

Bestuursrechtelijke aspecten van productierechten¹

I. Inleiding

Dit artikel gaat over de bestuursrechtelijke aspecten van productierechten en de toekomstbestendigheid van productierechten in de Nederlandse landbouw. Productierechten zijn geregeld in de Meststoffenwet (hierna ook: Msw).² De Msw voorziet in i) varkensrechten, ii) pluimveerechten en iii) fosfaatrechten. Deze rechten zijn nodig om, boven een per diersoort verschillende ondergrens, varkens, kippen en/of kalkoenen respectievelijk melkvee te mogen houden.³

Voor een goed begrip van de bestuursrechtelijke aspecten die gepaard gaan met het in de Msw gerealiseerde stelsel van productierechten en de toekomstbestendigheid daarvan worden eerst de achtergrond en de historie van dat stelsel besproken. Daarna wordt meer in detail het huidige wettelijk kader toegelicht. De vanuit bestuursrechtelijk perspectief interessante aspecten – namelijk: het besluitkarakter van de mededeling over de toekenning van productierechten, de knelgevallenregeling(en) mede in het licht van artikel 1 EP EVRM en de herziening van besluiten met betrekking tot productierechten – komen daarna aan de orde. Daarbij wordt waar mogelijk een vergelijking gemaakt tussen de verschillende soorten productierechten. Tot slot wordt ingegaan op de gevolgen die de afschaffing van de derogatie kan hebben voor de toekomst van productierechten.

II. Achtergrond en korte historie productierechten

De hoeveelheid mest die op landbouwgrond kan worden toegepast is beperkt. Te veel fosfaten en nitraten leiden tot eutrofiëring van het grond- en oppervlaktewater, waardoor de biodiversiteit wordt aangetast. Om een te hoge bemesting van grond en uitspoeling van meststoffen naar het water te voorkomen zijn er gebruiksnormen vastgesteld in nationale en Europeesrechtelijke regels, waarmee de maximale bemesting van landbouwgrond werd vastgelegd.⁴ In de Nitraatrichtlijn⁵ is geregeld dat – behoudens een door de Europese

¹ Joske Hagelaars is advocaat bij Dirkzwager Legal & Tax. Dank gaat uit naar zijn kantoorgenoten Ilona Termaat en Lukas Wichern.

² De Meststoffenwet definieert productierechten in artikel 1, eerste lid, onder aa.

³ Artikel 19 Msw voorziet in een verbod om zonder voldoende varkensrechten varkens te houden, artikel 20 Msw regelt een vergelijkbaar verbod voor pluimvee en artikel 21b Msw voorziet in een verbod om meer meststoffen, uitgedrukt in kilogrammen fosfaat, te produceren door melkvee dan het op het bedrijf rustende fosfaatrecht. Aangezien de fosfaatproductie per (melkvee)koe forfaitair is vastgelegd, is net als bij varkens en pluimvee in feite het aantal te houden koeien gereguleerd.

⁴ Het nationaalrechtelijke kader ging tot 2006 uit van 'verliesnormen', die uitgingen van het mineralenverlies (artikel 19 Msw (oud)).

⁵ Richtlijn 91/676/EEG van de Raad van 12 december 1991 inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (PbEG L ...).

Commissie te verlenen ontheffing (de derogatie) – maximaal 170 kg stikstof per hectare per jaar op of in de bodem mag worden gebracht. Een overschot aan mest kan op zichzelf worden geëxporteerd of anderszins worden verwerkt, bijvoorbeeld door verbranding. Maar door het gebrek aan voldoende afzetmarkt en hoge kosten van die verwerking leidt een hoge mestproductie tot fraudedruk.⁶ Om die reden zijn vanaf 1984 in Nederland maatregelen getroffen om de mestproductie zelf te beperken. Hoe meer het gebruik en de productie van meststoffen met elkaar in evenwicht zijn, hoe minder fraudedruk er is, zo was de gedachte. Vervolgens werd vanaf de inwerkingtreding van de Meststoffenwet in 1987 een stelsel van referentiehoeveelheden (mestquotum), en later (vanaf 1994) mestproductierechten ingevoerd. Door het hanteren van vaste, in de loop der jaren ongewijzigd gebleven forfaits voor de bepaling van de mestproductie per dier, werd daarmee feitelijk het maximum aantal dieren vastgelegd. Omdat het stelsel van mestproductierechten toch nog ruimte bood voor uitbreiding van het aantal dieren, onder andere door ingebruikname van latente rechten, en naar aanleiding van de varkenspest, werden in 1998 de nu nog altijd bestaande varkensrechten geïntroduceerd. De Wet herstructurering varkenshouderij (hierna ook: Whv) stelde met het varkensrecht per bedrijf een maximum aan het aantal varkens dat gemiddeld gedurende een kalenderjaar mag worden gehouden. Bij de introductie van het stelsel werd aangesloten bij het aantal varkens dat in 1995 of 1996 legaal op een bedrijf werd gehouden, welk aantal met 10% werd gekort (afgeroomd).⁷ Verder werd voorzien in een tweede generieke korting van (maximaal) 15% op een later moment.⁸ In 2001 werden vervolgens pluimveerechten ingevoerd.⁹ Hier werd geen korting bij invoering toegepast. De varkens- en pluimveerechten kwamen voor deze diercategorieën in plaats van de mestproductierechten.

Om het stelsel te vereenvoudigen werden in 2006 ook voor de andere landbouwhuisdieren¹⁰ de mestproductierechten afgeschaft. Van de andere sectoren, waaronder rundvee, schapen, geiten, nertsen, konijnen en eenden, was alleen de rundveesector substantieel van omvang. Tegelijkertijd werd die sector beheerst door het Europeesrechtelijke systeem van melkquota,

⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, nr. 3, p. 61.

⁷ Voor een gedetailleerde bespreking van varkensrechten bij introductie van het systeem wordt verwezen naar het preadvies dat Walda hier destijds in dit tijdschrift over schreef: H.C.A. Walda, Productiebeperking in de varkenshouderij: het stelsel van varkensrechten. Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht, *TvAR* 1998, 4.

⁸ Deze korting is uiteindelijk niet doorgevoerd, mede gelet op hierna nog te bespreken rechtspraak.

⁹ Wijziging van de Meststoffenwet in verband met de invoering van een stelsel van pluimveerechten, *Kamerstukken .../ Stb. ...?*

¹⁰ Hieronder worden volgens de toelichting bij het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer verstaan: dieren die in het kader van de uitoefening van een landbouwbedrijf worden gehouden in verband met de productie van bijvoorbeeld melk, vlees, wol, veren of eieren of in verband met het berijden van dieren. Wormen, kokkels, vissen, muizen, cavia's, bijen, siervogels, duiven, katten en honden worden hier expliciet niet onder begrepen (*Stb.* 2012,441, p. 116).

dat tot gevolg had dat het aantal koeien in de praktijk al werd beperkt. Het stelsel van mestproductierechten was voor rundvee in de praktijk daardoor geen beperkende factor.¹¹

Per 1 april 2015 zou het Europese melkquotum vervallen. In de Meststoffenwet was parallel daaraan geregeld dat de productierechten voor varkens en pluimvee dan ook zouden vervallen. Daardoor zou er vanaf 2015 geen directe begrenzing meer zijn van de omvang van de veestapel. De vrees bestond dat daardoor – ondanks de gebruiksnormen – een groei van de fosfaatproductie zou ontstaan. Dat was onder andere van belang omdat de Europese Commissie voor voortzetting van de derogatie eiste dat de fosfaatproductie in Nederland uit 2002 niet zou worden overschreden. In 2013 werd daarom besloten het stelsel van varkens- en pluimveerechten vooralsnog te handhaven.¹²

