuld met een – weliswaar niet-juridisch – aspect.<sup>226</sup> Zo wordt de deeleconomie (o.m.) in de Algemene Beleidsnota Economie van 27 oktober 2016 als volgt omschreven:

*“Een brede waaier aan economische systemen van decentrale netwerken en marktplaatsen die de waarde van onderbenutte goederen en diensten ontsluiten door vraag en aanbod direct bij elkaar te brengen.”*<sup>227</sup>

Deze definitie van ‘deeleconomie’ legt eerder nadruk op het gebruik van onderbenutte goederen en diensten uitgaande van de idee dat goederen duurzamer wordt benut in een deeleconomie door het gebruik ervan te delen met anderen; een koppeling die thans sterk wordt bekritiseerd. Door het feit dat delen een positieve en vooruitstrevende connotatie heeft, zouden immers meer en meer bedrijven claimen dat ze deel uitmaken van de deeleconomie, terwijl ze niets meer te maken hebben met het delen van onderbenutte capaciteit.<sup>228</sup>

166. Hoe dan ook, voorbeelden die – met succes – draaien op het (brede) model van de deeleconomie zijn inmiddels alom gekend. Of het nu gaat over de verschillende bedrijven die auto- of fietsdeelsystemen faciliteren, taxidiensten of bedrijven die een alternatief bieden voor hotelovernachtingen,....:

*“Uber, the world’s largest taxi company, owns no vehicles. Facebook, the world’s most popular media owner, creates no content. Alibaba, the most valuable retailer, has no inventory. And Airbnb, the world’s largest accommodation provider, owns no real estate. Something interesting is happening.”*<sup>229</sup>

Bovenstaande quote is veelzeggend en toont aan dat de deeleconomie/platformmarkt – die vraag en aanbod samenbrengt, de relatie tussen aanbieder en gebruiker faciliteert en een beroep doet op ‘peers’ voor de werkelijke dienstverlening – aan een steile opmars bezig is in allerlei economische sectoren.

167. Thans lijkt deze opkomst door verschillende ontwikkelingen verklaard te kunnen worden. Vooreerst verbaast het niet dat de (huidige) deeleconomie is ontsproten gedurende een periode van economische laagconjunctuur. De financiële en economische crisis installeerden een duidelijk wantrouwen in traditionele ondernemingen en bracht een hoog niveau van werkloosheid met zich mee, met als gevolg een toename (i) aan

<sup>226</sup> Zie o.a. P.-J. AERTS, “Uber en autodelen” in M.E. STORME en F. HELSEN (eds.), *Innovatie en disruptie in het economisch recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (217) 218; J. BOSSUYT, “Sharing is caring?”, *Juristenkrant* 2016, afl. 330, 11; B. DEVOLDER, “Terbeschikkingstelling van kamers en woningen via een internetplatform: verboden bestemmingswijziging en onderhuur?”, *TBBR* 2016, (378) 379; F. HELSEN, “Deeleconomie: de wetgever wordt pas wakker”, *Juristenkrant* 2015, afl. 305, 12-13; E. VANDINGENEN, “III. Deeleconomie” in J. VANNEROM (ed.), *M-commerce*, Mortsel, Intersentia, 2017, (176) 178; W. VAN DYCK en B. CUMPS, “The Sharing Economy Demystified” in IBJ (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, economie van de toekomst, toekomst van de economie*, Brussel, Larcier, 2016, 39 (40).

<sup>227</sup> Algemene beleidsnota Economie, Parl.St. Kamer, 2016-17, nr. 2111/011, 11

<sup>228</sup> C. CODAGNONE en F. BIAGI, “The Passions and the Interests: Unpacking the Sharing Economy”, Joint Research Centre Science for Policy Report, 2016, 31, <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC101279/jrc101279.pdf>.

<sup>229</sup> T. GOODWIN, Head of Innovation at Zenith Media, TechCrunch, 3 maart 2015, <https://techcrunch.com/2015/03/03/in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface/>.

de aanbodzijde van mensen op zoek naar werkmogelijkheden en (ii) aan de vraagzijde van consumenten op zoek naar goedkope(re) alternatieve diensten.<sup>230</sup> Tevens heeft het zwakke investerings- en financieringsklimaat het collaboratieve bedrijfsmodel mogelijk aantrekkelijker gemaakt.<sup>231</sup>

Verder staat duurzaamheid en aandacht voor het milieu – dat algemeen past binnen de idee van de deeleconomie – steeds hoger op de politieke en maatschappelijke agenda. Maatschappelijke factoren zoals een grotere bevolkingsdichtheid vergroten daarenboven het potentieel voor de (economische) ontwikkeling van businessmodellen die gebaseerd zijn op een gedeeld gebruik.<sup>232</sup>

Tot slot werd de opkomst van de deeleconomie in grote mate mogelijk gemaakt door de technologische vooruitgang die in afgelopen jaren werd geboekt. Door de digitalisering neemt delen van producten en/of diensten fundamenteel andere vormen en vooral proporties aan. Coördinatie van vraag en aanbod kan vandaag gemakkelijk geschieden dankzij het internet die beide perfect aan elkaar kan linken.<sup>233</sup>

168. Volgens een studie uit 2015 van PWC zou de deeleconomie in dat jaar op wereldvlak reeds een markt hebben aangeboord van 15 miljard dollar; een bedrag dat in 2025 zou moeten opgelopen zijn tot 335 miljard dollar.<sup>234</sup> Ook op Europese schaal zijn de cijfers inmiddels indrukwekkend: het bedrag aan commerciële transacties voor 2016 wordt op 28 miljard euro geschat, waarvan 3,6 miljard euro de inkomsten van modellen uit deelplatformen vertegenwoordigd.

In België was de deeleconomie *anno* 2016 dan weer goed voor een zakencijfer van (ong.) 90 tot 110 miljoen euro. Experts schatten dat dit cijfer de komende 4 jaar zal verviervoudigen, tot een omzet van een half miljard euro in 2020 in België en tussen 90 en 100 miljoen in Brussel.<sup>235</sup>

169. Gelet bovenstaande vooruitzichten hoeft het niet te verbazen dat de Europese Commissie een belangrijke rol voorziet voor de deeleconomie, inzonderheid inzake de creatie van werkgelegenheid en (economische) groei.<sup>236</sup> Andere voordelen die aan de deeleconomie worden toegedicht zijn (o.m.):

---

<sup>230</sup> L. GANSKY, *The Mesh, Why the Future of Business is Sharing*, New York, Portfolio/Penguin, 2010, 44.

<sup>231</sup> Commission staff working document (Comm.), *European agenda for the collaborative economy – supporting analysis*, 2 juni 2016, SWD(2016)184.

<sup>232</sup> P.-J. AERTS, “Uber en autodelen” in M.E. STORME en F. HELSEN (eds.), *Innovatie en disruptie in het economisch recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (217) 219; Commission staff working document (Comm.), *European agenda for the collaborative economy – supporting analysis*, 2 juni 2016, SWD(2016)184.

<sup>233</sup> B. DEVOLDER, “Terbeschikkingstelling van kamers en woningen via een internetplatform: verboden bestemmingswijziging en onderhuur?”, *TBBR* 2016, (378) 379.

<sup>234</sup> PwC, *Consumer Intelligence Series: The Sharing Economy*, april 2015.

<sup>235</sup> De Kamer van de Middenstand van de Economische en Sociale Raad van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Naar een doordachte regelgeving voor de deeleconomie*, 17 mei 2017, <http://www.ces.irisnetlab.be/nl/publicaties/andere-publicaties-1/autres-publications-de-la-chambre-des-classes-moyennes/van-de-kamer-van-de-middenstand/e-2017-004-kvm>

<sup>236</sup> Mededeling (Comm.) aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's betreffende een Europese agenda voor de deeleconomie, 2 juni 2016, COM(2016)356.

- Verhoogde efficiëntie: technologische ontwikkelingen maken het gebruik van deelplatformen efficiënt en eenvoudig, en bovendien altijd en overal toegankelijk. Waar technologie kan dienen als vorm van interne optimalisatie, streven de initiatieven binnen de ‘echte deeleconomie’ een optimaal gebruik van goederen na, door onderbenutte capaciteit naar de markt te brengen.<sup>237</sup>
- Beperking van gebruikskosten: Aangezien (quasi) iedereen toegang heeft tot een gsm met internetverbinding, wordt heden toegetreden tot deeleconomische netwerken zonder noemenswaardige communicatie- of transactiekosten.<sup>238</sup>

Daarenboven wordt de kost tevens laag gehouden door verkoop- en marketingfuncties te internaliseren in het platform en de einddienst aan individuele aanbieders te externaliseren. Zo worden de kosten van het bezit verdeeld over de verschillende actoren heen.<sup>239</sup>

- Betrouwbaarheid: De beoordeling van de betrouwbaarheid van een speler binnen de deeleconomie gaat gepaard met een informatiekost, welke over het algemeen beperkt kan gehouden worden doordat platformen uitgebreid gebruik maken van beoordelings- en evaluatiesystemen.<sup>240</sup>

Bijkomend voordeel is bovendien de traceerbaarheid en aanzienlijke bemoeilijking van fraude gelet betalingen binnen de deeleconomie gewoonlijk digitaal verlopen (via kredietkaarten), zodat geldstromen makkelijker te achterhalen zijn voor zowel fiscus als (opgelichte) klant.<sup>241</sup>

- Maatschappelijke voordelen: Het gedeeld gebruik van goederen en diensten kan zorgen voor voordelen op vlak van duurzaamheid. Bovendien creëert de deeleconomie een mogelijkheid voor individuen om te interageren en gemeenschappen te integreren, met een verhoogde sociale cohesie als gevolg.<sup>242</sup>
- ...

Kortom: aangenomen wordt dat de deeleconomie nieuwe mogelijkheden creëert voor zowel consumenten als ondernemers, en bovendien complementair – alsook bevorderend – is voor de circulaire economie. Terwijl de circulaire economie waakt over het recyclageproces, zou de deeleconomie zo veel als mogelijk kunnen zorgen voor een gedeeld gebruik tijdens de levensduur van de producten.

<sup>237</sup> F. HELSEN, “Deeleconomie: de wetgever wordt pas wakker”, Juristenkrant 2015, afl. 305, 12.

<sup>238</sup> P. J. AERTS, “Uber en autodelen” in M.E. STORME en F. HELSEN (eds.), Innovatie en disruptie in het economisch recht, Antwerpen, Intersentia, 2017, (217) 219

<sup>239</sup> P. J. AERTS, “Uber en autodelen” in M.E. STORME en F. HELSEN (eds.), Innovatie en disruptie in het economisch recht, Antwerpen, Intersentia, 2017, (217) 219

<sup>240</sup> V. KATZ, “Regulating the Sharing Economy”, Berkeley Technology Law Journal 2015, (1067) 1075.

<sup>241</sup> F. HELSEN, “Deeleconomie: de wetgever wordt pas wakker”, Juristenkrant 2015, afl. 305, 12

<sup>242</sup> J. BOSSUYT, “Sharing is caring?”, Juristenkrant 2016, afl. 330, 11; Commission staff working document (Comm.), European agenda for the collaborative economy – supporting analysis, 2 juni 2016, SWD(2016)184.

170. Maar er is meer. Een verbijzondering van de macro-economische deeleconomie die heden meer en meer onder de aandacht komt betreft de idee van het betalen voor een – vanuit het oogpunt van de producent/aanbieder voor deling vatbare – dienst(-verlening) in de plaats van de traditionele eigendomsverwerving van een product of materiaal: het zgn. product-als-dienst businessmodel.

Zoals aangestipt blijft de producent-leverancier in het product-als-dienst model eigenaar van het product dat wordt aangeboden in dienstformaat in plaats van een – zoals thans gebruikelijk – aan te kopen product of materiaal. De gebruiker betaalt m.a.w. voor het gebruik van een product, zonder er eigenaar van te worden of betaalt voor een invulling van zijn behoefte waarbij de producent-leverancier de materiële middelen bezit en beheert om tot de gewenste invulling te komen van deze behoefte.

In essentie is er aldus sprake van (i) een gebruik van een bepaald product zonder te beschikken over de eigendom hiervan en (ii) een uitgave/betaling zonder een engagement inzake gebruik, onderhoud, herstelling, ... Daarbij gebruikt en betaalt de consument voor de exacte hoeveelheid die hij nodig heeft zodat verspilling en inertie vermeden worden enerzijds en de dienstverlener éénzelfde product efficiënter kan inzetten en de noden van meerdere consumenten (al dan niet gelijktijdig) kan invullen anderzijds.<sup>243</sup>

171. Gezien het product-als-dienst businessmodel steunt op gesloten kringlopen rond de productie- en consumptiefase, werd eerder al aangestipt dat het “een belangrijke katalysator kan zijn voor aanzienlijke efficiëntiewinsten en de voorgenomen transitie naar een circulaire economie:

- Dienstverleners kunnen producten via het “product-als-dienst” model efficiënter inzetten en/of meerdere consumenten (al dan niet gelijktijdig) bedienen met eenzelfde product, zodanig dat hun productieprocessen (met bijhorende omgevingsimpact) kunnen verminderd worden;
- Het “product-als-dienst” model kan dienstverleners aansporen efficiëntere producten met minder operationele kosten op de markt te brengen, gezien zij slechts betaald zullen worden al naargelang het exacte gebruik van hun producten door de consumenten;
- Het “product-als-dienst” model kan consumenten aansporen hun gebruik van producten (met bijhorende omgevingsimpact) te verminderen, gezien zij moeten betalen al naargelang hun exacte gebruik van de dienstverlening.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> L. TURLEY, *Moving Towards Performance-Based Specifications in Public Procurement*, 2013, 1, beschikbaar op [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs\\_public\\_procurement.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/specs_public_procurement.pdf).

<sup>244</sup> EUROPESE COMMISSIE, *Public procurement for a circular economy: good practice and guidance*, 2017, 8, beschikbaar op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu);

172. Niettegenstaande alle voornoemde opportuniteiten en voordelen, doen de deeleconomie én het product-als-dienst businessmodel heden vele (juridische) vragen rijzen. Het is niet voor niets dat de deeleconomie wordt gekenmerkt als één van de meest innovatieve en disruptieve ontwikkelingen van de 21<sup>ste</sup> eeuw.<sup>245</sup>

Vastgesteld dient te worden dat vele aspecten van het internationale/Europese/Belgische/Vlaamse recht nog onvoldoende zijn afgestemd op een economie waarin het gebruik van goederen en diensten vaak belangrijker is dan het bezit ervan en daarentegen (nog) ontworpen zijn voor de lineaire economie.<sup>246</sup> Zowel in het burgerlijk/zakenrecht, economisch recht, sociaal recht als in het fiscaal recht botsen de klassieke juridische oplossingen met de flexibiliteit nodig voor het voortbestaan van dit nieuw economisch model.<sup>247</sup>

Uit de eerdere literatuurstudie bleek dan ook dat de onduidelijkheden en/of juridische belemmeringen voor (de transitie) van de huidige (bezits-)economie naar een deeleconomie legio zijn<sup>248</sup>:

- Begrenzing privé/onderneming: waar ligt de scheidslijn tussen een privépersoon en een onderneming met commerciële doeleinden? Een antwoord op deze hamvraag is cruciaal nu onduidelijkheid hieromtrent mensen kan weerhouden van deelgedrag (vnl. ingevolge het risico op een verplichting om BTW af te dragen, de administratieve verplichtingen van het ondernemerschap, ...)
- Eigendoms kwesties/buikleen: kunnen goederen en/of diensten gedeeld worden wanneer men niet over de eigendom ervan beschikt? Hoe moet omgegaan worden met de eigendom van goederen en/of diensten die gezamenlijk worden aangeschaft?
- Consumentenbescherming/discriminatie: hoe kan de kwaliteit van bepaalde dienstverlening gewaarborgd blijven in een economie waarin diensten met elkaar worden gedeeld (ook door niet-professionals)? Daarbij dient er – in het licht van het gelijkheidsbeginsel – bovendien voor gewaakt dat professionele en occasionele aanbieders van eenzelfde dienst onderworpen worden aan gelijke voorwaarden en vereisten (bv. erkenningen, certificeringen, ...)<sup>249</sup>
- Fiscale implicaties: Wat is het fiscaal statuut van vergoedingen die voortvloeien uit het occasionele delen van goederen en/of diensten?

---

<sup>245</sup> P. VAN EECKE en S. MENNES, “Data als spil van de deeleconomie: een eerste juridische verkenning” in IBJ (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, economie van de toekomst, toekomst van de economie*, Brussel, Larcier, 2016, 93.

<sup>246</sup> P. VAN DE GLIND en H. VAN SPRANG, *Share. Kansen en uitdagingen van de deeleconomie.*, Antwerpen, Uitgeverij Business Contact, 2016.

<sup>247</sup> IBJ (ed.), *Tendensen in het bedrijfsrecht, economie van de toekomst, toekomst van de economie*, Brussel, Larcier, 2016 (achterflap).

<sup>248</sup> SHAREN, *Innoveren in de deeleconomie. Een inventarisatie van kansen en belemmeringen die innovatieve investeringen in de deeleconomie, op het gebied van groene groei, (on)mogelijk maken*, Nederland, 2015, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/11/01/innoveren-in-de-deeleconomie>, 49 ev.

<sup>249</sup> F. HELSEN, “Deeleconomie: de wetgever wordt pas wakker”, *De Juristenkrant* 2015, 13.

- Arbeidsvoorwaarden: Bestaande arbeidsvoorwaarden zijn gericht op langdurige dienstverbanden. Zowel deelplatformen, waar mensen op flexibele wijze producten en diensten aanbieden, als bestaande bedrijven, hebben evenwel meer en meer behoefte aan flexibele arbeid. Gelet op het vertrouwde karakter van het arbeidscontract blijkt het echter lastig een dergelijk scenario vorm te geven waarin de sociale zekerheden gewaarborgd blijven.
- Aansprakelijkheidsregeling: De aansprakelijkheidsverdeling is anders dan gebruikelijk. Zo blijkt het niet altijd even duidelijk te zijn waarvoor het deelplatform en waarvoor de individuele aanbieders van goederen en/of diensten verantwoordelijk zijn.
- Verzekeringsregeling: Dat de aansprakelijkheidsverdeling anders is dan gebruikelijk, is een aspect waar verzekeraars handig op blijken in te spelen. Op dit moment zijn gebruikers vaak dubbel verzekerd voor het ene risico, maar niet verzekerd voor het andere risico en dit doordat de bestaande verzekeringen niet zijn toegesneden op de nieuwe 'deelovereenkomsten'. Daarenboven blijkt het niet in alle omstandigheden mogelijk te zijn voor een gebruiker om een verzekering af te sluiten wanneer hijzelf geen eigenaar is van het desbetreffende goed.
- ...