In de loop van 2015 werd duidelijk dat de fosfaatproductie door melkvee vooruitlopend op de afschaffing van het melkquotum al aanzienlijk was verhoogd, door investeringen die melkveehouders alvast hadden gedaan voor de uitbreiding die mogelijk zou worden na afschaffing van het quotum. Dat bracht het risico met zich de derogatie zou worden ingetrokken. Op 2 juli 2015 stuurde de staatssecretaris van Economische Zaken een brief naar de Tweede Kamer waarin werd toegelicht dat om deze reden het invoeren van productiebegrenzende maatregelen voor melkvee onontkoombaar was geworden en werd een stelsel van productierechten in het vooruitzicht gesteld.¹³ Per 1 januari 2018 ging daarna het stelsel van fosfaatrechten in voor melkvee.¹⁴

III. Wettelijk kader

Het systeem van productierechten is geregeld in hoofdstuk V van de Meststoffenwet. In artikel 18a Msw is de totale maximale productie van dierlijke meststoffen in Nederland per kalenderjaar uitgedrukt in kilogrammen fosfaat en stikstof en is een onderverdeling gemaakt tussen de productie van meststoffen afkomstig van melkvee (lid 2), varkens (lid 3) en pluimvee (lid 4). De productierechten per bedrijf zijn vervolgens geregeld door het instellen van een verbod op het houden van een groter aantal varkens dan het op het bedrijf rustende varkensrecht (artikel 19), een groter aantal kippen en kalkoenen dan het op het bedrijf rustende pluimveerecht (artikel 20) en het produceren van meer fosfaat met melkvee dan het op het bedrijf rustende fosfaatrecht (artikel 21b). Deze verboden gaan uit van een gemiddeld aantal dieren per jaar. Door het jaar heen bestaat er dus enige flexibiliteit.

¹¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 28 385, nr. 26, p. 18.

¹² *Kamerstukken II 2013/14*, 33 037, nr. 80, p. 4-5.

¹³ *Kamerstukken II 2014/15*, 33 979, nr. 98.

¹⁴ Stb. 2017, 229.

Tegen overtreding van het verbod kan bestuursrechtelijk met herstelsancties worden opgetreden.¹⁵ Er kan geen bestuurlijke boete worden opgelegd wegens het overtreden van het verbod om zonder productierechten varkens of pluimvee te houden, dan wel fosfaat met melkvee te produceren. Overtreding van het verbod wordt verder strafrechtelijk gehandhaafd doordat sprake is van een economisch delict. In de praktijk wordt nauwelijks bestuursrechtelijk via dwangsommen of bestuursdwang opgetreden, maar vooral strafrechtelijk. Een bijzonder handhavingsinstrument is het opleggen van een dagplafond. Artikel 22 en artikel 22a Msw regelen dat de minister ten aanzien van een bedrijf waarvan het varkensrecht of het pluimveerecht respectievelijk het fosfaatrecht is overschreden kan bepalen dat het op enig moment gehouden varkens, kippen of koeien niet meer mag bedragen dan een door de minister vastgesteld aantal. Dat maakt de controle daarna aanmerkelijk eenvoudiger, aangezien dan op elk moment kan worden vastgesteld of er teveel varkens, kippen of koeien aanwezig zijn op een bedrijf, en niet meer van een jaargemiddelde hoeft te worden uitgegaan. Dit instrument wordt naar het zich laat aanzien eveneens maar weinig ingezet.¹⁶

Voor de hoeveelheid varkens- en pluimveerechten op het tijdstip van de inwerkingtreding van de verboden in artikel 19 en 20 Msw wordt aangesloten bij de varkens- en pluimveerechten die bedrijven op grond van de in 1998 respectievelijk 2001 ingevoerde stelsels voor varkens- en pluimveerechten hadden. Voor fosfaatrechten geldt dat de Msw voorziet in vaststelling van het op een bedrijf rustende fosfaatrecht, waarbij het fosfaatrecht overeenkomt met de forfaitaire productie van dierlijke meststoffen in een kalenderjaar door melkvee dat op 2 juli 2015 (hierna: de peildatum voor fosfaatrechten) op het bedrijf is gehouden. Er is dus aangesloten bij de Kamerbrief van die datum waarin invoering van productierechten voor melkvee was aangekondigd. Dit om anticiperend gedrag van landbouwers en toename van fosfaatproductie te voorkomen.¹⁷ Voor latente ruimte, bijvoorbeeld vanwege het niet volledig benutten van een milieuvergunning, werden geen fosfaatrechten toegekend.

Voor een aantal situaties is in artikel 23 Msw en het daarop gebaseerde Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet in een knelgevallenregeling voorzien.¹⁸ Het betreft situaties met starters, bedrijfsovername, uitscharing¹⁹ en gevallen waarbij op de peildatum minder koeien werden

¹⁵ Artikel 49 Msw jo. 5:32 Awb.

¹⁶ In elk geval is er weinig jurisprudentie over verschenen, anders dan over de strafrechtelijke handhaving van overtreding van het verbod om zonder voldoende productierechten vee te houden.

¹⁷ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 532, nr. 3, p. 39 en 43.

¹⁸ Ik heb het hierna steeds over knelgevallen, hoewel niet alle gevallen (zoals bedrijfsovername) als knelgeval in het wetgevingsproces zijn genoemd. Het gaat steeds om gevallen waarin wordt gesauveerd dat de op de peildatum aanwezige hoeveelheid vee onvoldoende was voor de ten tijde van de vaststelling van het recht gehouden hoeveelheid vee.

¹⁹ Uitscharing is het (veelal tijdelijk) onderbrengen van eigen vee bij een ander bedrijf. Vanuit het perspectief van het bedrijf dat het vee gaat houden is sprake van inscharing.

gehouden door bouwwerkzaamheden, diergezondheidsproblemen, ziekte, ziekte of overlijden van een persoon van het samenwerkingsverband van de landbouwer of een bloed- of aanverwant in de eerste graad, of vernieling van de melkveestallen. Om hierop een beroep te kunnen doen moet een landbouwer een melding bijzondere omstandigheden doen.

Om zeker te stellen dat de landelijke maximale productie van dierlijke meststoffen niet wordt overschreden door de hoeveelheid toegekende rechten voorziet de Msw in de mogelijkheid van een generieke afoming. Van deze mogelijkheid is bij fosfaatrechten gebruik gemaakt door een korting van 8,3% op de toegekende fosfaatrechten toe te passen. Bij de omvang van dit kortingspercentage speelde, naast de overschrijding van de in artikel 18a Msw vastgelegde maximale productie van dierlijke meststoffen, onder andere een rol dat door het introduceren van verschillende knelgevallen meer fosfaatrechten moesten worden toegekend. Bovendien bestond de wens om volledig grondgebonden melkveehouders²⁰ uit te zonderen van de afoming, zodat de afoming voor de andere melkveehouders groter moest zijn.

Productierechten zijn op grond van artikel 25 Msw overdraagbaar, waarbij voor pluimvee- en varkensrechten een beperking geldt met betrekking tot het overdragen van rechten naar een concentratiegebied (artikel 26 Msw). Overdracht geschiedt doordat de verkrijger en de vervreemder van het productierecht een kennisgeving doen bij de minister, en de minister de overgang registreert. Bij overdracht van varkens- en pluimveerechten voorziet de wet in de mogelijkheid van afoming tot maximaal 25% van de betrokken rechten. Van die mogelijkheid wordt op dit moment geen gebruik gemaakt. Voor fosfaatrechten voorziet de wet in een vast afomingspercentage van 10% bij overdracht van fosfaatrechten.

IV. Bestuursrechtelijke aspecten

De laatste jaren is er, vooral in verband met de introductie van het stelsel van fosfaatrechten, veel geprocedeerd over productierechten.²¹ Waar het gaat om bestuursrechtelijke procedures valt op dat er (heel) veel jurisprudentie is verschenen over de vaststelling van het aantal fosfaatrechten bij aanvang van het stelsel en over beroepen op de knelgevallenregeling dan wel artikel 1 EP EVRM. Per 19 juni 2019 waren er 8.638 bezwaarschriften ingediend tegen beschikkingen over de vaststelling van het aantal fosfaatrechten en was in 1.395 zaken beroep ingesteld.²² In juni 2021 ging het om 9.084 bezwaarschriften respectievelijk 2.116 zaken waarin

²⁰ Dat wil zeggen melkveehouders die hun totale mestproductie op eigen grond kwijt kunnen binnen de gebruiksnormen.

²¹ Een overzicht van jurisprudentie over fosfaatrechten in de periode 2018 – medio 2019 is in dit tijdschrift al eerder gepubliceerd door W.A.M. Vos- van der Linden e.a. onder de titel: Fosfaatrechten; een stand van zaken in de zomer van 2019, TvAR 2019, 9.

²² Voortgangsrapportage Handhaving en Uitvoering Mestbeleid 2018, Bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 33 037, nr. 358.

beroep was ingesteld.²³ In dit hoofdstuk wordt de jurisprudentie die uit deze procedures is voortgekomen geanalyseerd, waarbij zoveel mogelijk een vergelijking wordt gemaakt met de (veelal al wat oudere) jurisprudentie over vaststelling van knelgevallen bij varkens- en pluimveerechten en de toepassing van artikel 1 EP EVRM.

Besluitkarakter mededelingen bij aanvang stelsel

Een belangrijk verschil tussen de introductie van het systeem van mestproductierechten, varkensrechten en pluimveerechten enerzijds en de introductie van het systeem van fosfaatrechten anderzijds, is dat bij de mestproductie-, varkens- en pluimveerechten het aantal rechten bij aanvang rechtstreeks uit de toepasselijke wetten kon worden afgeleid. Dat betekende dat de mededelingen over de registratie van die rechten niet als besluit werden gezien.

Over de vaststelling van de referentiehoeveelheden, de voorloper van de mestproductierechten, deed het CBb hierover een richtinggevende uitspraak op 21 september 1990.²⁴ In die zaak had een varkenshouder volgens de minister een te hoog aantal (legaal) gehouden varkens doorgegeven, naar aanleiding waarvan de minister de hoeveelheid dierlijke meststoffen die op het bedrijf geproduceerd werd had aangepast.²⁵ Het CBb oordeelde dat uit de wetsgeschiedenis moest worden afgeleid dat de wetgever had gekozen voor een stelsel waarin de wet zelf de norm bevat, en de gevolgen daarvan voor hun mestproductie door de mestproducenten zelf konden worden berekend.²⁶ De registratie van de hoeveelheid geproduceerde hoeveelheid mest naar aanleiding van de opgave daarvan door een landbouwer, maar ook de aanpassing door de minister van die opgave, leverde daarom volgens het CBb geen besluit op, omdat die registratie niet op rechtsgevolg was gericht. Omdat de minister had gemeend wel een besluit te hebben genomen – er werd dus een bevoegdheid gepretendeerd – verleende het CBb niettemin rechtsbescherming aan de betrokken varkenshouder.

Bij de opvolgende introductie van het stelsel van varkensrechten had de wetgever een vergelijkbaar stelsel voor ogen waarin de omvang van het varkensrecht rechtstreeks aan de hand van de wet kon worden vastgesteld.²⁷ Niettemin was er in de literatuur enige discussie over de vraag of de mededeling van het Bureau Heffingen die de varkenshouders zouden ontvangen over de hoogte van hun geregistreerde varkensrechten een besluit zou zijn

²³ *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 3121.

²⁴ CBb 21 september 1990, *AB* 1991, 97, m.nt. R.M. van Male.

²⁵ In de volksmond destijds ook met 'referentiehoeveelheid' aangeduid.

²⁶ Rechtsoverweging 6.5.

²⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 746, nr. 3, p. 22 en p. 50–51.

waartegen bezwaar en beroep kon worden ingesteld.²⁸ In een uitspraak van 1 juni 1999 hakte het CBb ook hier de knoop door. Een mededeling van het Bureau Heffingen inzake de omvang van het varkensrecht was geen besluit.²⁹ Voor pluimveerechten werd een aantal jaren later dezelfde lijn gehanteerd.³⁰ Wat hierbij opviel is dat het CBb soms niet naliet om – expliciet ten overvloede – toch in te gaan op de naar zijn oordeel juiste registratie van de productierechten. Zo overwoog het CBb in een uitspraak van 14 december 2004 ten overvloede dat het in de rede leek te liggen dat de pluimveehouder het met zijn betoog over de uit de wet volgende hoeveelheid productierechten bij het juiste einde had.³¹

Het gevolg van deze systematiek – waarin de registratie van de productierechten geen rechtsgevolg had – was dat soms jaren later nog discussie kon ontstaan over de hoogte van de productierechten. Die discussie volgde dan in een civiele zaak over de onrechtmatige registratie,³² een strafrechtelijke zaak over (beweerdelijke) overschrijding van de hoeveelheid productierechten,³³ of bij de (wel appellabele) weigering van registratie van de overdracht van rechten die bijvoorbeeld aan de orde was als het Bureau Heffingen een lager aantal rechten had geregistreerd dan de varkens- of pluimveehouder wilde overdragen.³⁴

Aanvankelijk hanteerde het CBb bij varkensrechten ook in de situatie van knelgevallen de lijn dat geen sprake was van een besluit. Dat sloot ook uitdrukkelijk aan bij de lijn die de wetgever voorstond. Om ervoor te zorgen dat rechtstreeks uit de wet en het daarop gebaseerde Besluit hardheidsgevallen herstructurering varkenshouderij kon worden afgeleid hoeveel varkensrechten een bedrijf zou hebben, werd ervoor gekozen om tot op detailniveau in het Besluit te beschrijven in welke situatie welk knelgeval van toepassing was, wat leidde tot 20 (onderling soms beperkt verschillende) knelgevallen.³⁵ Niettemin werd deze lijn door het CBb na korte tijd verlaten. Sindsdien gold dat beslissingen over toepasselijkheid van de knelgevallenregelingen bij varkens- en pluimveerechten wel als appellabel besluit golden, en andere mededelingen over de omvang van deze productierechten niet.³⁶

²⁸ Bruil meende dat er minst genomen een discussie met kans op succes bij de rechter over kon worden gevoerd, Haije meende van niet. Vgl. D.W. Bruil, Enkele algemene aspecten van de Wet herstructurering varkenshouderij. Preadvises Vereniging voor Agrarisch Recht, *TvAR* 1998, 4 en R. Haije, Herstructureringswet: noodzakelijk en rechtmatig. Interventie jaarvergadering Vereniging voor Agrarisch Recht, *TvAR* 1998/7-8.

²⁹ CBb 1 juni 1999, ECLI:NL:CBB:1999:ZG1598, *AB* 1999, 315, m.nt. J.H. van der Veen.