173. Thans blijkt uit de weerhouden cases van (i) Peerby Pro – Wij Delen (nr. 112), (ii) CLT-s – Duurzame Houtbouw, (iii) JuuNoo – circulaire alternatief voor interieurwanden (nr. 83) en (iv) Vlaamse Confederatie Bouw – Xchange (nr. 33) dat de (meest actuele/prangende) juridische vraagstukken betreffende de deeleconomie en het product-als-dienst businessmodel zich situeren rondom een 3-tal clusters, zijnde:

- 1) Aansprakelijkheid: hoe wordt de aansprakelijkheid tussen de betrokken actoren geregeld/verdeeld bij het delen van (elkanders) materialen of producten. Daarenboven rijst de vraag welke verantwoordelijkheid de producent van een product draagt (i.e. productaansprakelijkheid) ingeval hij zijn producten als een dienst aanbiedt aan gebruikers?
- 2) Eigendomsrecht: hoe wordt het eigenaarschap van bepaalde goederen die als dienst worden aangeboden, geregeld resp. gewaarborgd voor de dienstverlener en welke (noodzakelijke) verbintenissen dient de dienstverlener – als eigenaar – op zich te nemen?
- 3) Verzekering: welke verzekeringsmodellen kunnen marktspelers in de deeleconomie en van het product-als-dienst businessmodel afsluiten teneinde zich (afdoende) in te dekken?

## 1. AANSPRAKELIJKHEIDSVERDELING BINNEN EEN DEELECONOMIE

174. Algemeen wordt aansprakelijkheid in het Belgisch recht beschouwd als de mogelijkheid om een persoon ter verantwoording te roepen voor diens gedrag, dan wel de mogelijkheid om een persoon te vervolgen wegens het louter plegen van een misdrijf. Aansprakelijkheid is m.a.w. de verplichting voor een persoon om de nadelige gevolgen van een bepaalde gebeurtenis te dragen.

Het primaire doel van de (burgerrechtelijke) aansprakelijkheidsregeling bestaat uit het herstel of de compensatie van geleden schade, waarbij eveneens een bepaalde genoegdoening kan gepaard gaan (m.n. de erkenning voor het feit dat men schade heeft geleden). Uitgangspunt is daarbij dat de schadelijder zelf zijn schade dient te dragen, behoudens de gevallen waarin het aansprakelijkheidsrecht bepaalt dat iemand aansprakelijk is voor de schade die een ander geleden heeft.

*Summa divisio* onderscheidt men in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht 2 vormen van (burgerrechtelijke) aansprakelijkheid: de contractuele aansprakelijkheid enerzijds en buitencontractuele aansprakelijkheid anderzijds, dewelke beide strekken tot het vergoeden van opgelopen schade.<sup>250</sup>

175. Contractuele aansprakelijkheid vindt in de regel toepassing door de eenvoudige miskenning van een contractuele bepaling of door de miskenning van hetgeen waartoe de overeenkomst zelf (bv. met oog op het delen van materialen, het leveren van een product-als-dienstverlening, ...) niet-explicit verbindt. Dergelijke problemen van niet-nakoming betreffen in de regel aldus situaties waarin een geldige overeenkomst werd gesloten tussen 2 of meerdere partijen, maar waarin één van hen (of beiden) in de fase van de uitvoering de beloofde prestatie niet nakomt. Deze niet-nakoming van een contractuele verbintenis kan verschillende vormen aannemen, zoals de niet-levering van het overeengekomen materiaal, het foutief gebruik van een product en/of materiaal dat wordt gedeeld, een laattijdige/onvolledige dienstverlening, ...<sup>251</sup>

In essentie is de contractuele fout/tekortkoming – die desgevallend tot schadevergoeding aanleiding kan geven – aldus iedere miskenning van een contractuele verbintenis of, anders gezegd, elke vorm van niet-bereiken van het voorwerp van de overeenkomst.<sup>252</sup>

176. Belangrijk hierbij is dat deze contractuele fout/tekortkoming steeds zal bepaald worden in verhouding tot de verbintenissen die voor de contractspartijen uit de gesloten overeenkomst voortvloeien. Samen met de inhoud van de (dienstverlenings-)overeenkomst<sup>253</sup> hangt de vaststelling van een fout/tekortkoming die aanleiding geeft tot schadevergoeding daarom sterk af van de vraag of de geschonden verbintenis een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis betreft.

---

<sup>250</sup> K. DUERINCKX, Aansprakelijkheidsrecht: Een overzicht. 2de, herziene uitgave, Antwerpen, Maklu, 12.

<sup>251</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 141.

<sup>252</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 142.

<sup>253</sup> In essentie zal ook de overeenkomst strekkende tot het delen van producten en/of materialen kwalificeren als een dienstverleningsovereenkomst (eerder dan een bruikleen welke in de regel steeds *om niet* geschiedt).



Bij een resultaatsverbintenis is er sprake van een contractuele fout/tekortkoming van zodra het beloofde resultaat niet bereikt wordt (bv. het product wordt niet geleverd). Het volstaat dan dat de schuldeiser het bestaan van de verbintenis bewijst en het uitblijven van het beloofde resultaat. Bewezen moet niet worden dat het uitblijven van het resultaat tevens het gevolg is van een fout.<sup>254</sup>

Betreft het daarentegen een inspanningsverbintenis dan is er pas sprake van een contractuele fout /tekortkoming indien de schuldeiser het bestaan van de verbintenis bewijst én aantoont dat de schuldenaar niet de inspanningen leverde die van een normaal vooruitziend persoon mochten verwacht worden teneinde het beloofde resultaat te bereiken. De schuldeiser moet in voorkomend geval een fout bewijzen.<sup>255</sup>

177. De (gemeenrechtelijke) buitencontractuele aansprakelijkheid vloeit daarentegen voort uit artikel 1382 e.v. Burgerlijk Wetboek en dit als uitzondering op het algemene principe dat een schadelijder steeds zijn eigen schade dient te dragen (*“the loss lies where it falls”*).<sup>256</sup>

Wanneer schade – buiten iedere overeenkomst of mondelinge verbintenis om – is ontstaan ingevolge een fout of nalatigheid, beschikt het slachtoffer over de mogelijkheid om deze schade op de aansprakelijke te verhalen mits er tussen deze fout/nalatigheid en de schade een oorzakelijk verband bestaat.

Dergelijke buitencontractuele aansprakelijkheid betreft ofwel een persoonlijke aansprakelijkheid voor een eigen foutieve – schadeverwekkende – gedraging ofwel een kwalitatieve aansprakelijkheid van personen met een bepaalde hoedanigheid, voor de schade veroorzaakt door een persoon, zaak of dier waarvoor zij (moeten) instaan.<sup>257</sup>

178. Louter volledigheidshalve kan aangestipt worden dat onder invloed van de industrialisering en de opkomst van de moderne technologie de Belgische wetgever talrijke bijzondere aansprakelijkheidsregimes heeft ingevoerd die, onder specifieke voorwaarden, voorzien in een foutloze aansprakelijkheid.

Deze foutloze (ook wel ‘objectieve’) aansprakelijkheid houdt in dat een persoon tot schadevergoeding kan gehouden zijn, zonder dat bewezen is resp. moet worden dat hij/zij een fout heeft begaan die in oorzakelijk verband staat met de geviseerde schade. Voorbeelden van objectieve aansprakelijkheidsregimes – welke sterk gefragmenteerd zijn in wetgeving – zijn (o.m.)<sup>258</sup>:

---

<sup>254</sup> Cass. 23 februari 2001, A.C. 2001, 357; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 142.

<sup>255</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 142.

<sup>256</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 33.

<sup>257</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 37.

<sup>258</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 33-34.

- Art. 29bis WAM-wet: dit artikel bepaalt dat zwakke weggebruikers die letselschade oplopen ingevolge een verkeersongeval waarbij een motorrijtuig betrokken is, vergoed wordt door de WAM-verzekeraar van het betrokken motorrijtuig en dit zonder dat enige fout van de bestuurder moet bewezen worden;
- Art. 544 Burgerlijk Wetboek: dit artikel voorziet in een aansprakelijkheid voor abnormale burenhinder, hetgeen inhoudt dat de eigenaar van een onroerend goed, die zonder fout bovenmatige hinder veroorzaakt tegenover zijn nabuur, waardoor het evenwicht verstoord wordt dat tussen de naburige erven was tot stand gekomen, gehouden is tot een rechtmatige en passende compensatie;
- Wet Productaansprakelijkheid: deze wet voorziet in een objectieve aansprakelijkheid van de producent voor schade aan personen (incl. morele schade), en onder bepaalde voorwaarde tevens voor schade aan goederen, die veroorzaakt wordt door een gebrek in een product.

Met uitzondering van deze productaansprakelijkheid vallen de objectieve aansprakelijkheidsregimes (allen) buiten het bestek van onderhavig onderzoek.

179. *Prima facie* dient opgemerkt te worden dat alle voormelde aansprakelijkheidsregimes en -principes in een deeleconomie en/of bij een product-als-dienstverlening *grosso modo* onverkort lijken te blijven gelden.

Gelet diverse aspecten van deze aansprakelijkheidsregelingen onvoldoende zijn afgestemd op de bijzonderheden van de deeleconomie en het product-als-dienst businessmodel, rijzen echter enkele vragen die rechtstreeks voortvloeien uit deze bijzonderheden en hun invloed ervan, met name uit (i) het gedeeld gebruik en hergebruik van producten en/of materialen en (ii) de tussenkomst van een deelplatform.

Meer concreet konden uit de weerhouden cases volgende pertinente vraagstukken (met betrekking tot de aansprakelijkheidsregeling en -verdeling) gedestilleerd worden:

- Is er sprake van een productaansprakelijkheid bij het delen van producten en/of een product-als-dienstverlening dat een hergebruik veronderstelt, en hoe is deze in voorkomend geval geregeld?
- Wijzigt het delen van producten en/of materialen iets aan de bestaande principes van contractuele en/of buitencontractuele aansprakelijkheid (wars van de evt. productaansprakelijkheid)?

### **1.1. Productaansprakelijkheid bij het delen van producten en/of een product-als-dienstverlening?**

180. De Belgische wet Productaansprakelijkheid – een omzetting van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten

inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken – maakt (grotendeels onveranderd) deel uit van de Belgische wetgeving sedert de inwerkingtreding op 22 maart 1991.

Overeenkomstig de Wet Productaansprakelijkheid is iedere producent objectief (i.e. zonder dat enige fout moet bewezen worden) aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. In de regel kan een slachtoffer zich te allen tijde op de Wet Productaansprakelijkheid beroepen teneinde vanwege de producent een schadevergoeding te bekomen (in zoverre voldaan aan de toepassingsvoorwaarden).

181. Personeel voorwerp van de Wet Productaansprakelijkheid zijn thans 2 generieke actoren, met name de producent van het product en het schadelijgende slachtoffer. Deze 2-partijenverhouding wordt in het kader van een deeleconomie en/of een product-als-dienstverlening mogelijks uitgebreid tot een 3- of meer-partijenverhouding, met name wanneer de ontlener van een materiaal en/of product resp. de product-als-dienstverlener niet tevens de producent is van het betreffende materiaal en/of product. Zulks kan bv. het geval zijn bij het niet-professioneel delen van bepaalde materialen en/of producten of ingeval de product-als-dienstverlener zijn gebezigde materialen en/of producten niet zelf heeft vervaardigd maar deze evenzeer heeft afgenomen van een (initiële) producent.

In voorkomend geval is niet enkel sprake van een (initiële) producent van het product en een schadelijgend slachtoffer, doch eveneens van een dienstverlener die zich van de initiële producent onderscheidt.

#### *1.1.1. Toepassing van de Wet Productaansprakelijkheid op een dienstverlening*

182. Alvorens te analyseren hoe deze productaansprakelijkheid geregeld *kan* worden in het kader van de deeleconomie en/of een product-als-dienstverlening, dient in eerste instantie vastgesteld te worden of deze aansprakelijkheidsregeling überhaupt kan toegepast worden op een zuivere dienstverlening (i.e. een aanneming van diensten) in plaats van de gebruikelijke verkoop (met eigendomsoverdracht).

Aangestipt dient immers te worden dat zowel in het geval materialen en/of producten worden gedeeld als ingeval van een product-als-dienstverlening, er sprake is van een dienstverlening. Waar dergelijke kwalificatie bij de product-als-dienstverlening voor zich spreekt, lijkt dit evenzeer aan de orde ingeval materialen en/of producten (louter) worden gedeeld en dit gezien zulks een terbeschikkingstelling (i.e. een dienst) van een materiaal en/of product veronderstelt uit hoofde van de ontlener.<sup>259</sup>

183. Rechtspraak waarin een aannemer (van diensten) wordt veroordeeld/vrijgesproken op basis van de Wet Productaansprakelijkheid lijkt vooralsnog onbekend. Desalniettemin lijkt de Wet Productaansprakelijkheid een

---

<sup>259</sup> Dit in tegenstelling tot een loutere bruikleen van materialen en/of producten, vermits een bruikleen in de regel steeds *om niet* geschiedt (*quod non in casu*).

vordering tot schadevergoeding tegen een aannemer (van diensten) *in beginsel* niet uit te sluiten, wanneer de toepassingsvoorwaarden ervan in acht worden genomen.<sup>260</sup>

- Materiële toepassingsgebied: het materiële toepassingsgebied van de Wet Productaansprakelijkheid wordt afgelijnd door het begrip 'product' dat wordt gedefinieerd als "elk lichamelijk roerend goed, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed, of indien het door een bestemming onroerend is geworden."

De Wet Productaansprakelijkheid heeft derhalve (enkel) betrekking op (i) lichamelijke goederen, ongeacht of ze ambachtelijk of industrieel vervaardigd zijn, die bovendien (ii) roerend van aard zijn (of deel uitmaken van een onroerend goed of van een ander roerend goed).<sup>261</sup>

Wanneer iemand schade lijdt ten gevolge van een goed bestaande uit één of meer gebrekkige onderdelen, heeft hij de keuze: hij kan zowel de producent van het geassembleerde eindproduct als van het gebrekkige onderdeel aanspreken. Indien blijkt dat bovendien de grondstof gebrekkig is, kan de benadeelde zich ook richten tegen de grondstofproducent, dewelke in voorkomend geval allen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade geleden door de benadeelde.

- Personele toepassingsgebied: het personele toepassingsgebied van de Wet Productaansprakelijkheid wordt bepaald door de hoedanigheid van producent. Vier categorieën van personen genieten deze hoedanigheid, met name (i) de producent van het product of een deel ervan, alsook de fabrikant of producent van de grondstof, (ii) de schijnbare producent, zijnde eenieder die zich als fabrikant of producent aandient door zijn naam, merk of enig ander herkenningsteken op het product aan te brengen, (iii) de invoerder, zijnde eenieder die, in het kader van zijn economische werkzaamheden, een product in de EG invoert, met oogmerk het te verkopen of het gebruik ervan aan derden over te dragen, en, (iv) de leverancier, maar slechts in zoverre de identiteit van de producent of invoerder onbekend is of deze identiteit niet binnen een redelijke termijn slachtoffer wordt meegedeeld.

Dat een aannemer zich in hoofdzaak verbindt tot het verrichten van een dienst, waarbij de vervaardiging of overdracht van een goed slechts een accessorium is van deze dienstverlening, staat een kwalificatie als producent niet in de weg. Zodra de aannemer in het kader van zijn dienstverlening een gebrekkig

---

<sup>260</sup> K. SCHULPEN, *De wet productaansprakelijkheid en aanneming van werken en diensten*, 2013, beschikbaar op [https://www.monardlaw.be/publications/-/asset\\_publisher/sfxddM7ZdWTD/content/id/28757](https://www.monardlaw.be/publications/-/asset_publisher/sfxddM7ZdWTD/content/id/28757).

<sup>261</sup> Zo bestaat een onroerend bouwwerk in principe uit verschillende geïncorporeerde bouwmaterialen (stenen, dakpannen, vensters, ...) zodanig dat de producenten van deze bouwmaterialen in principe wél kunnen aangesproken worden op basis van de Wet Productaansprakelijkheid.

lichamelijk roerend goed produceert (bv. cement voor een bouwwerk) of gebruikt, is de Wet Productaansprakelijkheid van toepassing.<sup>262</sup>

Meer nog, zelfs ingeval een aannemer niet zelf de producent is van het gebrekkige product (dat hij zou ter beschikking stellen), kan hij worden aangesproken onder de Wet Productaansprakelijkheid. Het Hof van Justitie oordeelde dat de omstandigheid dat "een bij een dienstverrichting gebruikt product is bereid door een derde, door de dienstverrichter zelf of door een met de dienstverrichter verbonden organisatie, op zich niet af(doet) aan het feit dat het in het verkeer is gebracht." Hiervoor is wel vereist dat de benadeelde de werkelijke producent of invoerder van het gebrekkige product niet kent of dat de aannemer van diensten de identiteit van deze producent of invoerder niet tijdig heeft meegedeeld aan de benadeelde.

De Wet Productaansprakelijkheid is niet toepasselijk op diensten waarbij geen gebrekkige producten worden geproduceerd/gebruikt/ter beschikking gesteld (bv. medische of juridische consultaties; onderhouds- en herstellingswerken die een reparateur uitvoert zonder daarbij onderdelen te vervangen of producten toe te voegen).

- Gebrek in de zaak: het schadelijdende slachtoffer moet bewijzen dat het kwestieuze product een gebrek aan veiligheid vertoont, dat dit product schade heeft veroorzaakt en dat er een causaal verband bestaat tussen het gebrek en de schade.

Bij aanneming is vereist dat het gebrek van een gebruikt product aan de orde is, en niet het gebrek van de dienstverlening als zodanig. Deze laatste vereiste plaatst de benadeelde voor een moeilijke(re) bewijslast: hij zou immers niet enkel moeten aantonen dat er een gebrek in het product is, maar bovendien ook dat de schade niet aan de gebrekkige uitvoering door de aannemer te wijten is.

Indien al bovenstaande voorwaarden vervuld zijn, lijkt de Wet Productaansprakelijkheid ingeroepen te kunnen worden tegen een aannemer van diensten, die in het kader van zijn dienstverlening een gebrekkig product heeft geproduceerd of gebruikt. De – eerder gebruikelijke – toepassingshypothesen zijn op eerst zicht talrijk: een kinesitherapeut die een gebrekkige olie heeft gebruikt, een garagist die een defect onderdeel heeft geïnstalleerd, een aannemer die slechte cement heeft geproduceerd of een gebrekkige steensoort heeft verwerkt, ...

### *1.1.2. Toepassing van de Wet Productaansprakelijkheid in een deelinitiatief of product-als-dienstverlening*

---

<sup>262</sup> Dit werd bevestigd door het Hof van Justitie in een arrest van 10 mei 2001. In deze zaak had een Deens ziekenhuis een nier gespoeld met een zelfgeproduceerde spoelvloeistof met het oog op een niertransplantatie. Volgens de Deense regering was er geen sprake van productaansprakelijk omdat het ging om een medische dienstverrichting. Het Hof van Justitie deelde deze zienswijze niet en oordeelde dat "het gebrek van een bij een dienstverrichting gebruikt product aan de orde is, en niet het gebrek van een dienstverrichting als zodanig.

184. Nu vaststaat dat de Wet Productaansprakelijkheid ingeroepen lijkt te kunnen worden in het kader van een aanneming van diensten (lees: bij het delen van materialen en/of producten of bij een product-als-dienstverlening), rijst evident de vraag hoe deze aansprakelijkheidsregeling *in concreto* kan toegepast worden in een deelinitiatief en/of een product-als-dienstverlening en dit inzonderheid gelet op het typische hergebruik van materialen en/of producten évenals de mogelijke driepartijenverhouding (cfr. *supra*).