³⁰ CBb 14 december 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR8840, *AB* 2005, 65, m.nt. J.H. van der Veen.

³¹ CBb 14 december 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR8840, *AB* 2005, 65, m.nt. J.H. van der Veen.

³² Vgl. HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0625.

³³ Vgl. HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7110.

³⁴ Vgl. Cbb 12 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:26.

³⁵ Zie de toelichting bij het Besluit hardheidsgevallen herstructurering varkenshouderij, Stb. 1998, nr. 368, p. 20.

³⁶ Zie hierover uitgebreid M.F.H.S. Haan, De knuppel in het hoenderhok (varkenskot); overzicht 5 jaar CBb jurisprudentie over varkens- en pluimveerechten, *TvAR* 2003, 7-8. Zie ook B. Nijman, De wijziging van de Meststoffenwet vanuit een bestuursrechtelijk perspectief; besluiten en procedures, *TvAR* 2005, 7-8.

In het wetgevingsproces waarbij de fosfaatrechten zijn ingevoerd is weinig aandacht besteed aan het besluitkarakter van de vaststelling van het aantal fosfaatrechten bij aanvang van de regeling. Hoewel dat gelet op de norm voor het vaststellen van fosfaatrechten – het aantal dieren dat op de peildatum werd gehouden – ook anders had gekund, heeft de wetgever zonder veel omhaal van woorden gekozen voor een stelsel waarbij de minister de fosfaatrechten (ambtshalve) vaststelt en daartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Landbouwers die een beroep op de knelgevallenregeling wilden doen konden dat melden, waarna de minister bij de vaststelling van het fosfaatrecht dit beroep mede in aanmerking moest nemen.³⁷ Met betrekking tot de vaststelling van fosfaatrechten heeft dus nooit discussie bestaan over het besluitkarakter daarvan.

Zoals hiervoor al opgemerkt heeft de vaststelling van fosfaatrechten geleid tot een stroom van jurisprudentie. Een deel daarvan gaat over de toepassing door de minister van de knelgevallenregeling. Melkveehouders die daarvoor niet in aanmerking kwamen hebben in groten getale een beroep gedaan op de bescherming van hun eigendomsrecht op grond van artikel 1 EP EVRM. Ook hier is een vergelijking met de varkens- en pluimveerechten interessant.

Knelgevallen

De knelgevallen waren zoals hiervoor al aan de orde kwam voor varkensrechten geregeld in het Besluit hardheidsgevallen herstructurering varkenshouderij. Voor de pluimveesector waren de knelgevallen in de wet zelf vastgelegd. Voor fosfaatrechten zijn de knelgevallen eveneens in de wet vastgelegd en gedeeltelijk (voor starters en bij realisatie van natuur dan wel publieke infrastructuur waardoor tijdelijk minder vee kon worden gehouden) in het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet.

Het eerste dat bij een vergelijking van belang is, is dat bij de vaststelling van het aantal varkens- en pluimveerechten geen *peildatum* speelde, maar een peiljaar. De varkenshouders konden zelf kiezen of het peiljaar 1995 of 1996 en in uitzonderingsgevallen 1994 zou worden gebruikt voor berekening van hun varkensrechten. Voor pluimveeouders gold naar keuze van de pluimveehouder 1995, 1996 of 1997 en in uitzonderingsgevallen 1994.³⁸ Bij vaststelling van de fosfaatrechten ging het daarentegen om het aantal dieren dat op 2 juli 2015 werd gehouden.

³⁷ Artikel 23 leden 3-6 Msw.

³⁸ Artikel 58g Wet van 7 december 2000 tot wijziging van de Meststoffenwet in verband met de invoering van een stelsel van pluimveerechten, Stb 2000, 538.

Voor zowel varkens-, pluimvee- als melkveehouders is voorzien in een regeling voor bedrijfsovername.³⁹ Een uitzondering voor bedrijfsovername ligt voor de hand, aangezien het aantal dieren c.q. de geproduceerde hoeveelheid mest in die situatie als uitgangspunt niet toeneemt. Immers, de ene veehouder neemt tussen het peilmoment en de inwerkingtreding van de wet dieren over van de andere veehouder. Zonder regeling zou de markt voor mestproductierechten (achteraf) op slot worden gezet tussen het achteraf gekozen peilmoment en de invoering van de wet. Hier werd dus geen verschil gemaakt tussen de verschillende categorieën dieren. Dat ligt op zich ook voor de hand, aangezien bij overname in feite geen sprake is van toename van het aantal dieren c.q. de hoeveelheid mest.

Bij zowel de varkens- als bij de fosfaatrechten is verder een regeling getroffen voor de situatie waarin in de peiljaren dan wel op het peilmoment een niet-representatief aantal dieren werd gehouden. Bij varkens werd daarvan uitgegaan indien zowel peiljaar 1995 als peiljaar 1996 een latente ruimte van ten minste 11% aanwezig was. Waardoor dat precies kwam was niet relevant. Bij de vaststelling van het aantal fosfaatrechten was de wetgever aanmerkelijk terughoudender. In de eerste plaats wordt bij uitscharing op de peildatum het aantal fosfaatrechten verhoogd.⁴⁰ Daarvoor was dan wel instemming nodig van de landbouwer die het vee had ingeschaard. In de tweede plaats kon een landbouwer aantonen dat het op het bedrijf rustende fosfaatrecht minimaal vijf procent lager zou zijn door bouwwerkzaamheden, diergezondheidsproblemen, ziekte, ziekte of overlijden van een persoon van het samenwerkingsverband van de landbouwer of een bloed- of aanverwant in de eerste graad, of vernieling van de melkveestallen.⁴¹ In de jurisprudentie is strikt met deze uitzondering omgegaan. De uitzondering wordt bijvoorbeeld zo uitgelegd dat misgelopen groei door de bijzondere omstandigheden niet wordt gecompenseerd. Om een beroep te kunnen doen op de uitzondering moest worden aangetoond dat op het moment van het intreden van de bijzondere omstandigheid een groter aantal dieren werd gehouden dan op de peildatum.⁴²

Bij pluimvee gold op dit punt geen knelgeval. Dat werd niet nodig bevonden doordat het aantal peiljaren waaruit pluimveehouders konden kiezen ruim was.⁴³

Uit het voorgaande blijkt dat hoewel de kans dat er tijdelijk minder dieren zijn op een specifieke datum, zoals 2 juli 2015 voor de melkveehouders, groter is dan dat er in hele

³⁹ Artikel 9 en 10 Wet herstructurering varkenshouderijen, respectievelijk artikel 58i en 58j Msw (oud), respectievelijk artikel 23 lid 4 Msw.

⁴⁰ Artikel 23 lid 5 Msw.

⁴¹ Artikel 23 lid 6 Msw.

⁴² Zie bijvoorbeeld CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:4, 11 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:232 en 21 juli 2020, ECLI:NL:CBB:2020:479.

⁴³ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 473, nr. 3, p. 14-15.

peiljaren minder dieren zijn dan representatief moet worden geacht, de uitzondering voor melkveehouders aanmerkelijk stringenter was dan voor varkenshouders.

Dat geldt ook voor hoe er is omgegaan met de uitbreidingsplannen van varkens- en pluimveeouders respectievelijk melkveeouders. Bij de invoering van de varkens- en pluimveerechten is voorzien in specifieke knelgevallen voor de situatie dat vóór aankondiging van het stelsel al milieuvergunningen waren aangevraagd of verleend, of in voorkomende gevallen een melding was gedaan. Ook is een regeling getroffen voor situaties waarin sprake was van omschakeling van een bedrijf naar varkens, of naar een meer grondgebonden bedrijf. In die situaties waren er volgens de regering onomkeerbare investeringen gedaan waarmee rekening moest worden gehouden.⁴⁴ Bij de invoering van het fosfaatrechtensysteem is bewust afgezien van een vergelijkbare knelgevallenregeling in de wet.⁴⁵ Bij amendement is nog wel een regeling getroffen waarin mogelijk werd gemaakt dat bij algemene maatregel van bestuur in knelgevallen werd voorzien, maar daarvan is alleen gebruik gemaakt voor starters en bedrijven in een buitengewone situatie vanwege realisatie van een natuurgebied, of de aanleg of het onderhoud van publieke infrastructuur.⁴⁶

De reden voor de stringente invoering van het stelsel van fosfaatrechten was gelegen in het belang van het behouden van de derogatie. Als de mestproductie onvoldoende zou worden beperkt kon niet meer worden voldaan aan de voorwaarden die de Europese Commissie stelde. Ruimhartigere uitzonderingen voor knelgevallen zouden ertoe leiden dat de generieke afroming hoger zou moeten worden. De fosfaatrechten voor de knelgevallen zouden dus moeten worden 'opgebracht' door de landbouwers wier situatie niet als knelgeval werd gekwalificeerd.

Artikel 1 EP EVRM

Veel melkveeouders konden zich niet vinden in (überhaupt) de invoering van het stelsel van fosfaatrechten en het beperkte systeem van knelgevallen. Net als de varkenshouders hadden gedaan bij invoering van de varkensrechten deden de melkveeouders daarbij een beroep op bescherming van hun eigendom op grond van artikel 1 EP EVRM. Met betrekking tot de varkenshouders had de Hoge Raad in 2001 overwogen dat de Wet herstructurering varkenshouderij, met daarin als belangrijkste onderdelen het vervallen van latente rechten en

⁴⁴ Onder een aantal voorwaarden die te ver voeren om hier te bespreken.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 532, nr. 3, p. 20.

⁴⁶ Artikel 23 lid 9 Msw jo. artikelen 72 en 72a Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet.

een (eerste) generieke korting van 10%, niet op regelgevingsniveau in strijd was met artikel 1 EP EVRM.⁴⁷

De Hoge Raad oordeelde dat met de generieke korting of het vervallen van de latente rechten geen sprake was van *ontneming* van eigendom, maar slechts van *regulering* daarvan. Dat is relevant omdat op grond van artikel 1 EP EVRM ontneming van eigendom als uitgangspunt alleen aan de orde kan zijn tegen schadeloosstelling. Volgens de Hoge Raad was, ondanks het feit dat de mestproductierechten (die kwamen te vervallen) en de varkensrechten (waarop werd gekort) in zekere mate verhandelbaar waren, sprake van aan de bedrijfsvoering opgelegde beperkingen en niet van de ontneming van eigendom. De vraag of sprake was van onteigening moest volgens de Hoge Raad op het niveau van het bedrijf worden beoordeeld en niet op het niveau van de gekorte rechten.

Bij de regulering van eigendom was volgens de Hoge Raad sprake van een *fair balance* tussen het algemeen belang en de belangen van de varkenshouders. Daartoe achtte de Hoge Raad van belang:⁴⁸

- dat de met de wet gemoeide doelstellingen zwaarwegend zijn;
- dat het in beginsel aan de wetgever is om te beoordelen welke maatregelen ter bereiking van dergelijke doelstellingen noodzakelijk en aanvaardbaar zijn en dat niet gezegd kan worden dat de wetgever met de bestreden maatregelen is getreden buiten de hem ter zake toekomende '*wide margin of appreciation*';
- dat het in beginsel niet ongerechtvaardigd is om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van de bedrijven die die schade veroorzaken;
- dat de mestproductierechten en de varkensrechten in eerste instantie krachtens de wet aan de varkenshouders zijn toegekend op basis van berekeningen uitgaande van de bestaande omvang van hun bedrijf en in zoverre door de varkenshouders om niet zijn verworven;
- dat de Wet herstructurering varkenshouderij de mogelijkheid biedt om bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde groepen van gevallen regels te stellen omtrent een afwijkende bepaling van de hoogte van deze rechten, en hieraan uitvoering is gegeven door middel van het Besluit hardheidsgevallen.

Wel kon volgens de Hoge Raad in individuele gevallen sprake zijn van een '*individual and excessive burden*' en daarmee sprake van strijd met artikel 1 EP EVRM. Verder liet de Hoge

⁴⁷ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, AB 2002/25 m.nt. P.J.J. van Buuren.

⁴⁸ Rechtsoverweging 7.2.

Raad het oordeel van het gerechtshof in stand, dat de in de wet voorziene tweede generieke korting van 15% in strijd was met het evenredigheidsbeginsel, omdat de noodzaak daarvan niet bij voorbaat vaststond.

Het verwijzingshof oordeelde met betrekking tot de individuele en buitensporige last dat in elk geval in een van de aan hem voorgelegde gevallen daarvan sprake was. Het ging om een varkenshouder die in 1993 een investering had gedaan van f 60.000,- en die door ziekte in de referentiejaar veel minder varkens had gehouden dan voor zijn ziekte het geval was. Hij zou door invoering van de varkensrechten 34% latente ruimte verliezen.⁴⁹ In veel andere gevallen oordeelde de rechter dat geen sprake was van een individuele en buitensporige last:

- De enkele omstandigheid dat de mestproductierechten die door de invoering van de Whv zijn komen te vervallen, tegen betaling zijn verworven, betekent niet zonder meer dat er sprake is van een individuele en buitensporige last.⁵⁰
- Dat voorafgaand aan de invoering van de Whv een bedrijf is aangekocht waarop andere diersoorten dan varkens werden gehouden met de bedoeling dat bedrijf te gaan benutten voor het houden van varkens maakt op zichzelf gezien niet dat er sprake is van een individuele en buitensporige last.⁵¹
- Dat de verpachting van varkensstallen na de invoering van de Whv bemoeilijkt is, brengt niet met zich dat er om die reden sprake is van regulering van eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM.⁵²
- Er is geen sprake van regulering of ontneming van eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM indien de varkenshouder met stallen in aanbouw op de in de Whv gehanteerde peildatum van 10 juli 1997 niet over mestproductierechten beschikte.⁵³

Uit dit overzicht blijkt dat voor de varkenshouders zeer terughoudend is omgegaan met het honoreren van een beroep op artikel 1 EP EVRM. Zoals we hierna zullen zien trof de melkveehouders een vergelijkbaar lot.

Gelet op de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad verbaast het allereerst niet dat de melkveehouders die zich naar aanleiding van de vaststelling van hun fosfaatrecht tot het CBb wendden met het betoog dat de invoering van het fosfaatrechtstelsel op regelniveau in strijd was met artikel 1 EP EVRM daar grotendeels bot vingen.

⁴⁹ Gerechtshof Arnhem 3 juli 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9966, r.o. 2.11.

⁵⁰ Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BI2538, r.o. 4.2.

⁵¹ Rechtbank 's-Gravenhage 9 juli 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BI2539, r.o. 4.7.

⁵² Rechtbank 's-Gravenhage 4 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2529, r.o. 4.3.

⁵³ Gerechtshof 's-Gravenhage 21 december 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ5772, r.o. 6.2.