Navolgend zal dit geanalyseerd worden aan de hand van de (5) voorwaarden opdat een schadelijgend slachtoffer op basis van de Wet Productaansprakelijkheid een schadevergoeding kan bekomen. Meer bepaald moeten er een producent en een product in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid aanwezig zijn, evenals een bewijs van de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen deze elementen<sup>263</sup>:

- 1) Een product: zoals aangehaald definieert artikel 2 van de Wet Productaansprakelijkheid een product als *“elk lichamelijk roerend goed, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed, of indien het door bestemming onroerend is geworden (...)”*.

Uitgaande van deze definitie lijken de meeste (voor hergebruik bestemde) goederen in het kader van een deeleconomie en/of product-als-dienstverlening weldegelijk te kwalificeren als een product in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid.

- 2) Een gebrekkig product: Overeenkomstig artikel 5 van de Wet Productaansprakelijkheid is een product gebrekkig wanneer *“het niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen, met name: a) de presentatie van het product; b) het normaal of redelijkerwijze voorzienbaar gebruik van het product; c) het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht. (...)”*.

Onder de presentatie van het product wordt de manier begrepen waarop het product aan het publiek wordt aangeboden of voorgesteld. Het heeft betrekking op de vorm, de verpakking, de gebruiksaanwijzing, de bijsluiter, de reclame, waarschuwingen, instructies, uitdrukkelijk gewaarborgde eigenschappen,...<sup>264</sup> Daarbij wordt eveneens rekening gehouden met een eventuele CE-conformiteitsmarkering van het product, nu mag aangenomen worden dat de veiligheidsverwachting van het publiek stijgt wanneer een product dergelijke markering draagt.

Voorts wordt gesteld dat het gebruik van een product niet redelijkerwijze voorzienbaar is in geval van een onredelijk misbruik ervan door de consument.<sup>265</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat wanneer een

---

<sup>263</sup> Zie voor analoge bespreking A. VIJVERMAN, “Hergebruik van voor eenmalig gebruik bestemde medische hulpmiddelen: nood aan een duidelijke regeling”, *T.Gezond.* 2008-09, (7) 14 e.v.

<sup>264</sup> T. VANSWEEVELT, “de Wet van 25 februari 1991 inzake productenaansprakelijkheid”, *TBBR* 1992, p. 114.

<sup>265</sup> T. VANSWEEVELT, “de Wet van 25 februari 1991 inzake productenaansprakelijkheid”, *TBBR* 1992, p. 115.

producent er kennis van heeft dat zijn product reeds vele jaren wordt gehanteerd in strijd met zijn voorschriften, dit gebruik moeilijk als onvoorzienbaar kan worden bestempeld. Ingeval materialen en/of producten die voor eenmalig gebruik zijn bestemd reeds jarenlang – kennis van de fabrikant – worden hergebruikt (derhalve in strijd met de aanwijzingen van de producent), kan dit hergebruik van voor eenmalig gebruik bestemde materialen en/of producten niet als redelijkerwijze onvoorzienbaar beschouwd worden. Dit met voor gevolg dat het hergebruik in deze gevallen eerder als een redelijkerwijze voorzienbaar gebruik van het product in kwestie kan worden beschouwd, waardoor ook de veiligheidsverwachtingen van het publiek worden verhoogd.<sup>266</sup>

Dat – tot slot – eveneens rekening moet gehouden worden met het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht, houdt in dat het al dan niet gebrekkig karakter van het materiaal en/of product zal moeten beoordeeld worden (o.a.) op basis van (i) de normen die op het ogenblik van het in het verkeer brengen bestonden evenals (ii) de ouderdom van het materiaal en/of product daar dit de veiligheidsverwachtingen zonder meer zal beïnvloeden.<sup>267</sup>

- 3) Schade: Overeenkomstig artikel 11 van de Wet Productaansprakelijkheid komt zowel morele, als lichamelijke als materiële schade in aanmerking voor vergoeding. Wat deze materiële schade betreft, nuanceert artikel 11, § 2 van de Wet Productaansprakelijkheid wél dat het moet gaan om schade aan goederen die *“gewoonlijk bestemd zijn voor gebruik of verbruik in de privésfeer en door het slachtoffer hoofdzakelijk zijn gebruikt voor gebruik of verbruik in de privésfeer”*.

Ongeacht de aard van de toegebrachte schade, het moet steeds gaan om persoonlijke schade. Dit betekent dat *in beginsel* enkel de gebruiker – in zijn hoedanigheid van schadelijgend slachtoffer – zich op de Wet Productaansprakelijkheid zal kunnen baseren om van de initiële producent en/of van de hergebruiker (cfr. *infra*) een schadevergoeding te vorderen ingevolge het gebrekkig karakter van het gedeelde-/ter beschikking gestelde materiaal en/of product.

Ingeval van hergebruik zal de dienstverlener-hergebruiker zelf zich om deze reden niet tot de initiële producent kunnen richten op basis van de Wet Productaansprakelijkheid.

- 4) Oorzakelijk verband: de schadelijgende gebruiker van de gebrekkige zaak dient een oorzakelijk verband tussen het gebrek en de door hem geleden schade aan te tonen.

---

<sup>266</sup> A. VIJVERMAN, “Hergebruik van voor eenmalig gebruik bestemde medische hulpmiddelen: nood aan een duidelijke regeling”, *T.Gezond.* 2008-09, (7) 21.

<sup>267</sup> De veiligheidsverwachtingen ten aanzien van hergebruikte producten liggen over het algemeen lager dan ten aanzien van nieuwe producten. Toch is het zo dat de gebruikers vaak niet op de hoogte zijn of het betreffende materiaal en/of product een al dan niet hergebruikt materiaal en/of product is. Voor zover de gebruiker aldus niet geïnformeerd is omtrent het hergebruik en voor zover deze dus redelijkerwijze kan aannemen dat hij te maken heeft met een nieuw materiaal en/of product, zullen de veiligheidsverwachtingen van de gebruiker ten aanzien van een hergebruikt materiaal en/of product even hoog liggen als ten aanzien van een nieuw materiaal en/of product.

- 5) Een producent: zoals aangehaald definieert artikel 3 van de Wet Productaansprakelijkheid de – tot vergoeding aan te spreken – producent als *“de fabrikant van een eindproduct, de fabrikant van een onderdeel van een eindproduct, de fabrikant of de producent van een grondstof, alsmede eenieder die zich als fabrikant of producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander herkenningsteken op het product aan te brengen”*.

Welke actoren in het kader van de deeleconomie en/of product-als-dienstverlening kwalificeren als producent in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid is van doorslaggevend belang teneinde te achterhalen wie de uiteindelijke aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door het gebruik van een gebrekkig (gedeeld/ter beschikking gesteld) product, (al dan niet hoofdelijk) zal moeten dragen.

Daarbij lijkt het in eerste instantie weinig twijfel te leiden dat de (initiële) producent van een – desgevallend initieel reeds voor hergebruik bestemd – materiaal en/of product als een producent in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid moet beschouwd worden. Deze kwalificatie lijkt aan de orde in de these dat de initiële producent zelf ook optreedt als dienstverlener/ontlener van het gebrekkige product (nl. in een 2-partijenverhouding) als in de these dat hij het gebrekkige product vervaardigt doch laat delen/ter beschikking stellen aan de gebruiker via een derde dienstverlener/ontlener (nl. in een 3-partijen verhouding waarin de initiële producent geen rechtstreekse band heeft met de gebruiker) en dit evenzeer wanneer het betreffende materiaal en/of product wordt hergebruikt door de (initiële) producent dan wel een derde dienstverlener/ontlener.

Voorts lijkt ook deze derde dienstverlener/ontlener – zelfs voorafgaand een eventueel hergebruik van een bepaald materiaal en/of product – in bepaalde omstandigheden te kunnen kwalificeren als een producent in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid. Daartoe is (enkel) vereist dat de derde dienstverlener/ontlener zich minstens als een fabrikant of producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander herkenningsteken op het product aan te brengen.

Na hergebruik van een bepaald materiaal/en of product zou de derde dienstverlener/ontlener – volgens bepaalde rechtsleer – tevens als producent in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid kunnen beschouwd worden zonder aanbrengen van enig herkenningsteking. Beargumenteerd zou immers kunnen worden dat de derde dienstverlener/ontlener in voorkomend geval een principieel onbruikbaar materiaal en/of product vernieuwt teneinde het opnieuw te kunnen gebruiken.<sup>268</sup> In die zin zou de derde dienstverlener/ontlener als de (nieuwe) producent van het product of een onderdeel hiervan kunnen beschouwd worden.

---

<sup>268</sup> A. VIJVERMAN, “Hergebruik van voor eenmalig gebruik bestemde medische hulpmiddelen: nood aan een duidelijke regeling”, *T.Gezond.* 2008-09, (7) 20.



Voor zover de derde dienstverlener/ontlener (al dan niet) na hergebruik kan beschouwd worden als producent in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid, kan de schadelijgende gebruiker kiezen van wie hij een schadevergoeding vordert: ofwel tegen de initiële producent dan wel tegen de derde dienstverlener/ontlener. Beide producenten zijn in voorkomend geval hoofdelijk aansprakelijk, mits inachtneming van de verweermiddelen die de (initiële) producent ingeval van hergebruik kan formuleren op basis van artikel 8 van de Wet Productaansprakelijkheid (cfr. *infra*).

185. In *concreto* doorvertaald zouden bovenstaande principes betreffende de (verdeling van) een mogelijke productaansprakelijkheid het volgende inhouden voor de weerhouden cases in het kader van een deelinitiatief dan wel een product-als-dienstverlening:

- In een 2-partijenverhouding tussen de producent-dienstverlener/ontlener van een materiaal en/of product enerzijds én de schadelijgende gebruiker van dit materiaal en/of product anderzijds (zoals o.a. in de weerhouden case van Juunoo):
  - Voorafgaand aan enig hergebruik: mogelijke productaansprakelijkheid in hoofde van Juunoo als fabrikant *sensu stricto* van de circulaire binnenwanden die vervolgens ter beschikking gesteld worden aan resp. modulair geïnstalleerd worden bij de gebruiker;
  - Na enig hergebruik: mogelijke productaansprakelijkheid in hoofde van Juunoo vermits de hergebruikte circulaire binnenwanden opnieuw zullen aangeboden worden onder de naam, het merk of een ander herkenningsteken van Juunoo, dan wel na een nieuw (al dan niet) beperkt productieproces (bv. herstellen, opfrissen, ...) zodat Juunoo hoe dan ook lijkt te kwalificeren als (nieuwe) fabrikant *sensu stricto*;
- In een 3-partijenverhouding tussen de initiële producent, de dienstverlener/ontlener en de schadelijgende gebruiker, zoals de weerhouden cases van Peerby en Xchange (waarin de dienstverlener/ontlener materialen en/of producten – via voornoemd deelplatform – lijkt te delen/ter beschikking te stellen zonder deze (initieel) zelf vervaardigd te hebben):
  - Voorafgaand aan én na enig hergebruik: mogelijke productaansprakelijkheid in hoofde van de (initiële) producent van het gedeelde materiaal en/of product gezien diens hoedanigheid als fabrikant *sensu stricto* dan wel de omstandigheid dat het materiaal en/of product (al dan niet opnieuw) zal aangeboden worden onder de naam, het merk of enig ander herkenningsteken van de (initiële) producent;

- Voorafgaand aan enig hergebruik: mogelijke productaansprakelijkheid eveneens in hoofde van de derde dienstverlener/ontlener ingeval deze als zijn naam, merk of enig ander herkenningsteken op het uit te lenen/ter beschikking te stellen materiaal en/of product zou aanbrengen;
- Na enig hergebruik: mogelijke productaansprakelijkheid eveneens in hoofde van de derde dienstverlener/ontlener ingeval deze zijn naam, merk of enig ander herkenningsteken op het te hergebruiken materiaal en/of product aanbrengt dan wel het te hergebruiken materiaal en/of product onderwerpt aan een nieuw (al dan niet) beperkt productieproces (bv. herstellen, opfrissen, ...) zodat de derde dienstverlener/ontlener lijkt te kwalificeren als (nieuwe) fabrikant *sensu stricto*;

186. Thans zou overwogen kunnen worden dat het voor de initiële producent als onrechtvaardig voorkomt om (nogmaals) tot schadevergoeding aangesproken te worden onder de Wet Productaansprakelijkheid nadat het hergebruikte materiaal en/of product opnieuw werd gedeeld/ter beschikking gesteld van een gebruiker door een derde dienstverlener/ontlener (al dan niet na een nieuw beperkt productieproces).

In voorkomend geval zou de (initiële) producent – op basis van artikel 8 van de Wet Productaansprakelijkheid – aan zijn aansprakelijkheid wegens het in het verkeer stellen resp. gebruiken van een gebrekkig materiaal en/of product kunnen ontsnappen mits bewijs dat:<sup>269</sup>

- Het gebrekkige materiaal en/of product niet door hem in het verkeer is gebracht, waarbij “in het verkeer brengen” wordt gedefinieerd als *“de eerste daad waaruit de bedoeling van de producent blijkt om aan het product de bestemming te verlenen die hij aan dat product geeft door overdracht aan derden of door gebruik ten behoeve van laatst genoemden”*.

De initiële producent zou op basis van voormelde exoneratieclausule kunnen (trachten te) beargumenteren dat de derde dienstverlener/ontlener, die het materiaal en/of product (al dan niet na beperkte bewerking) heeft hergebruikt door het opnieuw te delen/ter beschikking te stellen voor gebruik, het betreffende materiaal en/of product (opnieuw) in het verkeer heeft gebracht in de zin van artikel 6 van de Wet Productaansprakelijkheid;

- Het aannemelijk is dat het schadeverwekkende gebrek (nog) niet bestond op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, dan wel dit gebrek pas later is ontstaan. Hoewel moeilijk, lijkt de initiële producent dit te kunnen bewijzen door het positief bewijs te leveren van (bv.) het feit dat het gebrek

---

<sup>269</sup> A. VIJVERMAN, “Hergebruik van voor eenmalig gebruik bestemde medische hulpmiddelen: nood aan een duidelijke regeling”, *T.Gezond.* 2008-09, (7) 21-22.

door tussenkomst van de derde dienstverlener/ontlener werd veroorzaakt (bv. door een onzorgvuldige bewerking voorafgaand het hergebruik;

- Het op basis van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk voor hem was om het bestaan van het schadeverwekkende gebrek te ontdekken. De initiële producent zou in dit geval kunnen beargumenteren dat het voor hem, op het ogenblik waarop hij het betreffende materiaal en/of product in het verkeer bracht, onmogelijk was te weten welke gezondheids- of andere veiligheidsrisico's verbonden waren aan het te hergebruiken materiaal en/of product.

(Al dan niet) uitgaande van rechtvaardigheids- en/of billijkheidsredenen tonen bovenstaande voorbeelden genoegzaam aan dat een initiële producent zich in bepaalde gevallen op de exoneratiegronden van artikel 8 van de Wet Productaansprakelijkheid zal kunnen beroepen teneinde te ontkomen aan een (onrechtvaardig/onbillijk geachte) aansprakelijkheid onder de voornoemde wet. In deze gevallen zal de schadelijdende gebruiker aldus géén schadevergoeding kunnen bekomen van de initiële producent.

## **1.2. Principes van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid bij het delen van materialen en/of producten**

187. Benevens de draaglast van een (mogelijke) productaansprakelijkheid in het kader van een deelinitiatief en/of een product-als-dienstverlening, moest in tweede instantie vastgesteld worden dat tevens – meer algemeen – vragen rezen naar de regeling/verdeling van aansprakelijkheid tussen de betrokken actoren bij het delen van (elkanders) materialen en/of producten (al dan niet via tussenkomst van een deelplatform).

*Prima facie* lijkt het noodzakelijk hiervoor een onderscheid te maken al naargelang de aansprakelijkheid de interne (contractuele) verhouding tussen de dienstverlener/ontlener en gebruiker betreft dan wel de externe (buitencontractuele) verhouding waarin schade wordt veroorzaakt door het gebruik van een gedeeld niet-gebrekkig materiaal en/of product.

### ***1.2.1. De interne (contractuele) verhouding tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker***

188. Overwegende dat er tussen de dienstverlener/ontlener en de gebruiker – gebruikelijk – een overeenkomst (al dan niet mondeling) wordt gesloten ter regeling van hun onderlinge rechten en plichten, wordt de interne aansprakelijkheidsverhouding tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker in beginsel geregeld volgens de principes van het contractuele aansprakelijkheidsrecht.

Zoals eerder aangestipt vindt deze contractuele aansprakelijkheid toepassing als gevolg van een (eenvoudige) miskennen van enige contractuele bepaling of door de miskennen van hetgeen waartoe de overeenkomst zelf niet-expliciet verbindt.

Ter afbakening/verdeling van de contractuele aansprakelijkheid van partijen in het kader van een deelinitiatief is de exacte inhoud van de overeenkomst aldus cruciaal.

189. De overeenkomst die tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker wordt gesloten, lijkt in eerste instantie de vorm te kunnen aannemen van een zgn. bruikleenovereenkomst. Overeenkomstig artikel 1875 e.v. van het Burgerlijk Wetboek is bruikleen immers de overeenkomst waarbij de ene partij (de dienstverlener/ontlener) aan de andere (de gebruiker) een zaak afgeeft om daarvan gebruik te maken, onder verplichting die zaak terug te geven na daarvan gebruik te hebben gemaakt.

Deze bruikleen is essentieel een overeenkomst *om niet* waarbij de dienstverlener/ontlener eigenaar blijft van de in bruikleen gegeven zaak, dewelke al hetgeen dat in de handel is, en niet door het gebruik tenietgaat, als voorwerp kan hebben.

190. Leent een dienstverlener/ontlener een zaak (al dan niet via een deelplatform) *om niet* uit, dan krijgt hij te maken met een mild aansprakelijkheidsregime. In voorkomend geval zal de dienstverlener/ontlener slechts aansprakelijk kunnen gesteld worden voor schade die de gebruiker lijdt ingevolge gebreken aan het geleende goed die door de dienstverlener/ontlener gekend waren, doch niet aan de gebruiker werden medegedeeld.

In die zin stipuleert artikel 1891 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk het volgende:

*“Wanneer de geleende zaak zodanige gebreken heeft dat zij aan hem die zich ervan bedient, schade kan veroorzaken, is de uitlener aansprakelijk, indien hij de gebreken kende en de lener daarvan niet op de hoogte heeft gebracht.”*

191. *In concreto* doorvertaald zou de geciteerde bepaling inhouden dat wanneer een gebruiker (al dan niet via een deelplatform) gebrekkige bouwtoestellen leent van een dienstverlener/ontlener en hierdoor schade lijdt, de dienstverlener/ontlener van deze gebrekkige bouwtoestellen slechts aansprakelijkheid riskeert indien hij dit gebrek kende, doch heeft nagelaten te melden. Van een verruimde aansprakelijkheid als zou de dienstverlener/ontlener tevens aansprakelijk zijn voor een schadeverwekkend gebrek in de bouwtoestellen dat hij behoorde te kennen, is geen sprake (i.t.t. bij een huurovereenkomst (cfr. *infra*)).<sup>270</sup>

---

<sup>270</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, *MvV* 2015, nr. 6, 187-188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

Ingeval de dienstverlener/ontlener van de gebrekkige bouwtoestellen kennis had van het gebrek en de gebruiker hiervoor waarschuwde, dient de schade echter gedragen te worden door de gebruiker zelf. Deze heeft immers welbewust het risico aanvaard door de (gebrekkige) zaak – wetens en willens – te gebruiken.