Het CbB was van oordeel dat – net als bij de varkenshouders – geen sprake was van eigendomsontneming omdat er geen sprake van was dat de appellanten als gevolg van de invoering van het stelsel van fosfaatrechten worden belemmerd in de vervreemding van de door hen gebouwde of aangekochte bedrijfsopstallen en andere bedrijfsmiddelen.⁵⁴

Verder oordeelde het CbB dat, gegeven de aan de wet ten grondslag liggende doelen, waaronder het behoud van de derogatie voor Nederland, de wetgever redelijkerwijs heeft kunnen oordelen dat het stelsel van fosfaatrechten, waarmee de productie van fosfaat wordt beperkt, en de generieke korting voor niet-grondgebonden bedrijven, het algemeen belang dienden en dat het fosfaatrechtenstelsel op regelniveau niet onevenredig was. Hierbij betrok het CbB onder andere de voorzienbaarheid van de (noodzaak tot) maatregelen.⁵⁵ In latere rechtspraak is deze lijn verder toegelicht.⁵⁶

Echter, het CbB oordeelde ook dat de gevolgen van het stelsel voor individuele ondernemers niet per se categoriaal op grond van ondernemersrisico voor rekening van bedrijven konden komen. Daarbij onderkent het CbB dat er grote verschillen kunnen zijn tussen melkveehouders. Melkveehouders die op 2 juli 2015 de volledige ruimte die zij in hun stallen en op grond van hun vergunning beschikbaar hadden, vol hadden staan en die geen uitbreidingsplannen hebben, hebben met de toekenning van fosfaatrechten om niet een aanzienlijk vermogensbestanddeel toebedeeld gekregen. Voor anderen kan de invoering van fosfaatrechten juist erg knellen omdat op 2 juli 2015 weinig melkvee werd gehouden. Ook hier moest een beoordeling op individuele basis uitkomst bieden. Vooral het ontbreken van een wettelijk geregeld knelgeval voor “uitbreiders” die stelden dat zij voor 2 juli 2015 al investeringen hadden gedaan leidde tot jurisprudentie hierover.

Het CbB hanteert in deze jurisprudentie een zeer terughoudende lijn. Het doen van onomkeerbare investeringen voor de peildatum is niet voldoende om een succesvol beroep te doen op artikel 1 EP EVRM. Vooral grote uitbreiders kregen nul op het rekest. In een uitspraak van 9 januari 2019 was een zaak aan de orde waarbij een appellant op 9 april 2015 een ligboxenstal, jongveestal, een mestbassin, krachtvoersilo's, erf, tuin en landbouwgrond had gekocht.⁵⁷ Het aankoopbedrag was € 1.865.000. Daarnaast had appellant geïnvesteerd in grond voor € 6.373.170. De investeringen waren gericht op het houden van 385 melkkoeien en 273 stuks jongvee. Na verkrijging van het bedrijf zijn werkzaamheden verricht aan de stallen, welke werkzaamheden in november 2015 zijn afgerond. Op 30 november 2015 is gestart met

⁵⁴ CbB 17 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:522.

⁵⁵ CbB 17 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:522.

⁵⁶ CbB 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291.

⁵⁷ CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:1. In deze zin ook CbB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:3.

melken. Op de peildatum van 2 juli 2015 werd nog geen melkvee of jongvee gehouden. Deze appellant had gelet op deze feiten geen fosfaatrecht verkregen. Het CBb oordeelde:

Het College is echter van oordeel dat in dit geval (...) de financiële gevolgen van de invoer van het fosfaatrechtenstelsel op grond van ondernemersrisico voor appellanten moeten blijven. (...) [V]oor appellanten [geldt] dat voor hen duidelijk kon zijn dat na afschaffing van de melkquota mogelijk toch nog andere maatregelen, waaronder productiebeperkende maatregelen, zouden volgen. Ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tot aankoop van het melkveebedrijf, in april 2015, was daarbij genoegzaam bekend dat in 2014 de melkveeestapel fors was toegenomen en het, sectorale, fosfaatplafond nagenoeg was bereikt, terwijl de melkveestapel in 2015 verder groeide. Van een professionele ondernemer mag verwacht worden dat deze zich op de hoogte stelt van deze, onder meer door het Centraal Bureau voor de Statistiek gepubliceerde, gegevens. Appellanten konden dan ook in redelijkheid niet verwachten dat er geen nadere productiebeperkende en mogelijk kostbare maatregelen zouden worden ingevoerd. Desondanks zijn appellanten zeer grote investeringen aangegaan voor een zeer omvangrijk melkveebedrijf. De hoge lasten en het feit dat aan het bedrijf geen fosfaatrecht is toegekend maken het aannemelijk dat appellanten in een zeer moeilijke situatie zullen komen te verkeren en wellicht enkel de mogelijkheid rest om, delen van, het bedrijf en de bijbehorende grond te verkopen, met mogelijk verlies, maar in deze omstandigheden ziet het College geen aanleiding te oordelen dat van een individuele onevenredige last sprake is. Van overige bijzondere omstandigheden om reden waarvan de situatie van appellanten strijd oplevert met artikel 1 van het EP is het College niet gebleken.

Ook een landbouwer die een deel van de groei waarin hij had geïnvesteerd al had kunnen realiseren ving om die reden bot.⁵⁸ De schaarse gevallen waarin een beroep op artikel 1 EP EVRM zijn gehonoreerd betroffen veelal zaken waarin kon worden aangetoond dat (beperkte) uitbreiding van het bedrijf noodzakelijk was voor de continuïteit van het bedrijf vanwege economische en/of persoonlijke omstandigheden.⁵⁹

Uit het voorgaande blijkt dat bij de invoering van het fosfaatrechtenstelsel aanmerkelijk minder ruimte is geboden voor kneelgevallen dan daarvoor bij varkens- en pluimveehouders was gebeurd. Zoals al aan de orde kwam heeft dat te maken met de urgentie die bij de invoering van het fosfaatrechtenstelsel aan de orde was met betrekking tot het behoud van de

⁵⁸ CBb 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:2.

⁵⁹ Vgl. CBB 9 januari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:5; CBB 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:301; CBB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:361.

derogatie. Uit de jurisprudentie blijkt dat deze keuze van de wetgever door de (bestuurs)rechter grotendeels is gesauveerd. Alleen in strikte uitzonderingsgevallen kan een melkveehouder met succes een beroep doen op een buitenwettelijk knelgeval, via de band van de eigendomsbescherming van artikel 1 EP EVRM.

Herziening van besluitvorming

Een ander vanuit het perspectief van het bestuursrecht interessant aspect is de herziening van eenmaal genomen besluiten. Gelet op de jurisprudentie over het besluitkarakter van de mededelingen bij aanvang van de stelsels van productierechten doet dit zich vooral voor bij fosfaatrechten. Met betrekking tot de eerste registratie van de varkens- en pluimveerechten is er immers geen besluit dat kan worden herzien. De reactie op een verzoek om herziening is bij varkens- en pluimveerechten evenmin een besluit.⁶⁰

Bij de fosfaatrechten doen zich twee categorieën van gevallen voor. In de eerste plaats zijn er de (ambtshalve) herzieningen ten nadele van de melkveehouders. In de tweede plaats zijn er verzoeken om herziening van melkveehouders.

Een interessante uitspraak over een ambtshalve herziening werd door het CBb gewezen op 16 april 2019.⁶¹ Onderwerp van het geschil was onduidelijkheid over de definitie van het begrip melkvee, en dan met name de positie van het (jong)vleesvee binnen het fosfaatrechtenstelsel. Om deze onduidelijkheid weg te nemen, heeft de minister de beleidsregel fosfaatrechten jongvee vastgesteld, waarin werd bepaald dat onder 'jongvee ouder dan 1 jaar' werd verstaan vrouwelijk jongvee voor de melkveehouderij en jongvee van 1 jaar en ouder dat bestemd is om zoogkoe te worden. Bij de toekenning van fosfaatrechten was echter in een aantal gevallen ook jongvee meegeteld dat alleen werd gehouden voor de vleesproductie. Het CBb oordeelde dat de wet, ook gelet op de wetsgeschiedenis, helemaal niet onduidelijk was. Verschillende keren was in het wetgevingsproces aan de orde geweest dat ook fosfaatrechten zouden worden toegekend aan jongvee dat uiteindelijk als vleesvee zou worden opgefokt.

Een aantal maanden later stond de vraag centraal of de minister überhaupt wel bevoegd is tot het herzien van een toekenningsbeschikking.⁶² Aan de orde was een zaak waarin de minister naar eigen zeggen een fout had gemaakt door bij de toekenning uit te gaan van de knelgevallenregeling voor startende bedrijven. Volgens de minister was hij verplicht de te hoge toekenning ongedaan te maken omdat met die toekenning sprake zou zijn van staatssteun.

⁶⁰ CBb 23 november 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1010.

⁶¹ CBb 16 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:141.

⁶² CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:301.

De appellant stelde zich op het standpunt dat helemaal geen bevoegdheid bestond om te toekenningsbeschikking aan te passen, nu de grondslag daarvoor in de Msw ontbreekt.

Het CBb sluit in de uitspraak aan bij de leer van de inherente besluitvormingsbevoegdheid. Die leer gaat ervan uit dat het bestuursorgaan dat de bevoegdheid heeft een besluit te nemen, ook de bevoegdheid heeft het besluit te wijzigen of in te trekken.⁶³ Hierbij geldt volgens het CBb dat de grenzen van wat daarbij rechtens aanvaardbaar is onder meer worden bepaald door het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel strekt echter niet zo ver dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden nagekomen. Er kunnen belangen zijn, waaronder het algemeen belang en belangen van derden, die zwaarder wegen dan de belangen van degene jegens wie de verwachtingen zijn gewekt, bij het honoreren van het gerechtvaardigd vertrouwen. Ook kunnen gewijzigde omstandigheden rechtvaardigen dat een bestuursorgaan zich niet langer aan een toezegging houdt. In dit verband komt soms ook betekenis toe aan de vraag of de toezegging voor de belanghebbende al dan niet gedragsbepalend is geweest en of hierdoor een onherstelbare situatie is ontstaan.⁶⁴ Het behoort tot de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan leiden tot aanspraken op financiële voordelen in strijd met geldende Europese regelgeving. Het Hof aanvaardt dus geen contra-legalisering van het vertrouwensbeginsel naar Europees recht.

In het geval dat voorlag bij het CBb zouden de gevolgen voor de appellant ernstig kunnen zijn. Doordat hij in overeenstemming met het toegekende fosfaatrecht zijn bedrijf had ingericht, zou er bij intrekking (met terugwerkende kracht) sprake zijn van een economisch delict door appellant. Omdat de minister onvoldoende had onderbouwd dat de verhoging van het fosfaatrecht van de appellant niet onder de instemming door de Europese Commissie met het fosfaatrechtstelsel viel, en de restrictieve benadering van het Hof van Justitie dus niet zonder meer van toepassing was, vernietigde het CBb de ambtshalve vermindering van de fosfaatrechten.

In een andere uitspraak die betrekking had op een herziening op verzoek van een belanghebbende past het CBb analoog het stelsel van artikel 4:6 Awb toe. Dat artikel bepaalt dat als na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag wordt gedaan, de aanvrager gehouden is nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te

⁶³ Het CBb verwijst naar de conclusie van A-G Van Ballegooijen, waarin tevens een overzicht van de rechtspraak zoals deze zich hierover (van afwijzend naar aanvaardend) heeft ontwikkeld: ECLI:NL:PHR:2012:BR4790. Zie meer recent en met verdere verwijzingen: J.E. van den Brink & R. Ortlep, Europese wet bestuursrecht: inspiratie voor intrekkingregeling besluiten in de Awb?, *NTB* 2019/39.

⁶⁴ Vgl. voor het omgevingsrecht de standaarduitspraak ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, waarbij het honoreren van de gewekte verwachtingen in beeld komt bij stap 3 in het door de Afdeling toegepaste stappenplan.

vermelden, tenzij sprake is van een evidente onredelijkheid. Omdat sprake is van een ambtshalve beslissing is sprake van analoge toepassing indien wordt verzocht om herziening van het primaire besluit.⁶⁵ Bij een verzoek om herziening van de beslissing op bezwaar is 4:6 Awb rechtstreeks van toepassing.⁶⁶

Hierbij geldt dat het enkele feit dat duidelijk is dat een fout is gemaakt, nog geen nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid is en dat dat evenmin maakt dat sprake is van een evidente onredelijkheid. In een zaak waarin ten onrechte twee op de peildatum afgevoerde dieren niet waren meegeteld overwoog het CBb:⁶⁷

Wat betreft de vraag of er sprake is van een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid, verwijst appellant naar de uitspraak van het College van 17 oktober 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:523). Het College merkt hierover op dat rechterlijke uitspraken – en hiermee dus ook de uitspraak van het College van 17 oktober 2018 – in de regel geen nieuw feit of veranderde omstandigheid opleveren. De twee afgevoerde dieren die volgens appellant alsnog meegeteld moeten worden, zijn ook geen nieuw feit of veranderde omstandigheid. Dat er dieren op de peildatum waren afgevoerd, was al langer bekend. Appellant had deze kwestie daarom eerder in een procedure aan de orde kunnen en moeten stellen (ten eerste door tijdig bezwaar in te stellen tegen het primaire besluit en ten tweede door beroep in te stellen tegen het besluit van 4 december 2018. (...)) Wat betreft de vraag of er sprake is van een evidente onredelijkheid, heeft appellant ter zitting aangegeven dat hij zich onredelijk behandeld voelt door verweerder. Dat geldt niet alleen voor de onderliggende zaak, maar ook voor zaken die in het verleden hebben gespeeld. Dit zijn, hoe vervelend ook, geen redenen om het belang van de rechtszekerheid te doorbreken en het besluit alsnog te herzien.

De hiervoor aangehaalde uitspraak over de beleidsregel fosfaatrechten jongvee leidt volgens het CBb wel tot een veranderde omstandigheid.⁶⁸ Het CBb stelt eerst vast dat de minister de beleidsregel naar aanleiding van de rechtspraak van het CBb niet heeft ingetrokken. Vervolgens overweegt het CBb het van belang te vinden om expliciet uit te spreken dat uit de aangehaalde uitspraken volgt dat aan artikel 3 van de beleidsregel vanwege de strijdigheid met de wet geen rechtsgeldigheid toekomt. Daaruit volgt volgens het CBb dat sprake is van een wijziging van het recht. Het CBb stelt het (door zichzelf) onverbindend verklaren van een

⁶⁵ CBb 6 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:707.

⁶⁶ Een beslissing op bezwaar is immers een besluit op aanvraag. Vgl. CBb 12 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:418.

⁶⁷ CBb 9 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:246. In deze zin ook CBb 1 februari 2022, ECLI:NL:CBB:2022:49.