Het lijkt er aldus op dat de Belgische wetgever de dienstverlener/ontlener heeft willen belonen met een soepel(er) aansprakelijkheidsregime voor zijn altruïstische daad om zijn zaak *om niet* aan een gebruiker in bruikleen te geven.<sup>271</sup>

192. Ter nuancering wordt in bepaalde rechtsleer wél geopperd dat het uit de concrete omstandigheden van de zaak kan voortvloeien dat het onaanvaardbaar voorkomt dat een dienstverlener/ontlener van een gebrekkige zaak, die een bijzonder gevaar voor personen zou (kunnen) opleveren, zich zou beroepen op de in artikel 1891 van het Burgerlijk Wetboek geregelde beperking van zijn aansprakelijkheid jegens de gebruiker.

Aangegeven wordt daarbij dat een beroep op onbekendheid met een verborgen gebrek (bv.) onaanvaardbaar zou zijn indien het gebruik van het gebrekkige materiaal en/of product (mede-) in het belang van de dienstverlener/ontlener was, of indien de bruikleen niet strikt belangeloos was. Opgemerkt wordt dat zulke redenen kunnen verantwoorden dat een dienstverlener/ontlener wél belast zou worden met het risico van een verborgen gebrek waarmee het gedeelde materiaal en/of product zou behept zijn en derhalve zou moeten instaan voor de schade die veroorzaakt worden in hoofde van de gebruiker.<sup>272</sup>

193. De gebruiker is op zijn beurt gehouden als een *bonus pater familias* (i.e. een goede huisvader) zorg te dragen voor het (al dan niet via een deelplatform) gedeelde materiaal en/of product, hetgeen een duidelijke inspanningsverbintenis betreft (die wordt beoordeeld in het licht van de algemene zorgvuldigheidsnorm).

De gebruiker zal aldus gehouden zijn tot vergoeding aan de dienstverlener/ontlener indien schade is ontstaan (aan het gedeelde materiaal en/of product) wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van deze zorgplicht of wegens een ander gebruik van het gedeelde materiaal en/of product dan waarvoor het is bestemd.<sup>273</sup> In die zin stipuleren artikel 1880 en 1881 van het Burgerlijk Wetboek duidelijk het volgende:

*“Art. 1880. De lener is gehouden als een goed huisvader voor de bewaring en het behoud van de geleende zaak te zorgen. Hij mag zich slechts ervan bedienen voor het gebruik dat door de aard der zaak of door de overeenkomst bepaald is; een en ander op straffe van schadevergoeding, indien daartoe grond bestaat*

---

<sup>271</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, MvV 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

<sup>272</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, MvV 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

<sup>273</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, MvV 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

*Art. 1881. Indien de lener zich van de zaak bedient voor een ander gebruik, of gedurende een langere tijd dan hij mocht, is hij voor het verlies aansprakelijk, al is dit ook door toeval ontstaan"*

194. *In concreto* doorvertaald lijken de geciteerde bepalingen aldus in te houden dat wanneer een gebruiker (al dan niet via een deelplatform) gedeelde bouwtoestellen (i) zou gebruiken tegen hun bestemming of in strijd met de instructies van de dienstverlener/ontlener of (ii) niet zou voorzien van de nodige zorgen (bv. door onvoldoende maatregelen te treffen om het goed correct te bewaren, te beveiligen, ...) en hierdoor schade ontstaat aan de gedeelde bouwtoestellen, de gebruiker – evident – zelf dient in te staan voor deze schade en deze zal moeten vergoeden aan de dienstverlener/ontlener.

*A contrario* lijkt uit de geciteerde bepalingen echter eveneens te volgen dat een gebruiker die wél de vereiste zorgvuldigheid (van een *bonus pater familias*) aan de dag heeft gelegd, doch schade aan het gedeelde bouwtoestel niet is kunnen voorkomen (bv. ingevolge een storm niettegenstaande alle mogelijke bewarings- en beveiligingsmaatregelen werden getroffen), niet op toerekenbare wijze is tekortgeschoten aan zijn teruggaveverplichting van het beschadigde bouwtoestel en derhalve niet in vergoeding zal kunnen aangesproken worden.<sup>274</sup>

195. Maar er is meer. Afgezien van de (evt.) toerekenbaarheid van een (contractuele) tekortkoming met betrekking tot zijn zorg- of teruggaveplicht kan een gebruiker wél worden aangesproken bij beschadiging en/of verlies van het gedeelde materiaal en/of product, ingeval partijen bij de totstandkoming van hun bruikleenovereenkomst een waarde op het gedeelde materiaal en/of product hebben geplakt.

In die zin bepaalt artikel 1883 van het Burgerlijk Wetboek immers uitdrukkelijk het volgende:

*"Indien de zaak bij het te leen geven geschat is, komt het verlies, al ontstaat het ook door toeval, voor rekening van de lener, zo er geen daarmee strijdige overeenkomst bestaat."*

Algemeen aangenomen wordt dat partijen met een dergelijke schatting – die aanbod en aanvaarding veronderstelt – geacht worden te hebben willen afspreken dat de gebruiker het geschatte bedrag aan de dienstverlener/ontlener zal vergoeden ingeval het geleende materiaal en/of product beschadigd raakt of vergaat en derhalve een boetebeding hebben geïntegreerd in hun bruikleenovereenkomst.<sup>275</sup>

196. Bovendien bruikleen lijkt een overeenkomst die tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker wordt gesloten met oog op deling van bepaalde materialen en/of producten in tweede instantie tevens de vorm van een huur

---

<sup>274</sup> R. KOOLHOVEN, "Kwalificatie en rechtspluralisme in 'de deeleconomie'", *MvV* 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

<sup>275</sup> R. KOOLHOVEN, "Kwalificatie en rechtspluralisme in 'de deeleconomie'", *MvV* 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

(van roerende goederen) te kunnen aannemen en dit meer in bijzonder wanneer een dienstverlener/ontlener een bepaald materiaal en/of product in gebruik geeft aan een gebruiker tegen een bepaalde tegenprestatie.

Wanneer de ene partij (de dienstverlener/ontlener) zich verbindt aan een andere partij (de gebruiker) een zaak in gebruik te verstrekken, waarbij de gebruiker zich verbindt tot een tegenprestatie, is er immers sprake van huur (en niet van bruikleen).

Bovenstaande definitie/kwalificatie van huur is bovendien dwingend van aard: dienstverlener/ontlener en gebruiker kunnen niet naar eigen goeddunken een andere benaming toekennen aan hun overeenkomst die aan de definitie van huur voldoet teneinde te ontkomen aan de (strikttere) regels van het huurrecht.

197. Indien een materiaal en/of product in gebruik wordt gegeven tegen een tegenprestatie, is er aldus sprake van huur. Deze tegenprestatie is vaak een bepaalde geldsom, een percentage van de omzet, of een afnameverplichting, doch kan evenzeer verschijnen in de vorm van een (weder-)dienstverlening of het verrichten van een bepaalde arbeid.<sup>276</sup>

Een tegenprestatie maakt een overeenkomst tot huur indien de dienstverlener/ontlener een wezenlijk voordeel geniet ingevolge het delen van zijn materialen en/of producten. Zo kwalificeren (i) de betaling van een vergoeding die hoger ligt dan de loutere gebruikskosten of (ii) het beding dat de onderhoudsverplichting – welke normaal op de dienstverlener/ontlener rust – op de gebruiker komt te rusten, (bv.) als tegenprestaties die de balans doen doorslaan in huur eerder dan bruikleen.

Het betalen van een vergoeding van lasten mag evenwel niet als een tegenprestatie worden gezien. Neemt de gebruiker (bv.) het herstel van mankementen die tijdens het gebruik ontstaan voor zijn rekening, dan is dat geen tegenprestatie aangezien het onderdeel betreft van zijn (zorg-)verplichtingen als gebruiker.<sup>277</sup>

198. Sluiten de dienstverlener/ontlener en gebruiker een huurovereenkomst, dan is de dienstverlener/ontlener - anders dan bij bruikleen - wél aansprakelijk voor schade die de gebruiker lijdt als gevolg van gebreken in de (al dan niet via een deelplatform) gedeelde materialen en/of producten die de dienstverlener/ontlener behoorde te kennen.

Zulke aansprakelijkheid volgt uit het standpunt van het Hof van Cassatie – zoals bevestigd door een arrest van 12 maart 2003 van het Hof van Beroep van Bergen – dat de algemene regels van toepassing op de huur van onroerende goederen ook toepasselijk zijn op de huur van roerende goederen (in de mate waarin die regels

---

<sup>276</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, *MvV* 2015, nr. 6, 189, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

<sup>277</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, *MvV* 2015, nr. 6, 189, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

verzoenbaar zijn met de (roerende) aard van die goederen of niet uitsluitend gerechtvaardigd zijn door overwegingen die specifiek zijn aan onroerende goederen)<sup>278</sup>, waarbij artikel 1721 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk het volgende bepaalt:

*“Vrijwaring is verschuldigd aan de huurder voor alle gebreken van het verhuurde goed, die het gebruik daarvan verhinderen, ook al mocht de verhuurder die bij het aangaan van de huur niet hebben gekend. Indien door die gebreken enig verlies voor de huurder ontstaat, is de verhuurder verplicht hem daarvoor schadeloos te stellen.”*

De kwalificatie als huurovereenkomst (i.t.t. bruikleenovereenkomst) roept voor de dienstverlener/ontlener aldus een bepaalde onderzoeksplicht in het leven.<sup>279</sup>

199. *In concreto* doorvertaald lijkt er bij van een kwalificatie als huur op de dienstverlener/ontlener aldus een verruimde aansprakelijkheid te rusten in die zin dat de dienstverlener/ontlener – bovenop de besproken aansprakelijkheden ingeval van bruikleen – eveneens aansprakelijk *kan* zijn voor een schadeverwekkend gebrek in de (al dan niet via een deelplatform) gedeelde bouwtoestellen dat hij behoorde te kennen.

Wanneer een gebruiker (al dan niet via een deelplatform) gebrekkige bouwtoestellen leent van een dienstverlener/ontlener en hierdoor schade lijdt, *kan* de dienstverlener/ontlener van deze gebrekkige bouwtoestellen aldus toch aansprakelijkheid riskeren indien hij dit gebrek niet kende, doch wél behoorde te kennen als gevolg van de op hem rustende onderzoeksplicht.

Het feit dat de dienstverlener/ontlener een tegenprestatie verlangt voor het gebruik van zijn zaak door een gebruiker, lijkt hem derhalve te belasten met een verderstrekkende aansprakelijkheid als gevolg van de daarbij horende onderzoeksplicht.<sup>280</sup>

200. Analoog aan de aansprakelijkheden bij bruikleen rust op de gebruiker – ingeval van kwalificatie als huurovereenkomst – de plicht om het (al dan niet via een deelplatform) gedeelde materiaal en/of product te gebruiken als een goed huisvader, en volgens de bestemming welke daaraan gegeven is.

Geheel analoog aan de bruikleen lijkt de gebruiker – ingeval van kwalificatie als huurovereenkomst – aldus gehouden te zijn tot vergoeding aan de dienstverlener/ontlener indien er schade is ontstaan (aan het gedeelde

---

<sup>278</sup> HvB Bergen 12 maart 2003 (noot C. MARR, *TBBR* 2008, nr. 4, 217 e.v.)

<sup>279</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, *MvV* 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

<sup>280</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, *MvV* 2015, nr. 6, 188, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).



materiaal en/of product) wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van deze zorgplicht of wegens een ander gebruik van het gedeelde materiaal en/of product dan waarvoor het is bestemd.<sup>281</sup>

201. Louter volledigheidshalve kan nog opgemerkt worden dat bovenstaande overwegingen niet zonder meer lijken te gelden voor een (zuivere) product-als-dienstverleningsovereenkomst (bv. zoals nagestreefd lijkt te worden door JuuNoo) en dit (o.m.) ingevolge de verschillende finaliteit en verplichtingen van een product-als-dienstverlening in vergelijking met een (zuiver) deelinitiatief (al dan niet via een deelplatform).

Meer in bijzonder lijkt het voorwerp van een product-als-dienstverlening – in essentie – immers niet het gebruik en/of genot van een bepaald materiaal en/of product voor een gebruik, maar wel van een welbepaalde dienst. Ofschoon deze dienstverlening *de facto* vaak zal gepaard gaan met een terbeschikkingstelling van een materiaal en/of product, is deze materiële terbeschikkingstelling niet de essentiële finaliteit van de product-als-dienstverlening.<sup>282</sup>

Dit *sui-generis* karakter van de product-als-dienstverleningsovereenkomst lijkt ertoe te leiden dat de interne aansprakelijkheidsregeling/-verdeling bij een product-als-dienstverlening grotendeels – zo niet exclusief – zal bepaald worden door de contractuele bepalingen en verplichtingen resp. algemene voorwaarden van de dienstverlener/ontlener ter zake.

---

<sup>281</sup> R. KOOLHOVEN, “Kwalificatie en rechtspluralisme in ‘de deeleconomie’”, *MvV* 2015, nr. 6, 188-189, beschikbaar op [https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie\\_en\\_rechtspluralisme\\_in\\_de\\_deeleconomie.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/50050169/Kwalificatie_en_rechtspluralisme_in_de_deeleconomie.pdf).

<sup>282</sup> Voornaam gevolg hiervan is dat de dienstverlener/ontlener gedurende de product-als-dienstverlening verschillende goederen zou kunnen aanwenden voor het verlenen van de overeengekomen dienst en dit zolang de verschillende goederen die aangewend worden maar toelaten om de vooropgestelde doelstellingen, outputspecificaties, prestatie-indicatoren, ... te behalen.

### 1.2.2. De externe (buitencontractuele) verhouding met de schadelijgende derde

202. Naast bovenstaande interne (contractuele) verhouding(en) kan niet uitgesloten worden dat er tussen een dienstverlener/ontlener en/of gebruiker enerzijds en een derde anderzijds tevens een externe verhouding ontstaat als gevolg van een schadeverwekkend feit door tussenkomst van het aan de gebruiker gedeelde materiaal en/of product (bv. door een schadeverwekkend foutief gebruik ervan).

Overwegende dat er tussen de dienstverlener/ontlener en/of gebruiker enerzijds en de derde anderzijds geen overeenkomst zal bestaan, wordt deze externe verhouding in beginsel geregeld door de principes van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Zoals aangestipt beschikt de schadelijder in deze gevallen over de mogelijkheid zijn schade op de aansprakelijke te verhalen mits er sprake is van een fout/nalatigheid evenals een oorzakelijk verband met de geleden schade.<sup>283</sup>

In aanvulling op de Wet Productaansprakelijkheid (welke bovenstaand reeds werd besproken) en de gemeenrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsregeling uit artikel 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek (welke buiten het bestek van onderhavige studie valt)<sup>284</sup>, lijkt de schadelijgende derde eveneens beroep te kunnen doen op de kwalitatieve aansprakelijkheidsregeling uit artikel 1384, 1<sup>ste</sup> lid van het Burgerlijk Wetboek teneinde de door hem geleden schade vergoed te zien worden.

203. Overeenkomstig artikel 1384, 1<sup>ste</sup> lid van het Burgerlijk Wetboek is *men aansprakelijk voor die schade welke veroorzaakt wordt door de daad van zaken die men onder zijn bewaring heeft*. Deze zaken die aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid zijn in de regel alle lichamelijk roerende en onroerende zaken, met dien verstande dat ze voor bewaring vatbaar moeten zijn (hetgeen desgevallend ook goederen welke uit hun aard kwalificeren als onroerend, kunnen zijn).<sup>285</sup>

Aansprakelijk is de bewaarder van de zaak wanneer de schade – veroorzaakt in hoofde van de derde – het gevolg is van een gebrek in het (al dan niet via een deelplatform) gedeelde materiaal en/of product, waarbij het Hof van Cassatie een gebrek in de zaak – gebruikelijk – definieert als een abnormaal kenmerk waardoor die zaak in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken.

Opdat er sprake kan zijn van een kwalitatieve aansprakelijkheid in hoofde van de bewaarder van een (gebrekkige) zaak is derhalve de aanwezigheid vereist van een 3-tal elementen:<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 37.

<sup>284</sup> Een aansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 1382-1383 Burgerlijk Wetboek lijkt (bv.) aan de orde wanneer schade wordt veroorzaakt aan een derde ingevolge het foutieve gebruik van het gedeelde materiaal en/of product (vermits dit al naargelang de concrete omstandigheden kan kwalificeren als een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm).

<sup>285</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 86.

<sup>286</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 87-90.

- Het gebrek moet een kenmerk van de zaak zijn: vereist is dat de zaak in haar geheel een abnormaal kenmerk vertoont, waarbij het niet volstaat dat aan de zaak iets wordt toegevoegd om deze als gebrekkig te beschouwen; het gebrek dient de structuur van de zaak aan te tasten.<sup>287</sup>

Feit dat een zaak schade veroorzaakt bij een foutief gebruik<sup>288</sup> ervan, een schadelijk gedrag van de zaak zelf of een verkeerde of abnormale plaatsing van de zaak zal derhalve niet de aansprakelijkheid van de bewaarder teweegbrengen;

- Het kenmerk moet zelf abnormaal zijn: vereist is dat het kenmerk van de zaak waarvan de schadelijgende derde beweert dat het een gebrek is, een abnormaal (i.t.t. normaal) kenmerk is van de zaak op het ogenblik van de schadeverwekkende gebeurtenis.

Teneinde het al dan niet abnormale karakter te beoordelen moet de zaak vergeleken worden met zaken van dezelfde soort en hetzelfde type op het ogenblik van de feiten en dit in het licht van de mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden schade te berokkenen; de zaak moet m.a.w. vergeleken worden met een *modelzaak*. Daarbij kunnen niet alleen fysieke gebreken van een zaak na vergelijking als een abnormaal kenmerk beschouwd worden, doch ook ingeval de zaak niet beantwoordt aan de normaal gestelde maatschappelijke veiligheidsverwachtingen, kan ze beschouwd worden als gebrekkig in de zin van artikel 1384, 1<sup>ste</sup> lid van het Burgerlijk Wetboek;<sup>289</sup>

- Het abnormale kenmerk moet van die aard zijn dat het aan derden schade kan berokkenen: vereist is dat een oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade wordt bewezen, waarbij de schade zich niet zou hebben kunnen voorzien, minstens niet op dezelfde wijze, zonder het bekritiseerde gebrek. Vereist is niet dat het gebrek de zaak ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe ze is bestemd;<sup>290</sup>

De bewaarder van de zaak kan enkel zijn objectieve aansprakelijkheid wegens het gebrek in de zaak ontlopen door te weerleggen dat aan deze toepassingsvoorwaarden van artikel 1384, 1<sup>ste</sup> lid Burgerlijk Wetboek is voldaan (bv. omdat er geen gebrek in de zaak is, er geen schade is en/of geen oorzakelijk verband tussen beide). Desgevallend kan de bewaarder zich eveneens trachten te beroepen op een vreemde oorzaak, zoals overmacht of een fout van de schadelijgende derde zelf.<sup>291</sup>

<sup>287</sup> Cass. 2 januari 2009, *Ar. Cass.* 2009, 3; Cass. 17 januari 2003, *RW* 2005-06, 1174.

<sup>288</sup> Zie evenwel *supra* 72 waar overwogen wordt dat dit zulks – mogelijks – wel kan leiden tot aansprakelijkheid onder toepassing van artikel 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>289</sup> Cass. 11 maart 2010, *Pas.* 2010, 777.

<sup>290</sup> Cass. 19 september 2003, *Arr. Cass.* 2003, 433.

<sup>291</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 91.

204. Indien voldaan aan bovenstaande (toepassings-)voorwaarden, is de belangrijkste vraag die rest uiteraard welke actor binnen een deelinitiatief (nl. de dienstverlener/ontlener dan wel de gebruiker) kwalificeert als de bewaarder die aansprakelijkheid riskeert in de zin van artikel 1384, 1<sup>ste</sup> lid van het Burgerlijk Wetboek.

Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie is bewaarder van een zaak de persoon die de zaak *voor eigen rekening gebruikt*<sup>292</sup>, *er het genot van heeft of ze bewaart, met de mogelijkheid er toezicht, leiding en controle op uit te oefenen*.<sup>293</sup> Doorslaggevend daarbij is niet het eigendomsrecht van de dienstverlener/ontlener (of enig andere juridische band met de zaak) doch wél de mogelijkheid om leiding, controle en toezicht over de zaak uit te oefenen.<sup>294</sup>

Steeds zal al naargelang de concrete omstandigheden van ieder geval afzonderlijk moeten nagegaan worden wie van de betrokken actoren het *feitelijke* meesterschap over de zaak heeft, waarbij ook rekening kan gehouden worden met het (in tijd, ruimte of finaliteit) beperkte karakter van het gebruik teneinde te bepalen wie het feitelijke meesterschap over de zaak heeft.<sup>295</sup>

205. Wat betreft de huurovereenkomst – hetgeen *mutatis mutandis* kan gelden voor een bruikleenovereenkomst – wordt over het algemeen aangenomen dat de huurder kwalificeert als aan te spreken bewaarder, vermits hij de zaak voor eigen rekening aanwendt en de macht heeft er leiding, toezicht en controle over uit te oefenen.

*In concreto* doorvertaald lijkt zulks in te houden dat – ongeacht de kwalificatie van de overeenkomst tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker – de gebruiker (eerder dan de dienstverlener/ontlener) zal beschouwd worden als aan te spreken bewaarder. Anderzijds oordeelt het Hof van Cassatie gebruikelijk dat degene die instaat voor het onderhoud van de zaak, traditioneel ook de controle over deze zaak uitoefent, zodat eerder de dienstverlener/ontlener of de persoon die instaat voor het onderhoud zou kwalificeren als bewaarder van de zaak in de zin van artikel 1384, 1<sup>ste</sup> lid van het Burgerlijk Wetboek.<sup>296</sup> Een jurisprudentiële verduidelijking lijkt zich dan ook op te dringen voor de product-als-dienstverlening.

Gelet de aansprakelijkheid van de bewaarder van de zaak enkel in vizier komt mits aanwezigheid van een gebrek in het (al dan niet via een deelplatform) gedeelde materiaal en/of product, lijkt het bovendien niet uitgesloten dat deze objectieve aansprakelijkheid in samenloop kan komen met een aansprakelijkheid op basis van de Wet Productaansprakelijkheid (mogelijks in hoofde van de dienstverlener/ontlener).

---

<sup>292</sup> De voorwaarde om de zaak voor eigen rekening te gebruiken heeft tot doel het onderscheid te maken met het toezicht en de leiding over de zaak die men voor andermans rekening uitoefent (bv. wanneer men als aangestelde een zaak gebruikt voor rekening van de aansteller (zie S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 82).

<sup>293</sup> Cass. 22 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 507.

<sup>294</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 82.

<sup>295</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht – boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2005, 83-84;

<sup>296</sup> Cass. 22 januari 2009, *Arr. Cass.* 2009, 214.

## 2. EIGENAARSCHAP EN ESSENTIËLE VERBINTENISSEN VAN DE PRODUCT-ALS-DIENST

206. In eerdere onderdelen werd (terloops) reeds aangestipt dat de (transitie naar een) circulaire economie vermoedelijk gepaard zal gaan met enkele nieuwe vormen van consumptie. De traditionele focus op eigendom lijkt daarbij plaats te ruimen voor het (meer) delen van materialen en/of producten en het (meer) afnemen van diensten in plaats van het aankopen van eigendom.

De – steeds actuelere – verbijzondering die in dit verband reeds werd aangestipt, betreft de idee van het betalen voor een dienst(-verlening) in plaats van een traditionele eigendomsverwerving van een materieel en/of product. Zo wordt enerzijds een stimulans gecreëerd voor de producent om zijn materialen en/of producten zo duurzaam mogelijk te maken<sup>297</sup> en wordt de gebruiker verzekerd van een invulling van zijn behoefte zonder dat hij hierbij dient in te staan voor (evt. dure) herstellingen en onderhoudswerken.

Teneinde deze wijzigende focus te faciliteren diende in de praktijk vastgesteld te worden dat steeds vaker de zgn. product-als-dienstverleningsovereenkomst opduikt; een opkomende typeovereenkomst waarbij de gebruiker louter als dienst de beschikking wenst te verkrijgen over een materiaal en/of product, zonder gelijktijdig ook de traditionele eigendom daarvan te verwerven.

207. In het kader van deze product-als-dienstverlening rijzen – evident – vragen naar het eigenaarschap van de goederen die door de product-als-dienstverlener in vorm van de betreffende dienst worden aangeboden aan de gebruiker. Daar waar het eigenaarschap bij gebruik van zuiver roerende goederen niet lijkt af te wijken van hetgeen gekend in licht van een huur en/of bruikleen<sup>298</sup>, lijken de zaken met betrekking tot het eigenaarschap bij gebruik van goederen die – in functie van / als gevolg van de dienstverlening – in een onroerend goed van de gebruiker worden geïncorporeerd.

In deze gevallen stelt zich immers de vraag of, en in bevestigend geval op welke wijze, de product-als-dienstverlener kan bewerkstelligen dat de eigendom van zijn geïncorporeerde goederen voorbehouden blijft, of anders gesteld, niet overgaat naar de gebruiker (als eigenaar van het onroerend goed waarin de roerende goederen werden geïncorporeerd). Overwegende dat deze eerstgenoemde in beginsel instaat voor de (pré-)financiering van de gehele operatie, heeft deze er immers alle belang bij om gedurende de gehele product-als-dienstverlening zijn eigendomsrechten te vrijwaren.

### 2.1. Het recht van natrekking en een (mogelijke) nuancering hiervan.

---

<sup>297</sup> Duurzame producten zorgen ervoor dat minder herstellingen nodig zijn, waardoor de producent – mogelijks – meer winst maakt.

<sup>298</sup> M.n. bezit van het roerende goed geldt – in de regel – als titel, zodat het aangewezen voorkomt om conventioneel te stipuleren dat de eigendom voorbehouden blijft aan de product-als-dienstverlener, waarbij eveneens een (substantieel) schadebeding wordt bedongen ingeval de gebruiker het betreffende roerende goed zou verliezen/overdragen aan een derde.

208. Zoals aangestipt kwalificeert de product-als-dienstverlening in beginsel als een businessmodel gebaseerd op het verkopen van het gebruik en de functionaliteit van een materiaal en/of product, waarbij het materiaal en/of product gedurende de gehele product-als-dienstverlening – zowel de juridische als economische – eigendom blijft van de dienstverlener/ontlener.

Daar waar de gebruiker in beginsel enkel geïnteresseerd is in het genot van het betreffende materiaal en/of product (en derhalve geen interesse heeft in het risico en/of beschikkingsrecht erover), zal de dienstverlener / ontlener – gebruikelijk – verantwoordelijk blijven voor het (goede) functioneren en herstellen van de (gebrekkige) materialen en/of producten evenals het risico dragen van (eventuele) waardeverminderingen.

Dat de dienstverlener zowel de juridische als de economische eigendom wenst te behouden van de gebruikte materialen en/of producten ligt bovendien in lijn met de principes van een circulaire economie. Het behoud van de economische eigendom lijkt in hoofdte van de dienstverlener/ontlener immers een stimulans te kunnen zijn niet enkel teneinde (meer) kwaliteitsvolle goederen te gebruiken in het kader van de dienstverlening, doch eveneens teneinde de gebruikte goederen (achteraf) in goede/betere staat te behouden.

209. Thans kan dit (voor-)behoud van (juridische en economische) eigendom door de dienstverlener/ontlener als problematisch voorkomen wanneer de gebruikte materialen en/of producten – in functie van/als gevolg van de product-als-dienstverlening – in een onroerend goed van de gebruiker zouden geïncorporeerd worden (bv. geïncorporeerde sanitaire toestellen, geïncorporeerde modulaire scheidingswanden, ...)

Artikel 518 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat gebouwen en erven onroerende goederen zijn uit hun aard, dewelke worden afgebakend door een incorporatievereiste. Lange tijd was er daarbij slechts sprake van een incorporatie indien een gebouw zodanig was verbonden met de ondergrond dat het niet meer kon verwijderd worden zonder beschadigingen of breekwerk.<sup>299</sup> Sinds 1988 aanvaardt het Hof van Cassatie evenwel dat het begrip ‘gebouw’ ruim moet geïnterpreteerd worden en ook voorwerpen kan omvatten die duurzaam en gewoonlijk met de grond verbonden zijn of erin vastzitten.<sup>300</sup>

Wanneer partijen de bedoeling hebben om de constructie op een duurzame wijze ter plaatste te laten, dan staat een theoretische verplaatsbaarheid of beperkte functionele beweegbaarheid de kwalificatie als onroerend uit zijn aard (ingevolge incorporatie) niet langer in de weg.<sup>301</sup>

210. Verder wordt op basis van artikel 523 van het Burgerlijk Wetboek eveneens algemeen aangenomen dat niet alleen het gebouw of het bouwwerk als onroerend (uit zijn aard) moet beschouwd worden, maar ook alle

---

<sup>299</sup> M. REYNEBEAU, “De juridische omkadering voor de aanleg en de exploitatie van warmtenetten: enkele ‘hot’ topics” in J. BAECK, *Privaatrecht in actie!*, Brugge, Die Keure, 2018, 133; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 89.

<sup>300</sup> Cass. 15 september 1988, *AFT* 1989, 78, noot F. LAURENT.

<sup>301</sup> M. REYNEBEAU, “De juridische omkadering voor de aanleg en de exploitatie van warmtenetten: enkele ‘hot’ topics” in J. BAECK, *Privaatrecht in actie!*, Brugge, Die Keure, 2018, 133; V. SAGAERT en R. JANSEN, “Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht”, *RW* 2011-12, (68) 68.

onderdelen en uitrustingsapparatuur van het gebouw als zodanig kwalificeren, ook al zou men deze nog kunnen wegnemen zonder enige beschadiging.

Onderdelen van het gebouw of bouwwerken zijn in dit verband alle goederen die één geheel vormen met het gebouw of het bouwwerk en noodzakelijk zijn om het gebouw of bouwwerk te voltooien voor zijn normaal gebruik. Onder uitrustingsapparatuur worden in de zin van artikel 523 van het Burgerlijk Wetboek alle toestellen die in het gebouw worden aangebracht om het volledig uit te rusten, begrepen.

Op basis van deze theorie oordeelde het Hof van Beroep van Luik in een arrest van 11 september 2014 dat zonnepanelen (normalerwijze) op een duurzame wijze in het gebouw dat zij bedienen, zijn geïncorporeerd en dat zij ertoe strekken het gebouw te voorzien van elektriciteit en aldus noodzakelijk zijn om het gebouw te voltooien. Volgens het Hof moeten zonnepanelen daarom beschouwd worden als onroerend door incorporatie.<sup>302</sup>

211. *In concreto* doorvertaald lijken bovenstaande overwegingen in hoofde van JuuNoo te nopen tot de conclusie dat hun modulaire scheidingswanden eerder wel dan niet lijken te kwalificeren als onroerende goederen, met alle gevolgen van dien.

Hoewel deze tijdelijke wanden niet bestemd zijn om eeuwigdurend ter plaatse te staan, noch zijn vastgemaakt op een wijze dat zij niet zonder beschadiging zouden kunnen wegnomen worden, lijken zij wel op duurzame wijze vastgemaakt te worden nu zij *ab initio* worden geïnstalleerd voor een mogelijke duurtijd van 50 jaar.

Daarenboven zou – analoog aan voormeld arrest van het Hof van Beroep van Bergen – beargumenteerd kunnen worden dat de scheidingswanden niet enkel op een duurzame wijze in het gebouw dat zij bedienen, zijn geïncorporeerd, maar dat zij er eveneens toe strekken het gebouw te voorzien van afgebakende ruimtes (i) ter vrijwaring van de privacy en (ii) met oog op een essentiële functionaliteit, zodanig dat zij noodzakelijk zouden zijn om het gebouw te voltooien (welk gebouw lijkt immers voltooid zonder binnenwanden?)

212. Gevolg van de gebeurlijke kwalificatie van de gebruikte materialen en/of producten als onroerend (uit hun aard) is dat de eigendom van deze materialen en/of producten in beginsel zal gaan toebehoren aan de gebruikers (in hun hoedanigheid van eigenaar van de onroerende goederen waarin de materialen en/of producten werden geïncorporeerd) op grond van de onroerende natrekking.<sup>303</sup>

Dergelijke natrekking wordt traditioneel voorgesteld als een wijze van eigendomsverkrijging die erin bestaat dat de eigenaar ook recht heeft op al wat de eigendom voortbrengt en op wat hetzij natuurlijk, hetzij als bijzaak ermee verenigd wordt. Toegepast op onroerende goederen leidt natrekking er dus toe dat de grondeigenaar ook

---

<sup>302</sup> HvB Luik 11 september 2014, nr. 2012/RG/1853, *DAOR* 2016, afl. 117, 92, noot J. DEL CORRAL, *NJW* 2015, afl. 321, 322.

<sup>303</sup> . REYNEBEAU, “De juridische omkadering voor de aanleg en de exploitatie van warmtenetten: enkele ‘hot’ topics” in J. BAECK, *Privaatrecht in actie!*, Brugge, Die Keure, 2018, 133

eigenaar wordt van alle gebouwen – en daarin geïncorporeerde goederen – en beplantingen die met de grond verenigd worden.

Het feit dat modulaire scheidingswanden, sanitaire toestellen of zonnepanelen als roerende goederen worden vastgehecht aan een onroerend goed of er een uitrusting van vormen, lijkt derhalve te maken dat zij één geheel vormen met het onroerend goed en in principe dus ook toekomen aan de grondeigenaar (thans: de gebruiker). In kader van de product-als-dienstverlening is zulks duidelijk problematisch, nu de dienstverlener/ontlener in voorkomend geval zijn eigendomsrecht over het geïncorporeerde roerende goed dreigt te verliezen, met alle gevolgen van dien.

213. Overwegende dat natrekking geen dwingend principe is, kan voormeld eigendomsverlies evenwel steeds buitenspel worden gezet teneinde de zakelijke rechten van de gebruiker en product-als-dienstverlener anders te organiseren. Meer in bijzonder kunnen partijen het vermoeden van natrekking weerleggen middels bewijs dat de gebruiker (in zijn hoedanigheid van grondeigenaar) heeft verzaakt aan de natrekking, hetgeen – noodzakelijk – de vestiging van een recht van opstal impliceert.<sup>304</sup>

Dergelijk recht van opstal is een (tijdelijk) zakelijk recht om gebouwen, werken of beplantingen voor een geheel of een gedeelte boven, op of onder andermans grond te hebben, zodanig dat een tijdelijke eigendomssplitsing ontstaat: voor de duurtijd van het recht valt de grondeigendom niet samen met deze van de gebouwen, werken en beplantingen die erop zijn aangebracht. Sedert de wijziging van de Opstalwet in 2014 is er zekerheid dat het vestigen van een opstalrecht geen rechtstreekse incorporatie van de opstallen in de grond vereist (doch ook kan gevestigd worden boven of onder de grond).<sup>305</sup>

Middels het vestigen van een opstalrecht lijken materialen en/of producten (bv. modulaire scheidingswanden, zonnepanelen, ...) in het kader van een product-als-dienstverlening aldus geïncorporeerd te kunnen worden in de onroerende goederen van de gebruiker in functie van/als gevolg van de dienstverlening, zonder dat noodzakelijkerwijs een eigendomsoverdracht plaatsvindt.

214. Thans dient benadrukt te worden dat partijen in het kader van een product-als-dienstverlening niet geheel vrij zijn wat betreft de concretisering van hun (zelfstandig) opstalrecht. Voorname aandachtspunten die de vestiging van een opstalrecht in het kader van een product-als-dienstverlening aan banden kunnen leggen – en desgevallend nefast kunnen zijn voor de product-als-dienstverlening – zijn de volgende:

---

<sup>304</sup> Cass. 19 mei 1988, R.W., 1988-89, 572; J.T., 1988, 475; zie ook Gent 18 maart 1999, F.J.F. 1999, 309; Rb. Brugge 20 december 1993, R.G.E.N. 1995, 59; F.J.F. 1994, 276.

<sup>305</sup> Wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende justitie, *Parl.St.* Kamer, 2013-14, 3149; V. SAGAERT, Goederenrecht, Mechelen, Kluwer, 2014, 606.



- Voor het tot stand brengen van een eigendomssplitsing via een opstalrecht is het van belang dat de opstallen (i.e. de materialen en/of producten die in het kader van de product-als-dienstverlening worden aangewend) op zichzelf kunnen bestaan en individualiseerbaar zijn.<sup>306</sup>

In de weerhouden cases lijkt deze vereiste niet problematisch nu de modulaire scheidingswanden van JuuNoo duidelijk op zichzelf kunnen bestaan en individualiseerbaar zijn.

- Overeenkomstig artikel 4 van de Opstalwet is de duurtijd van een zelfstandig opstalrecht wettelijk beperkt tot 50 jaar, waarbij clausules die een opstalrecht voor meer dan 50 jaar of voor onbeperkte duur vestigen, voor niet-geschreven worden gehouden en herleid worden tot 50 jaar.

In de weerhouden cases kan deze wettelijke beperking mogelijks als problematisch ervaren worden ingeval de modulaire scheidingswanden van Juunoo als dienst zouden geplaatst moeten worden voor een duurtijd van langer dan 50 jaar;

- Overeenkomstig artikel 6 van de Opstalwet treedt de opstalgever (thans: gebruiker) bij het eindigen van het recht van opstal in de eigendom van de gebruikte materialen en/of producten, met dien verstande dat de opstalgever gehouden zal om de opstalhouder (thans: dienstverlener/ontlener) een vergoeding te betalen ten belope van de actuele waarde van de werken, bij gebreke waarvan de opstalhouder beschikt over een terugvorderingsrecht.

Dergelijke eigendomsoverdracht mits betaling van een vergoeding strookt niet met de finaliteit van een product-als-dienstverlening (als verbijzondering van de circulaire economie), zodat het noodzakelijk, minstens aangewezen, voorkomt van deze bepaling van aanvullend recht af te wijken in de overeenkomst resp. algemene voorwaarden.

215. Omwille van voormelde aandachtspunten werd in een eerder onderdeel reeds (terloops) aangestipt dat het eigenaarschap (eveneens) kan afgebakend worden middels een *sui generis* constructie gebaseerd op een accessoir opstalrecht.

Dergelijk accessoir opstalrecht is een vorm van horizontale eigendomssplitsing die voortkomt uit de omstandigheid dat een derde (thans: de dienstverlener/ontlener), impliciet of uitdrukkelijk, het recht heeft verkregen om op andermans grond te bouwen. Zakelijke en persoonlijke gebruiks- en genotsrechten die ook een

---

<sup>306</sup> N. CARETTE en C. WILLEMOT, "Erfpacht en opstal & bouwpromotor" in N. CARETTE (ed.) *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 271.

bevoegdheid tot bouwen impliceren, brengen met zich mee dat de houder van dat recht een accessoir opstalrecht verkrijgt op de door hem opgerichte constructies.<sup>307</sup>

Vermits het in voorkomend geval niet gaat om een zelfstandig recht van opstal, maar wel om een opstalrecht als accessorium bij een andere rechtsverhouding, wordt in bepaalde rechtsleer overwogen dat dergelijk opstalrecht vrijer te moduleren zou zijn, minstens minder formalistisch overkomt, en evenmin gebonden is aan de wettelijke beperking van duurtijd tot maximaal 50 jaar.

*In concreto* doorvertaald lijkt de product-als-dienstverlening van JuuNoo – analoog aan de eerder besproken case van de Stad Antwerpen – daarom (evenzeer) gefaciliteerd te kunnen worden via een overeenkomst resp. algemene voorwaarden waarbij de gebruiker aan dienstverlener/ontlener aan JuuNoo een persoonlijk gebruiksrecht toekent voor de plaatsing van haar modulaire scheidingswanden met daarbij – uitdrukkelijk – inbegrepen een accessoir opstalrecht.

216. Louter volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de loutere onderhandse vestiging van een zelfstandig opstalrecht dan wel persoonlijk gebruiksrecht met accessoir opstalrecht zonder formele registratie – waarvoor een registratierecht van 2% verschuldigd is – geen tegenstelbaarheid aan derden doet ontstaan. Zonder registratie in de registers lijkt het (voor-)behoud van eigendom derhalve enkel te kunnen spelen in de interne verhouding tussen dienstverlener/ontlener en gebruiker.

Overwegende dat een registratie van iedere individuele product-als-dienstverleningsovereenkomst een kostelijke aangelegenheid kan betreffen, zou dit, weliswaar met een andere finaliteit, ondervangen kunnen worden door integratie van een boetebeding in de betreffende overeenkomst resp. algemene voorwaarden ingeval de gebruiker op het einde van de product-als-dienstverlening zou tekortschieten aan zijn plicht om de gebruikte materialen en/of producten terug te laten nemen door de dienstverlener/ontlener.

## 2.2. Essentiële verbintenissen van partijen binnen een product-als-dienstverlening

217. Benevens bovenstaande (zakenrechtelijke) constructie teneinde het eigenaarschap over de gebruikte materialen en/of producten aan de dienstverlener/ontlener te kunnen voorbehouden in het kader van een product-als-dienstverlening, bleek uit de weerhouden cases dat er *de facto* tevens diverse vragen zijn gerezen omtrent de verbintenissen die in het kader van de product-als-dienstverlening onontbeerlijk zijn.

*Prima facie* – en uiteraard onder voorbehoud van de concrete omstandigheden en de contractsvrijheid van partijen – lijken enkele essentiële en niet te missen verbintenissen, die partijen in één of andere vorm in de

---

<sup>307</sup> V. SAGAERT, Goederenrecht, Mechelen, Kluwer, 2014, 595.

onderlinge product-als-dienstverleningsovereenkomst (dan wel de algemene voorwaarden van de dienstverlener/ontlener) moeten opnemen de volgende:

### 2.2.1. Verzekeren van de (totaliteit van de) product-als-dienstverlening

218. Iedere product-als-dienstverleningsovereenkomst veronderstelt in eerste instantie de (basis-)plicht voor de dienstverlener/ontlener om de contractueel bepaalde (product-als-)dienst te leveren. Essentieel en kenmerkend hierbij is de terbeschikkingstelling van een specifiek materiaal en/of product ofwel van meer algemene, immateriële concepten zoals “licht”<sup>308</sup>, “sanitair”, ... aan de gebruiker.

Gelet de product-als-dienstverlening – in essentie – niet strekt tot het leveren van een bepaald materiaal en/of product, maar wel het verschaffen van een welbepaalde dienst, lijkt het noodzakelijk (minstens sterk aangewezen) deze dienstverlening niet nominatief te omschrijven (bv. via verwijzing naar individuele typegoederen), doch eerder via functionele prestatie-eisen zonder dat nominatief wordt voorgeschreven wordt ‘hoe’ dit product of de dienst er moet uitzien (bv. via opgave van de functie en het resultaat dat uiteindelijk door de dienstverlener/ontlener moet verwezenlijkt worden).

In dit verband werd in de bespreking van de overheidsopdrachtenreglementering reeds gewezen op volgend – licht gewijzigd – vergelijkend voorbeeld van J. GEERTS dat het betreffende onderscheid – in zeer gelijkaardige zin – treffend schetst<sup>309</sup>:

Nominatief	Functioneel
Het verwarmingssysteem werkt d.m.v. een brander en radiatoren van het merk (...) en gebruikt aardgas als brandstof	Het gebouw moet een constante temperatuur hebben van 21°C met zo laag mogelijk verbruik
Feestverlichting met led-lampen van (..) en een plastic omhulsel	Feestverlichting die uiterst energiezuinig en onbreekbaar is

219. Overwegende dat de gebruiker in beginsel (enkel) geïnteresseerd is in het genot van het gebruikte materiaal en/of product (en derhalve geen interesse zal hebben tevens de beschikking ervan te hebben), zal de dienstverlener / ontlener – gebruikelijk – ook verantwoordelijk blijven voor het (goede) functioneren en herstellen van de gebruikte materialen en/of producten gedurende de opdracht en dit – bij voorkeur – aan de hand van een (vooropgesteld) onderhoudsplan.<sup>310</sup>

<sup>308</sup> Zo is één van de vaakst voorkomende product-als-dienstverleningen vandaag het verlenen van licht als dienst.

<sup>309</sup> J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017/01, (23) 29.

<sup>310</sup> Zodoende kan er tijdens de verdere duurtijd van de product-als-dienstverlening geen/weinig discussie reizen omtrent de concrete modaliteiten (tijdstip, frequentie, wijze, duur, ...) van het onderhoud en/of de herstelling.

Middels (periodiek) onderhoud, herstellingen en desgevallend het vervangen van materialen en/of producten tracht de dienstverlener/ontlener aldus bij te dragen aan de voldoening van zijn voormelde (basis-)plicht, met name ervoor te zorgen dat de gebruiker tijdens de duurtijd van de product-als-dienstverlening kan genieten van de contractueel bepaalde (product-als-)dienst.

220. Op deze manier zal de dienstverlener/ontlener er immers in (trachten te) slagen een hoge mate van continuïteit/beschikbaarheid van zijn product(-als-dienstverlening) te verzekeren, hetgeen zowel een middelen- als resultaatsverbintenis kan betreffen al naargelang de concrete bewoording.

Deze contractueel bedongen continuïteit/beschikbaarheid kan voortdurend van aard zijn (nl. 24u op 24u, 365 dagen per jaar), dan wel een bepaalde “mate” van continuïteit/beschikbaarheid betreffen (vb. de verlichting in de winkelruimte zal 99% van de tijd correct moeten werken). In dit laatste geval lijkt het aangewezen in de overeenkomst uitdrukkelijk bepaalde (al dan niet geplande) momenten van getolereerde niet-beschikbaarheid (i.e. waaraan geen financiële gevolgen worden gekoppeld) te voorzien.

Meest voorkomend momenteel zijn echter eisen inzake continuïteit/beschikbaarheid, waarbij de dienstverlener/ontlener zich ertoe verbindt om bij een bepaalde niet-beschikbaarheid een herstelling of vervanging uit te voeren binnen een bepaalde tijdsperiode (vb. in geval van defect aan de noodverlichting, verplichting om binnen de 24 uur te interveniëren).

### *2.2.2. Vergoeding voor beschikbaarheid en mogelijke beschikbaarheidskortingen en -bonussen*

221. Behoudens ingeval de product-als-dienstverlening gebeurt *om niet*<sup>311</sup>, verleent de dienstverlener/ontlener zijn (product-als-)dienst gebruikelijk tegen een bepaalde tegenprestatie, meer in bijzonder de betaling van een forfaitaire (al dan niet per aantal) dan wel periodieke vergoeding.

Teneinde economisch leefbaar te zijn, zal deze beschikbaarheidsvergoeding de dienstverlener/ontlener *in beginsel* moeten toelaten om na afloop van de product-als-dienstverlening zijn aankoop en investering in de gebruikte materialen en/of goederen te recupereren, en dit (al dan niet) mits inachtneming van de inkomsten uit het mogelijke hergebruik na afloop van de initiële product-als-dienstverlening.

Desalniettemin zal de beschikbaarheidsvergoeding noch de duurtijd van de product-als-dienstverlening (in de regel) rechtstreeks kunnen gekoppeld zijn aan deze initiële investeringskosten en dit gezien gelet de essentiële aard van de dienstencomponent (waarbij het in de circulaire economie bovendien de bedoeling is dat de duurtijd

---

<sup>311</sup> Hetgeen niet noodzakelijk inhoudt dat er sprake zou zijn van bruikleen (cfr. *supra*).

van een dienstverlening niet afhankelijk is van de economische levensduur van de gebruikte materialen en/of producten).<sup>312</sup>

222. Doordat het systeem van een (beperkte) beschikbaarheidsvergoeding (i.p.v. een volwaardige prijs) met zich meebrengt dat de dienstverlener/ontlener de te gebruiken materialen en/of producten zal moeten prefinancieren bestaat – ingeval de dienstverlener/ontlener hiervoor een bankfinanciering dient af te sluiten – de mogelijkheid dat de betreffende bancaire instelling ook bepaalde eisen zal t.a.v. de afgesloten product-als-dienstverleningsovereenkomst (die alsdan "bankabele" zal moeten zijn).

Om die reden zal – minstens in voorkomend geval – in de product-als-dienstverleningsovereenkomst moeten gestipuleerd worden dat de gebruiker aan de dienstverlener/ontlener een vergoeding verschuldigd is ingeval er voortijdig een einde wordt gesteld aan de product-als-dienstverlening, dewelke de laatstgenoemde toelaat de gedane, thans nog niet via beschikbaarheidsvergoedingen "afgeloste" investeringskosten te recupereren.

Dit (al dan niet) rekening houdende met de inkomsten die de dienstverlener/ontlener nog kan verwachten te verkrijgen uit het hergebruik van de betreffende materialen en/of producten.

223. De gebruiker zal van zijn kant zekerheid willen omtrent de (bedongen mate van) beschikbaarheid van de contractueel overeengekomen dienstverlening. Zulke waarborg zou (desgewenst) in de product-als-dienstverleningsovereenkomst kunnen geïntegreerd worden in de vorm van een financiële korting/bonus (bv.) in functie van de (bedongen mate van) beschikbaarheid.

Zo kan enerzijds een clause geïntegreerd worden die aan de gebruiker een bepaalde korting toekent ingeval de dienstverlening niet overeenstemt met het overeengekomen niveau van dienstverlening (bv. de mate van beschikbaarheid).<sup>313</sup> Anderzijds kan evenzeer gestipuleerd worden dat aan de dienstverlener/ontlener een bepaalde bonus wordt toegekend indien de contractueel bedongen diensten geheel correct worden verleend aan de gebruiker.

### *2.2.3. Zorgplicht van de gebruiker*

224. Overwegende dat de dienstverlener/ontlener in het kader van de product-als-dienstverlening – gebruikelijk – verantwoordelijk zal blijven voor het (goede) functioneren en herstellen van de gebruikte materialen en/of producten evenals het risico dragen van (eventuele) waardeverminderingen, lijkt het noodzakelijk in de product-

---

<sup>312</sup> Ofwel zal de duurtijd van de dienst de economische levensduur van de materialen en/of producten overschrijden en zal de dienstverlener/ontlener regelmatig deze moeten vervangen of vernieuwen ofwel zal de duurtijd van de product-als-dienstverlening korter zijn en wordt voorzien dat de goederen in een gelijkaardige overeenkomst aan een nieuwe gebruiker ter beschikking kunnen worden gesteld (teneinde de circulariteit te waarborgen).

<sup>313</sup> Dit systeem van forfaitaire beschikbaarheidskortingen is een gekend concept in DBFM-overeenkomsten.

als-dienstverleningsovereenkomst uitdrukkelijk te stipuleren dat de gebruiker deze goederen onder zich dient te houden als een goede huisvader (te meer nu een risico op verminderde zorg dreigt gelet de gebruiker niet de eigendomsrechten van de gebruikte materialen en/of producten verwerft).

Teneinde de naleving van deze zorgplicht controleerbaar te maken voor de dienstverlener/ontlener, kan desgewenst bedongen worden dat de dienstverlener/ontlener op regelmatige tijdstippen de gebruikte materialen en/of producten mag inspecteren, waarbij de gebruiker – bijkomend – aansprakelijkheid draagt ingeval wordt aangetoond dat hij foutief gebruik maakt van de betreffende materialen en/of producten.

Aanvullend kan desgewenst (ook) gestipuleerd worden dat de gebruiker – in uitoefening van zijn zorgplicht – gehouden is ieder schadegeval inzake de gebruikte materialen en/of producten onverwijld, en uiterlijk binnen de 72u uur na kennisname, te melden aan de dienstverlener/ontlener.

#### *2.2.4. Terugnameplicht met waarborging van circulariteit*

225. In het kader van de product-als-dienstverlening blijft de dienstverlener/ontlener eigenaar van de gebruikte materialen en/of producten (cfr. *supra*). Essentieel is dan ook dat de dienstverlener/ontlener zich er uitdrukkelijk toe verbindt de gebruikte goederen terug te nemen resp. te laten nemen door een derde waarmee hij een overeenkomst heeft, op het einde van de levensduur van de gebruikte materialen en/of producten dan wel op het einde van de product-als-dienstverlening.

Bovenstaand werd er in dit verband reeds op gewezen dat de gebruiker – in toepassing van een constructie op basis van een (accessoir) opstalrecht – bij het eindigen van het recht van opstal (lees: bij het eindigen van de product-als-dienstverlening) tegen betaling in principe in de eigendom treedt van de gebruikte materialen en/of producten ingevolge zijn hoedanigheid van opstalgever.

Teneinde het (voor-)behoud van eigendom – en de daaruit voortvloeiende terugnameplicht – te vrijwaren lijkt het derhalve noodzakelijk, minstens aangewezen, uitdrukkelijk af te wijken van deze bepaling uit de Opstalwet (o.m. door een uitdrukkelijke terugnameplicht te clausuleren).

226. Vermits de (loutere) terugnameplicht niet verzekert dat de gebruikte materialen en/of producten tevens op duurzame wijze zullen hergebruikt worden, lijkt het – in licht van het circulaire oogmerk van de product-als-dienstverlening – bovendien aangewezen dat de dienstverlener/ontlener zich in de product-als-dienstverleningsovereenkomst uitdrukkelijk ertoe verbindt de gebruikte materialen en/of producten (of bepaalde componenten ervan) op een hoogwaardige manier te hergebruiken.

Indien dergelijk hergebruik slechts mogelijk zou blijken voor een (bepaald) onderdeel van de gebruikte materialen en/of producten, kunnen partijen een hergebruik- of recyclagepercentage vooropstellen dat voor een bepaald gebruikt materiaal en/of product moet bereikt worden. Teneinde overzicht te houden van de gebruikte materialen en/of producten kan ervoor geopteerd worden om het gebruik van een grondstoffen- en/of materialenpaspoort (al dan niet) verplichtend te stellen.

### *2.2.5. Optioneel: boetebeding ter vrijwaren van het eigendomsbehoud*

227. Bovenstaand werd overwogen dat een formele registratie van iedere individuele product-als-dienstverleningsovereenkomst – nochtans noodzakelijk voor de dienstverlener/ontlener om zijn behoud van eigendom aan derden tegenstelbaar te maken- een kostelijke aangelegenheid kan betreffen (die de economische leefbaarheid van de product-als-dienstverlening in kwestie op de helling kan plaatsen).

Teneinde deze niet-tegenstelbaarheid (aan derden) in verhouding tussen partijen te ondervangen, kan overwogen worden een substantieel boeteding in de product-als-dienstverleningsovereenkomst te integreren ingeval de gebruiker op het einde van de product-als-dienstverlening zou tekortschieten aan zijn (gedoog-)plicht om de gebruikte materialen en/of producten terug te laten nemen door de dienstverlener/ontlener.

In voorkomend geval zal de dienstverlener/ontlener *in beginsel* niet terug in bezit worden gesteld van de gebruikte materialen en/of producten (lees: zijn voorbehouden eigendom), doch kan een equivalente schadevergoeding bekomen worden voor dit verlies aan eigendom.

## **3. VERZEKERINGSASPECTEN VAN EEN DEELECONOMIE EN PRODUCT-ALS-DIENST**

228. Binnen de opkomende deeleconomie delen steeds meer mensen – al dan niet tegen betaling en al dan niet via een online deelplatform – materialen en/of producten en/of diensten met elkaar. Dergelijk deelgedrag is typerend voor de deeleconomie – *what's in a name* - en wordt gelenigd door verscheidene redenen, die allen (kunnen) bijdragen tot een grotere duurzaamheid inzake consumeren en produceren.

Evident kan daarbij niet uitgesloten worden dat bepaalde deelinitiatieven spaak lopen en mogelijks schadegevallen veroorzaken, waarvan de kosten (voor de aansprakelijke actor) snel de pan kunnen uit swingen. Reëel is evenwel de kans dat de standaard familiale verzekeringspolis geen dekking zal verlenen, vermits deze enkel risico's in de privésfeer dekt. Overwegende dat er anderzijds evenmin een arbeidsrelatie is, lijkt evenmin teruggevallen te kunnen worden op de arbeidsongevallenverzekering.

Benevens vragen naar aansprakelijkheid en eigenaarschap diende daarom in derde instantie vastgesteld te worden dat de opkomst van de deeleconomie eveneens diverse pertinente vragen oproept naar de

verzekerbaarheid van risico's, meer in bijzonder welke verzekeringsmodellen in de deeleconomie en het product-als-dienst businessmodel afgesloten kunnen worden teneinde risico's (afdoende) af te dekken.

### 3.1. Juridische knelpunten in de verzekeringswetgeving?

229. Ofschoon in dit verband vaak het tegendeel wordt vermoed, lijkt *prima facie* vastgesteld te moeten worden dat de huidige wetgeving inzake verzekeringen *an sich* geen hinderpaal vormt voor de ontwikkeling van de deeleconomie (als onderdeel van de circulaire economie) noch de verzekerbaarheid ervan.

In essentie gaat het ook in een deeleconomie en/of product-als-dienstverlening om 2 partijen (nl. de dienstverlener/ontlener en de gebruiker), met eventuele tussenkomst van een 3<sup>de</sup> partij in de vorm van een (deel-)platform. Zulks is vergelijkbaar met gekende situaties, zoals de operationele leasing van voertuigen, opnemen van courante bestuurders in vlootverzekeringen, ...<sup>314</sup>

Het delen (al dan niet via een platform) van een motorrijtuig stelt geen probleem voor de aansprakelijkheid van de (deel-)gebruikers, gezien de wettelijke WAM-verzekering de aansprakelijkheid van het verzekerde motorrijtuig dekt en bijgevolg de aansprakelijkheid van iedere bestuurder, passagier, houder of eigenaar van het motorrijtuig waarborgt.<sup>315</sup> Een standaard brandverzekering “eenvoudige risico's” biedt normaliter dekking voor het verhaal van derden (nl. aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt aan goederen van gasten en derden).<sup>316</sup>

230. Feit dat er voor de deeleconomie en de verzekerbaarheid ervan geen operationeel probleem bestaat (als gevolg van de vigerende verzekeringswetgeving) blijkt ook genoegzaam uit de oplossingen die op dit ogenblik reeds worden aangeboden op de markt door bepaalde verzekeraars.

Onverminderd de vaststelling dat reeds heel wat risico's van de deeleconomie en product-als-dienstverlening gedekt werden via klassieke verzekeringsproducten Woning en Familiale, paste AG INSURANCE diverse van hun waarborgen aan teneinde ook de overige (niet-gedekte) risico's te vatten. Met de polis 'Top Woning' werden klanten van AG die een kamer verhuren (bv. via AirBnB) verzekerd voor schade aan de verzekerde woning of inboedel. Met de polis 'Top Familiale' werden klanten die diensten aanbieden via een erkend deelplatform zonder de vastgestelde inkomstengrens te overschrijden, verzekerd op exact dezelfde manier als in hun privéleven.

Specifiek voor het autodelen werd het zgn. 'Pack CarSharing' ontwikkeld. In tegenstelling tot de klassieke omniumverzekering – die alle schade uitsluit die ontstaat tijdens een (ver-)huurperiode of bezoldigd vervoer –

---

<sup>314</sup> FSMA, *Advies van 24 mei 2017 over bepaalde aspecten van de verzekering in het kader van de recente ontwikkelingen van de deeleconomie*, beschikbaar op <https://www.fsma.be/nl/adviezen-van-de-commissie-voor-verzekeringen>.

<sup>315</sup> Artikel 2, §1 en artikel 3 van de Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

<sup>316</sup> FSMA, *Advies van 24 mei 2017 over bepaalde aspecten van de verzekering in het kader van de recente ontwikkelingen van de deeleconomie*, beschikbaar op <https://www.fsma.be/nl/adviezen-van-de-commissie-voor-verzekeringen>.



kan de eigenaar via voormelde polis tegen een beperkte bijpremie zijn omniumverzekering uitbreiden zodat deze ook geldt tijdens de periode dat hij zijn wagen deelt. Beschikt de eigenaar niet over een omniumverzekering, dan wordt voorzien in de mogelijkheid een tijdelijke omniumdekking af te sluiten, specifiek voor die periode van autodelen.<sup>317</sup>

### 3.2. Aanwezigheid van een praktisch informatie- en/of transparantiegebrek

231. Anderzijds kan niet ontkend worden dat de verzekeringsmarkt zich momenteel in een transitiefase bevindt, waarin hen tijd moet geboden worden teneinde zich (lees: hun producten) aan te passen aan de nieuwe ontwikkelingen en dit nadat voldoende kennis en informatie is vergaard om de risico's van de verschillende vormen van de deeleconomie beter te leren kennen.

Zowel wat betreft de af te sluiten verzekeringswaarborgen, als de aard en omvang van het risico is er immers een duidelijk onderscheid tussen platformen die allerhande diensten leveren en platformen die zich beperken tot één welbepaalde activiteit. Evenzo is er een erg grote variëteit in aard van de dienst die het platform zelf aanbiedt, gaande van het louter aanbieden van een overlegstructuur, over het sluiten van verzekeringen voor rekening van hun leven, tot het garanderen van bescherming.

Noodzakelijk/aangewezen lijkt het derhalve te werken in de richting van op maat gemaakte producten.<sup>318</sup>

232. Ofschoon de huidige verzekeringswetgeving aldus geen belemmering lijkt te vormen voor de deeleconomie en/of de voorgenomen (transitie naar een) circulaire economie, blijkt het in dit verband wél – praktisch – problematischer om de op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke wetgeving correct te identificeren.

Niet altijd even duidelijk blijkt immers in welke mate de aangeboden diensten of producten privé dan wel professioneel worden uitgevoerd of ter beschikking gesteld. Essentieel is het (bv.) te weten of een persoon een louter occasionele vriendendienst verricht (in welk geval de verzekerde onder de familiale polis gedekt lijkt te zijn), dan wel meermaals die dienst verricht en bijgevolg kan gekwalificeerd worden als huispersoneel (in welk geval een arbeidsongevallenverzekering noodzakelijk lijkt voor wat betreft de vergoeding van de lichamelijke schade die huispersoneel lijdt).

---

<sup>317</sup> <https://www.portalpack.aginsurance.be/sites/IBP2/SiteCollectionDocuments/BrokerDocuments/00798294000N.pdf>.

<sup>318</sup> FSMA, *Advies van 24 mei 2017 over bepaalde aspecten van de verzekering in het kader van de recente ontwikkelingen van de deeleconomie*, beschikbaar op <https://www.fsma.be/nl/adviezen-van-de-commissie-voor-verzekeringen>.

Deze informatie en/of transparantie is derhalve van groot belang voor zowel de beoordeling van het risico (en de daaruit voortvloeiende premie en voorwaarden), het type van verzekeringsovereenkomst als de daarin geboden waarborgen.<sup>319</sup>

233. Samen met een (duidelijk) kader ter onderscheiding van het privé- en/of professioneel karakter van een bepaalde (product-als-)dienstverlening – waarvoor de criteria die de wetgever in dit verband recent reeds vooropstelde in fiscale regeling als nuttig richtsnoer kunnen dienen – lijkt een verhoogde mate van transparantie en informatie (voor verzekeraars) derhalve essentieel.

Thans zou overwogen kunnen worden – zoals ook geadviseerd door bepaalde instanties – deze transparantie- en/of informatieplicht via een (nieuw) wetgevend initiatief door te leggen aan de (erkende) deelplatformen. Meer in bijzonder zou hierin verplichtend kunnen gesteld worden dat de deelplatformen (moeten) beschikken over voldoende kennis inzake de (noodzakelijke) verzekeringen betreffende de door hen aangeboden diensten, waarbij hen – als correlatief voor hun economische rechten (lees: winstbejag) – eveneens de plicht kan opgelegd worden om gebruikers voorafgaand aan de (product-als-)dienstverlening afdoende te informeren over:<sup>320</sup>

- Het type af te sluiten verzekeringen die voor het aanbieden van de via hen verlopende (product-als-)dienstverlening vereist, minstens aangewezen, zijn en dit bij voorkeur zonder zelf aan verzekeringsbemiddeling te doen;
- De wettelijke mededelingsplicht die op de gebruikers rusten, met inbegrip van de aan de verzekeraar te verstrekken informatie (bv. de exacte aard van de te verzekeren activiteiten);
- De inhoud van de waarborg en uitsluitingen van dekking, ingeval het deelplatform zelf een collectieve verzekeringsovereenkomst zou gesloten hebben ten behoeve van zijn leden;<sup>321</sup>
- ...

Door de deelplatformen op wetgevende wijze te responsabiliseren – al dan niet als voorwaarde voor hun formele erkenning als deelplatform – lijkt een aanzienlijk onderdeel van de geschetste (praktische) problematiek inzake transparantie en informatie ondervangen te kunnen worden.

---

<sup>319</sup> FSMA, *Advies van 24 mei 2017 over bepaalde aspecten van de verzekeraar in het kader van de recente ontwikkelingen van de deeleconomie*, beschikbaar op <https://www.fsma.be/nl/adviezen-van-de-commissie-voor-verzekeringen>.

<sup>320</sup> FSMA, *Advies van 24 mei 2017 over bepaalde aspecten van de verzekeraar in het kader van de recente ontwikkelingen van de deeleconomie*, beschikbaar op <https://www.fsma.be/nl/adviezen-van-de-commissie-voor-verzekeringen>

<sup>321</sup> Zie in dit verband (bv.) het verzekeringsaspect van het zgn. deelinitiatief 'Popy'.

## DEEL 5 – EXPERIMENTENWETGEVING EN REGELLUWE ZONES.

234. De concepten ‘experimentenwetgeving’ en ‘regelluwe zones’ zijn in en maken steeds meer theoretische én praktische opgang. Ze strekken ertoe meer ruimte te bieden voor innovatie en experimenten (zodanig dat in de praktijk kan ondervonden worden wat werkt (en wat niet)), hetgeen van essentieel belang kan zijn in het kader van de voorgenomen transitie naar een circulaire economie.

In meerdere beleidsdomeinen en -document blijkt de intentie van de Vlaamse overheid en regering om meer op deze concepten in te zetten in het streven naar een meer innovatieve overheid en innovatieve wetgeving. Zo werd reeds in de Visie 2050 van de Vlaamse regering de uitwerking van een kader voor regelluwe en procedureluwe zones aangekondigd en wordt gesteld dat dit gepaard moet gaan met een nieuwe cultuur bij de overheid:

*“In regelluwe proeftuinen toetsen kleinschalige ‘delivery units’ nieuwe beleidsinitiatieven aan de praktijk, die vervolgens op grotere schaal in realisaties en projecten kunnen uitmonden. [...] Experimenteerruimtes en regelluwe ruimtes in het wettelijke en financiële kader zijn essentieel voor het welslagen van een transitieproces en de overheid dient hiervoor te kiezen.”*

Verder werden de regelluwe zones in het ‘groenboek bestuur’ uitdrukkelijk bestempeld als instrument voor (versnelling van) bestuurlijke en wettelijke vernieuwing:

*“De Vlaamse overheid reageert nog niet snel genoeg op maatschappelijke innovaties. Innovatieve bedrijven, KMO’s of burgers hebben nog onvoldoende de mogelijkheid om innovatieve initiatieven te nemen binnen de bestaande regelgeving en bijhorende beleidsinstrumentarium (vergunningen, erkenningen, inspecties).”*

235. Thans kan aangenomen worden dat het experimenteren binnen bestaande wet- en regelgeving – benevens diverse andere meerwaardes<sup>322</sup> – vooral de mogelijkheid biedt om te innoveren, minstens de gewenste innovatie (al dan niet noodzakelijk voor de transitie naar een circulaire economie) te stimuleren.

Teneinde (gewenste/noodzakelijke) innovatie alle kansen te geven is het immers van belang dat wet- en regelgeving geen belemmering vormt om nieuwe ideeën te lanceren. Tegelijkertijd is wet- en regelgeving evenwel noodzakelijk teneinde mogelijke risico’s te beheersen en ongewenste neveneffecten van innovatieve processen, producten en activiteiten te beperken met respect voor ieders rechten en belangen.

---

<sup>322</sup> Zoals bv. de creatie van ruimte voor leren en het verminderen van regeldruk.

Als gulden middenweg kunnen experimenteerwetgeving en regelluwe zones daarom de mogelijkheid verschaffen om de doeltreffendheid van nieuwe regels – met minimalisering van het risico op ongewenste (neven-)effecten – te testen (waardoor eveneens tijd kan gewonnen worden om de onderliggende problemen te doorgronden).<sup>323</sup>

236. Experimentenwetgeving en regelluwe zones worden vaak gezien als hét instrument om innovatie te stimuleren en als een sterk alternatief voor de vaak gangbare, meer behoedzame benadering van nieuwe activiteiten, producten en werkwijzen waarvan de effecten onzeker zijn. Die gangbare benadering leidt immers vaak tot terughoudendheid, vertragingen of verboden op grond van ingeschatte risico's.

Experimentele regelgeving en/of regelluwe zones zouden de mogelijkheid creëren om die 'default' om te keren. Ze kunnen immers het voordeel van de twijfel geven aan de innovator en toelaten om nieuwe zaken en regels uit te testen in de praktijk binnen een afgebakende en experimentele setting.

Thans werd ook in onderhavige studie opgemerkt (bv. wat betreft de regelgeving inzake productnormen) dat de effecten van enkele gewenste/noodzakelijke innovaties voor de transitie naar een circulaire economie – welke momenteel moeilijk realiseerbaar lijken binnen het bestaande wetgevende kader – als voorafname op een definitieve regelwijziging, zonder onnodige risico's getest zouden kunnen worden via de aanname van experimentenwetgeving en/of de creatie van een regelluwe zone.

237. Dergelijke experimentenwetgeving en regelluwe zones kunnen beschouwd worden als 'tijdelijke wetgeving', zijnde wet- of regelgeving die vervalt na een vooraf bepaalde periode, tenzij de wetgever anders beslist.<sup>324</sup> In het bredere spectrum van tijdelijke regelgeving kunnen de experimentenwetgeving en regelluwe zones gecatalogeerd worden als volgt<sup>325</sup>:

---

<sup>323</sup> S. PANIS (e.a.) (red.), "Spelregels om risico's te beperken", *VOKA PAPER* 2018, (1) 7, beschikbaar op <https://www.voka.be/sites/voka.prod.wunderkraut.be/files/files/Vlaanderen/Overige%20pdf%20documenten/Vokapaper-oktober-drukbaar-pages-geensnijtekens.pdf>.

<sup>324</sup> S. RANCHORDAS, "De vele gezichten van experimentwetgeving", *TVW* 2013, (2) 2; Sociaal Economische Raad Vlaanderen, *Rapport experimentwetgeving en regelluwe zones*, 2016, 17, beschikbaar op [https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV\\_20161031\\_experimentwetgeving\\_ADV\\_RAP.PDF](https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_20161031_experimentwetgeving_ADV_RAP.PDF).

<sup>325</sup> Sociaal Economische Raad Vlaanderen, *Rapport experimentwetgeving en regelluwe zones*, 2016, 17, beschikbaar op [https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV\\_20161031\\_experimentwetgeving\\_ADV\\_RAP.PDF](https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_20161031_experimentwetgeving_ADV_RAP.PDF)



238. Experimentwetgeving is tijdelijke – *ab initio* in duurtijd beperkte – regelgeving die ertoe strekt nieuwe regels binnen een welomschreven territoriale en/of personele beperkingen te ontwerpen – verschillend van bestaande regelgeving of waarbij een aantal bestaande wettelijke vereisten buiten werking worden gesteld – met het oog op een nieuwe wettelijke benadering of regulering van nieuwe producten en/of diensten en dit inzonderheid om hierover meer informatie te vergaren.

Gelet de tijdelijke aard ervan, bevat experimentwetgeving in de regel steeds een geconcretiseerde evaluatiebepaling (incl. de werking en criteria hiervan) teneinde de experimentwet te onderwerpen aan een periodieke of eindevaluatie. Deze bepaling maakt duidelijk dat de wetgever – al naargelang de resultaten – kan beslissen om het experiment uit te breiden, te veralgemenen en daarmee te transformeren in een permanente wet- of regelgeving dan wel te beëindigen.<sup>326</sup>

239. Regelluwe zones – als specifiek type van een proeftuin – zijn daarentegen (geografisch) afgebakende zones waarin nieuw beleid of nieuwe regels worden uitgetoetst zonder dat het geldende rechtstelsel wordt aangetast en dit meer in bijzonder door het buiten toepassing laten van bepaalde regels of wetgeving (lokaal, regionaal, landelijk) of welbepaalde gedeelten ervan.<sup>327</sup>

De keuze welke regels buiten toepassing worden gelaten, wordt gemaakt op basis van de knelpunten en/of kansen en/of onlogische punten/tegenstrijdigheden in wet- en regelgeving, met dien verstande dat eveneens kan geëxperimenteerd worden met het anders toepassen van bestaande wetten en regels.

<sup>326</sup> R. VAN GESTEL EN G. VAN DIJCK, "Better regulation through experimental legislation", *European Public Law* 2011, 539-553; Sociaal Economische Raad Vlaanderen, *Rapport experimentwetgeving en regelluwe zones*, 2016, 20, beschikbaar op [https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV\\_20161031\\_experimentwetgeving\\_ADV\\_RAP.PDF](https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_20161031_experimentwetgeving_ADV_RAP.PDF).

<sup>327</sup> Regelluwe zones betreffen derhalve géén volledig regelvrije gebieden waar helemaal geen regels gelden.

In tegenstelling tot experimentwetgeving zijn regelluwe zones strikt tijdelijk, in die zin dat na afloop van de vooropgestelde termijn van regelluwhouding opnieuw moet voldaan worden aan de vigerende normering (dewelke desgevallend is bijgesteld als resultaat van het experiment).<sup>328</sup>

240. Zoals aangestipt kunnen experimentenwetgeving en regelluwe zones in het kader van de transitie naar een circulaire economie – doch ook nadien bij een immer voortschrijdende innovatie – nuttig of zelfs noodzakelijk zijn teneinde bepaalde innovaties te kunnen verwezenlijken zonder daarbij onnodige risico's en/of langdurige en kostelijke wetgevende initiatieven te moeten doorlopen.

Meer *in concreto* werd (o.m.) aangestipt dat de innovatie van bepaalde materialen en/of producten – in afwachting van een uitbreiding van de eisen inzake eco-design en/of de productenverantwoordelijkheid – desgewenst zou bewerkstelligd kunnen worden via de creatie van regelluwe zones waarin bestaande productnormen (tijdelijk) zouden versoepeld worden dan wel zelfs geheel achterwege worden gelaten.

Verder lijken experimentwetgeving en/of regelluwe zones eveneens mogelijkheden te creëren voor andere (al dan niet uitdrukkelijk besproken) juridische knelpunten voor de voorgenomen transitie naar een circulaire economie. Gedacht kan daarbij aan tijdelijke afwijkingen inzake ruimtelijke ordening (bv. om circulaire ketens van ondernemingen ook op geografisch gebied (beter) mogelijk te maken) of fiscaliteit (bv. om een voor circulaire economieprojecten stimulerende BTW-regeling te testen).

241. Thans dient vastgesteld dat de Vlaamse Decreetgever voormelde boodschap heeft begrepen nu op 7 december 2018 het zgn. Bestuursdecreet werd aangenomen, waarin (o.m.) een decretaal (minimum-)kader werd geïnstalleerd voor concrete experimentwetgeving en regelluwe zones.

Teneinde snel schakelen mogelijk te maken wanneer vereist, werd de Vlaamse regering daarbij gemachtigd besluiten uit te vaardigen houdende een afwijking van decretale en/of wettelijke bepalingen, mits (i) motivering van de noodzaak en (ii) decretale bekrachtiging binnen een periode van 6 maanden.

In lijn met voormelde definities wordt 'experimentele wetgeving' in het Bestuursdecreet gedefinieerd als tijdelijke regelgeving met een geldigheidsduur van maximaal tien jaar, die geldt voor een specifieke ruimte of voor een specifieke doelgroep of in een specifieke situatie, en die bij wijze van experiment wordt ingevoerd. Een regelluwe zone wordt dan weer gedefinieerd als een tijdelijke regelgeving met een geldigheidsduur van tien jaar die bestaande regelgeving voor een specifieke ruimte of voor een specifieke doelgroep of in een specifieke situatie buiten toepassing stelt.<sup>329</sup>

---

<sup>328</sup> Sociaal Economische Raad Vlaanderen, *Rapport experimentwetgeving en regelluwe zones*, 2016, 21, beschikbaar op [https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV\\_20161031\\_experimentwetgeving\\_ADV\\_RAP.PDF](https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_20161031_experimentwetgeving_ADV_RAP.PDF).

<sup>329</sup> Artikel III.119 van het Bestuursdecreet.

242. Overwegende dat experimentwetgeving en/of regelluwe zones per definitie tijdelijk zijn van aard – en in het Bestuursdecreet uitdrukkelijk beperkt worden tot een maximum van 10 jaar – dient de Vlaamse regering steeds uitdrukkelijk de geldingsduur van de experimentregelgeving of regelluwe vast te leggen.<sup>330</sup>

Wil men daarbij de optie openhouden om de duurtijd (éénmalig en voor een maximumduur van 5 jaar) te verlengen, dan moeten in één tijd ook de voorwaarden daarvoor worden vastgelegd. Zulke verlenging kan (bv.) nuttig zijn ingeval na afloop van de initiële geldingsduur wordt besloten het experiment uit te breiden en/of te transformeren in definitieve regelgeving. In licht van de rechtszekerheid kan het in voorkomend geval wenselijk worden geacht om de oude regelgeving niet te hernemen voor de specifieke doelgroep die onder het toepassingsgebied van de experimentwet en/of regelluwe zone ressorteerden.<sup>331</sup>

Anderzijds kan evenmin uitgesloten worden dat een experiment – al dan niet gedwongen – ook vroegtijdig ten einde kan worden gebracht (bv. indien snel negatieve (neven-)effecten de kop op steken of duidelijk wordt dat het beoogde doel niet zal bereikt worden). Teneinde de rechten en belangen van de bij het experiment betrokken doelgroep te vrijwaren, vereist het Bestuursdecreet daarom dat de Vlaamse regering (ook) de voorwaarden voor dergelijke vroegtijdige beëindiging op voorhand dient te bepalen.<sup>332</sup>

243. Voorts legt het Bestuursdecreet de (vrije) bewegingsruimte van de Vlaamse regering tevens aan banden door te eisen dat bij de invoering van experimentwetgeving en/of regelluwe zones minstens volgende aspecten – op uitdrukkelijke wijze – moeten geregeld worden:<sup>333</sup>

- De inhoud en het toepassingsgebied: de personen, territoriale afbakening, ... waarop het experiment van toepassing is en, in voorkomend geval, de nieuwe tijdelijke normen en bestaande normen waarvan wordt afgeweken, moeten uitdrukkelijk worden veruitwendigd;
- De motivering en de doelstellingen: gemotiveerd moet worden welk doel met het experiment wordt nagestreefd. Uit die motivering moet immers blijken dat alle voor- en nadelen van het experiment goed tegen elkaar zijn afgewogen, hetgeen een grondige (voorafgaande) analyse impliceert waarin het probleem of de uitdaging wordt toegelicht, gevolgd door de vaststelling dat het bestaande regelgevend kader ontoereikend is om het beoogde doel te bereiken.

---

<sup>330</sup> Artikel III.120 van het Bestuursdecreet.

<sup>331</sup> S. PANIS (e.a.) (red.), “Spelregels om risico’s te beperken”, *VOKA PAPER* 2018, (1) 10, beschikbaar op <https://www.voka.be/sites/voka.prod.wunderkraut.be/files/files/Vlaanderen/Overige%20pdf%20documenten/Vokapaper-oktober-drukbaar-pages-geensnijtekens.pdf>.

<sup>332</sup> S. PANIS (e.a.) (red.), “Spelregels om risico’s te beperken”, *VOKA PAPER* 2018, (1) 10, beschikbaar op <https://www.voka.be/sites/voka.prod.wunderkraut.be/files/files/Vlaanderen/Overige%20pdf%20documenten/Vokapaper-oktober-drukbaar-pages-geensnijtekens.pdf>.

<sup>333</sup> Artikel III.120 van het Bestuursdecreet; S. PANIS (e.a.) (red.), “Spelregels om risico’s te beperken”, *VOKA PAPER* 2018, (1) 9-10, beschikbaar op <https://www.voka.be/sites/voka.prod.wunderkraut.be/files/files/Vlaanderen/Overige%20pdf%20documenten/Vokapaper-oktober-drukbaar-pages-geensnijtekens.pdf>.

Ook de te verwachten kosten en opbrengsten moeten in kaart worden gebracht, net zoals de te verwachten directe en indirecte gevolgen voor burgers, bedrijven en overheid. Daarbij dient eveneens uiteengezet te worden waarom de beginselen van rechtsgelijkheid en -zekerheid niet worden geschaad door het invoeren van de experimentenregelgeving of regelluwe zones;

- De wijze van evaluatie: uitdrukkelijk aangegeven moet worden hoe (bv. een vergelijkende studie), wanneer (bv. in het laatste geldingsjaar) en door wie (bv. een expertenpanel) de experimentwetgeving of regelluwe zone zal geëvalueerd worden, waarbij transparantie over de behaalde resultaten noodzakelijk wordt geacht.

244. Maar er is meer. Gelet experimentwetgeving snel op gespannen voet komt te staan met het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (als beginselen van behoorlijke regelgeving) voorziet het Bestuursdecreet – bovenop bovenstaande waarborgen – tevens dat afwijkingen die worden toegestaan op decretale en/of wettelijke bepalingen geen betrekking vermogen te hebben op bepalingen inzake grondrechten, verweer- en beroepsmogelijkheden, veiligheid en gezondheid of bepalingen die voortvloeien uit Europese verplichtingen.

Als explicitering van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel voegt artikel III.121 van het Bestuursdecreet hier nog aan toe dat de rechtsbescherming van de rechtssubjecten die onder het toepassingsgebied van experimentwet en/of regelluwe zone vallen, onaangetast moet blijven zodat hun individuele rechtssituatie er niet mag op achteruit gaan ingeval het experiment of regelluwe zone nieuwe tijdelijke en niet-algemeen geldende regelgeving impliceert.

245. Hoewel uiteraard de eerste concrete experimentenwetten en/of regelluwe zones (op basis van voormeld kader) moeten afgewacht worden alvorens een integrale evaluatie van deze regeling in het Bestuursdecreet kan gemaakt worden, lijken de eerste vooruitzichten overwegend positief.

Meerdere (noodzakelijke-) waarborgen werden geïntegreerd in het decretale (minimum-)kader, zonder te raken aan specifieke regelgeving en waarbij het uiteindelijke initiatief om een experiment en/of regelluwe zone te lanceren in handen blijft van de Vlaamse overheid (hetgeen meest aangewezen lijkt daar lokaal maatwerk<sup>334</sup> een oneerlijke mededinging, een *race to the bottom*, ... zou kunnen veroorzaken).

---

<sup>334</sup> Zie in dit verband bv. de niet-aangenomen Experimentenwet Gemeenten in Nederland (<https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/02/16/experimentenwet-niet-nodig-voor-experimenteerruimte-gemeenten> en <https://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/nieuws/experimentenwet-gemeenten-van-de-baan.9581564.lynkx>).



Besloten lijkt dan ook te kunnen worden dat het opgestelde (minimum-)kader zich ook lijkt te lenen voor de bevordering van één of meerdere innoverende initiatieven die wenselijk/noodzakelijk geacht worden in het kader van de transitie naar een circulaire economie.

De door het Bestuursdecreet gecreëerde mogelijkheid om te werken met regelluwe zones kende recent alvast navolging in het energierecht. Op 5 april 2019 keurde de Vlaamse regering namelijk een wijziging goed van het Energiebesluit om zo de erkenning van regelluwe zones voor energie mogelijk te maken.<sup>335</sup> Ook in de sector van het energierecht mogen we ons dus aan regelluwe zones verwachten.

246. Wordt ongetwijfeld vervolgd ...

---

<sup>335</sup> Besluit van de Vlaamse Regering van 5 april 2019 houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de erkenning van regelluwe zones voor energie, *BS* 19 april 2019, 39634.

## DEEL 6 – SAMENVATTENDE BESCHOUWINGEN EN AANBEVELINGEN

247. In opdracht van de OVAM werd een studie uitgevoerd naar de juridische knelpunten in het kader van circulaire economie projecten. Bekend is het dat er een groot aantal knelpunten zijn die een vlotte transitie naar een circulaire economie in de weg staan, en dit niet in het minst in de vigerende wet- en regelgeving.

Na oplevering van een literatuuranalyse, werd de studie uitgevoerd aan de hand van een bevraging van concrete projecten, die door de OVAM zijn weerhouden in de Open Call Circulaire Economie. *In concreto* konden hieruit volgende juridische knelpunten gedestilleerd (en geclusterd) worden: (i) het afvalstoffenrecht in een circulaire economie en de kwalificatie als afvalstof, (ii) duurzame/circulaire overheidsopdrachten, (iii) de aan- en afwezigheid van productnormen als hindernis voor de (transitie naar een) circulaire economie, (iv) deelplatformen en de product-als-dienstverlening als katalysatoren van een circulaire economie en (v) experimentenwetgeving en regelluwe zones ter bevordering van de (transitie naar een) circulaire economie.

Bij wijze van uitleiding kunnen volgende conclusies en aanbevelingen worden geformuleerd:

248. *Inzake het afvalstoffenrecht in een circulaire economie en de kwalificatie als afvalstof*

- De afvalstoffenreglementering, meer in het bijzonder de beoordeling van het afvalstatuut van een stof en/of materiaal, wordt heden ervaren als grootste belemmering voor (de transitie naar) een circulaire economie ingevolge de (rechts-)onzekere en/of casuïstische beoordeling en interpretatie van (i) het afvalstoffenbegrip en (ii) de einde-afvalfase;
- Voor een duurzame ontplooiing van duurzame(re) (bedrijfs-)processen is het voornaam te blijven streven naar meer rechtszekerheid, vermits ondernemers bepaalde wettelijke procedures en verplichtingen – (o.m.) voor het inzamelen/vervoeren/verwerken/verhandelen – in acht moeten nemen wanneer er sprake is van afvalstof.
- Een wetgevend initiatief op Europees niveau ter wijziging en afstemming van meerdere van de bestaande definities (“afvalstof”, “nuttige toepassing”, “hergebruik”, ...) is wenselijk, maar in afwachting hiervan lijkt – binnen het bestaande (Europees) kader – aanknoping gezocht te kunnen worden bij het systeem van de grondstoffenverklaring ter bevordering van de rechtszekerheid omtrent het (einde-)afvalstatuut via een gezaghebbende overheidsbeslissing;
- Een internrechtelijk uitgebreid/herdacht systeem van grondstoffenverklaringen is niet zaligmakend in het licht van de intraregionale en/of internationale handel, zodat een bi- of multilaterale regeling zich opdringt bij uitblijven van een harmoniserend Europees optreden (bv. een Europese grondstoffenverklaring, een wederzijdse erkenningsregeling, ...)

249. Inzake duurzame/circulaire overheidsopdrachten

- De transitie naar een circulaire economie begint eens- en grotendeels bij het aankoop- en aanbestedingsbeleid van de overheid, zodat het voornamelijk wordt geacht dat vanuit de voorbeeldfunctie en sturende rol van de lokale en bovenlokale overheden (meer) wordt ingezet op circulaire aankoop- en aanbestedingsprocessen, die in essentie niet wezenlijk verschillen van de traditionele en/of 'duurzame' overheidsopdrachten;
- De terughoudendheid inzake het plaatsen van circulaire overheidsopdrachten blijkt heden (vnl.) zijn oorzaak te vinden in (i) de onduidelijk en/of complex geachte *in concreto* toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering (bv. het bepalen van objectieve en meetbare circulaire criteria), evenals (ii) de primaire nood aan een gewijzigde denk-/omgangswijze met betrekking tot het concept 'eigendom';<sup>336</sup>
- Een functionele behoefteomschrijving aan de hand van prestatie-eisen (al dan niet aangevuld met concrete normen en/of standaarden) kan de gewenste of vereiste ruimte creëren voor andere businessmodellen, zoals de product-als-dienstverlening, met een (mogelijke) bevordering van de (transitie naar een) circulaire economie als gevolg;
- De selectie- en gunningscriteria worden als voornaamste opportuniteit beschouwd om circulaire overwegingen en eisen in een aankoop- en aanbestedingsproces te integreren, waarbij circulaire overwegingen in aanmerking genomen kunnen worden (o.m.) via een referentiebevraging, de techniek van de levenscycluskosten, een gedefinieerd onderscheid in (punten-)beoordeling, ...
- Gelet op het feit dat circulaire overheidsopdrachten veronderstellen dat bij aanvang afspraken worden gemaakt inzake een hoogwaardig hergebruik van stoffen en/of materialen aan het einde van de initiële gebruiksfase (en de verantwoording hierover), wordt vermoed dat het circulair aankopen en aanbesteden aanleiding zal geven tot minder traditionele contractvormen zoals koop/terugkoop of doorverkoop, product-als-dienstverlening, ... waarbij bijzondere aandacht dient uit te gaan naar de afbakening van het eigenaarschap gedurende en/of na afloop van opdracht;

250. Inzake de aan- en afwezigheid van productnormen als hindernis voor de circulaire economie

- Hoewel paradoxaal, blijkt zowel aan de afwezigheid van circulaire overwegingen in de bestaande productnormen als aan de gehele afwezigheid van vastgestelde productnormen een belemmerende werking te worden toegeschreven voor (de transitie naar) een circulaire economie;

---

<sup>336</sup> Vaak is het niet vereist te beschikken over de eigendomsrechten van een product en/of werk teneinde een behoefte in te vullen, doch eerder de functie die dit product en/of werk vervult voor de aanbestedende/aankopende entiteit.

- Gelet op het feit dat het stellen van productnormen de ontwikkeling van nieuwe producten (die mogelijks het leefmilieu en de volksgezondheid weldegelijk respecteren) en een meer circulair productontwerp aan banden (kunnen) leggen, lijkt een uitbreiding van de eisen inzake *ecodesign* opportuun, met een uitbreiding van de producentenverantwoordelijkheid als (nuttig) tussentijds alternatief;
- Gelet op het feit dat het stellen van productnormen een belemmerende werking kan genereren voor ondernemingen die gericht zijn op het hergebruik van grondstoffen en een verlenging van levensduur (gezien dit de nood aan traceerbaarheid van materialen impliceert), kunnen deze bedrijfsmodellen (welke (de transitie naar) een circulaire economie kunnen bevorderen) gefaciliteerd worden met het noodzakelijk inzicht in samenstelling en herkomst van producten en toegepaste materialen via een grondstoffen-/materialenpaspoort;
- Gelet op het feit dat niet-genormeerde producten en materialen moeilijk(er) ingang blijken te vinden in de markt (ondanks hun eventuele nut in het kader van (de transitie naar) een circulaire economie), lijkt de handel in niet-genormeerde producten bevorderd te kunnen worden middels een certificeringsmechanisme (bv. gesteund op het ETA-mechanisme) waarmee bevestigd wordt dat het betreffende product of materiaal géén veiligheids-, gezondheids- of milieurisico's herbergt en dit onverminderd de afwezigheid van enige productnorm.

251. Inzake deelplatformen en product-als-dienstverlening als katalysatoren van een circulaire economie

- De deeleconomie en het product-als-dienstbusinessmodel – beide gekenmerkt door een gewijzigde denk-/omgangswijze met betrekking tot het concept 'eigendom' – worden over het algemeen naar voren geschoven als (twee van de) voorname katalysatoren voor (de transitie naar) een circulaire economie;
- In het kader van deelinitiatieven en het product-als-dienstmodel lijken de bestaande contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsregimes en -principes onverkort te blijven gelden (ongeacht het vooropgestelde hergebruik en/of delen van producten), zodanig dat in de buitencontractuele verhouding een samenloop van aanspraken op basis van (i) productaansprakelijkheid, (ii) gebrek in de zaak (art. 1384, 1<sup>ste</sup> lid B.W.) en (iii) de gemeenrechtelijke fout of onzorgvuldigheid niet uitgesloten lijkt te kunnen worden;
- In de deeleconomie en het product-als-dienstbusinessmodel is het cruciaal het eigenaarschap van producten die – in functie van / als gevolg van het delen of de dienstverlening – in een onroerend goed van de gebruiker worden geïncorporeerd, met aandacht af te bakenen teneinde een onroerende natrekking uit te sluiten en de circulariteit te waarborgen op het einde van de initiële gebruiksfase, hetgeen *prima facie* verwezenlijkt lijkt te kunnen worden via een zakenrechtelijke constructie op basis

van een *accessoir* opstalrecht dat immers een eigendomssplitsing creëert gedurende de duurtijd van het opstalrecht;

- In de deeleconomie (en het product-als-dienstbusinessmodel) lijkt de verzekeringswetgeving *an sich* geen hinderpaal te vormen voor de verzekerbaarheid ervan, met dien verstande dat de verzekeringsmarkt zich momenteel in een transitiefase bevindt waarbij een wetgevend initiatief het praktisch informatie- en/of transparantiegebrek – mogelijks - kan faciliteren om de op deze (nieuwe) verzekeringsovereenkomsten toepasselijke wetgeving correct te identificeren;

252. Inzake experimentenwetgeving en regelluwe zones ter bevordering van de (transitie naar een) circulaire economie

- Experimentenwetgeving en regelluwe zones worden beschouwd als hét instrument om innovatie te stimuleren en als een sterk alternatief voor een gangbare, meer behoedzame benadering van nieuwe activiteiten met onzekere effecten, zodanig dat ze een zinvol (hulp-)middel kunnen zijn teneinde uit een regelgevende impasse te klimmen die (de transitie naar) een circulaire economie belemmert (bv. een tijdelijke versoepeling van bepaalde productnormen binnen een welomschreven (geografische) zone);
- De huidige (minimale-) kaderregeling voor concrete experimentenwetgeving en regelluwe zones, zoals vastgelegd in het Decreet over het Lokaal Bestuur, lijkt overwegend positief (o.m.) voor de bevordering van innoverende initiatieven die wenselijk of noodzakelijk geacht worden voor (de transitie naar) een circulaire economie en dit nu de Vlaamse decreetgever hierin meerdere (noodzakelijk) waarborgen integreerde zonder te raken aan specifieke regelgeving;