⁶⁸ CBb 6 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:707.

beleidsregel die niet is ingetrokken gelijk aan een wijziging van het recht, hoewel die beleidsregel kennelijk al van meet af aan onverbindend (en dus geen recht) was. Aangezien deze wijziging van invloed is op de vaststelling van het fosfaatrecht van appellante, is de wijziging daarmee volgens het CbB ook relevant voor de beoordeling van het verzoek en is sprake van een gewijzigde omstandigheid. Deze redenering komt op mij nogal gekunsteld over. In feite komt het er in deze redenering toch op neer dat uitsluitend in de rechtspraak van het CbB over de beleidsregel een gewijzigde omstandigheid wordt gezien, terwijl dat niet geldt voor andere jurisprudentie, zoals het CbB in de hiervoor geciteerde uitspraak zelf ook aanhaalt. Dat jurisprudentie niet geldt als gewijzigde omstandigheid is overigens ook vaste rechtspraak van de andere hoogste bestuursrechters.⁶⁹ Dat een bepaalde (vaste) handelswijze van de minister is vastgelegd in een schriftelijke beleidsregel en niet (slechts) sprake is van een bestendige gedragslijn vind ik een bepaald magere onderbouwing om in het ene geval wel een gewijzigde omstandigheid aan te nemen en in het andere niet. Wat daarvan zij, het CbB stelde in deze zaak ambtshalve zelf de juiste hoeveelheid fosfaatrechten vast.

V. Gevolgen afschaffen derogatie

In het najaar van 2022 heeft de Europese Commissie een beschikking genomen waarin staat dat de derogatie die Nederland vanaf 2006 had wordt afgebouwd, waarbij in de tussenliggende periode waarin nog gedeeltelijke derogatie geldt strenge voorwaarden gelden.⁷⁰ Op grond daarvan kunnen Nederlandse boeren – als de derogatie helemaal is afgebouwd – geen ontheffing meer krijgen van de gebruiksnorm die op grond van de Nitraatrichtlijn in artikel 9 Msw is opgenomen. De derogatie wordt afgebouwd van 230 respectievelijk 250 kilogram stikstof uit dierlijke mest per hectare landbouwgrond in 2022, naar 170 kilogram in 2026.⁷¹ De reden die daarvoor in de derogatiebeschikking is genoemd is dat Nederland er onvoldoende in zou slagen om de nitraatconcentraties in grondwater te verlagen. De vraag is welke gevolgen dit heeft voor het (functioneren van) het stelsel van productierechten.⁷²

Productierechten als zodanig zorgen niet voor meer nitraat in het grondwater. De productierechten reguleren immers de “aanbodkant” van mest. De derogatie heeft juist betrekking op de afzet van mest. De derogatie raakt dus niet direct de productierechten. Indirect is er echter een belangrijk verband. Zoals bij de invoering van het stelsel van

⁶⁹ Vgl. ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1503.

⁷⁰ Uitvoeringsbesluit (EU) 2022/2069 van de Commissie van 30 september 2022, PbEU L 277.

⁷¹ In de huidige derogatie wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende gebieden, waarvoor dus respectievelijk 230 of 250 kilogram per hectare gold in 2022.

⁷² Over de gevolgen voor het milieu zijn de verwachtingen sceptisch. Zie: STOWA, De invloed van de aangescherpte Mestwetgeving op de kwaliteit van Grond- en oppervlaktewater, Een evaluatie van het effect van het afschaffen van de derogatie op de waterkwaliteit, in te zien via <https://edepot.wur.nl/632054>.

varkensrechten al werd onderkend, heeft een stelsel van productierechten vooral toegevoegde waarde indien daarmee een evenwicht kan worden gecreëerd tussen enerzijds het aanbod van mest en anderzijds de ruimte die beschikbaar is voor de benutting ervan. Door het afschaffen van de derogatie worden de mogelijkheden voor bemesting van grond aanzienlijk verminderd, waardoor het evenwicht tussen het aanbod van mest en de afzetruimte verder uit beeld raakt. Dat maakt dat andere verwerkingssporen belangrijker worden, waardoor in elk geval meer kosten moeten worden gemaakt door landbouwers. Als alternatieve afzetkanalen onvoldoende beschikbaar zijn, verliezen de productierechten in hun huidige aantallen hun functie van het begrenzen van de veestapel. Immers, de hoeveelheid vee wordt dan beperkt doordat landbouwers hun mest niet (legaal) kwijt kunnen. Tegelijkertijd stijgt daardoor de 'fraudedruk', die juist aanleiding was voor het invoeren van productierechten. Bijkomend effect hiervan kan zijn dat de waarde van productierechten zal dalen.

Het verlies van de derogatie ondergraaft mijns inziens dan ook de goede werking van het huidige stelsel van productierechten. Dit is extra zuur voor de melkveehouders die hard werden getroffen door invoering van het fosfaatrechtenstelsel, wat nota bene plaatsvond om de derogatie te kunnen behouden.

Het opnieuw in evenwicht brengen van aanbod en afzetmogelijkheden voor mest zou in theorie kunnen worden vormgegeven door een (aanzienlijke) generieke korting door te voeren in de productierechten. De Msw biedt daarvoor op zich de ruimte in artikel 33Ab. Daarvoor is dan wel nodig dat het landelijke productieplafond dat in de wet staat naar beneden wordt bijgesteld. Het is echter sterk de vraag of deze generieke korting kan worden doorgevoerd zonder de betrokken veehouders compensatie aan te bieden.

De afgelopen jaren zijn er veel landbouwers – vooral melkveehouders – geweest die – al dan niet gedwongen door stringente invoering van het stelsel – fors hebben geïnvesteerd in de aankoop van productierechten. In elk geval vertegenwoordigen de rechten ook een aanzienlijke waarde. Dat is een relevant verschil ten opzichte van de situatie waarin rechten om niet werden toegekend maar tegelijkertijd een korting werd toegepast op het aantal dieren dat mocht worden gehouden, zoals bij invoering van de varkensrechten. Weliswaar is in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank Den Haag⁷³ geoordeeld dat het enkele feit dat de – bij invoering van de varkensrechten vervallen – mestproductierechten tegen betaling zijn verworven niet maakt dat sprake is van een individuele en buitensporige last als bedoeld in artikel 1 EP EVRM, maar daar ging het om latente rechten en was bovendien in een

⁷³ Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BI2538, r.o. 4.2.

hardheidsclausule voorzien. Bovendien zijn de melkveehouders de latente ruimte die zij in hun vergunning en stallen hadden bij de relatief recente invoering van het fosfaatrechtenstelsel al kwijtgeraakt omdat voor die latente ruimte geen fosfaatrechten werden toegekend.

Het is niet ondenkbaar dat het op aanzienlijke schaal korten van productierechten bedrijven in de problemen brengt of, vanwege de impact daarvan op de bedrijfsvoering, op zichzelf een ontneming van eigendom vormt. Immers, er is – anders dan toen de Hoge Raad oordeelde over varkensrechten – in elk geval bij fosfaatrechten geen sprake van dat deze *in zekere mate* verhandelbaar zijn. De enige beperking is dat er een afroaming van toepassing is.

Als van ontneming van eigendom geen sprake is, rijst de vraag of nu (wel) sprake zal zijn van een individuele en buitensporige last bij korting op de productierechten. Afgezet tegen de door de Hoge Raad geformuleerde criteria zal naar mijn mening – vooral bij het korten van fosfaatrechten vanwege het vervallen van de derogatie – in veel meer gevallen sprake zijn van een individuele en buitensporige last.

In de eerste plaats gaat het (doorslaggevende) argument om de fosfaatrechten met een korting in te voeren, het behoud van derogatie, niet meer op. Eigenlijk blijft alleen het argument over van het beperken van fraudedruk. In de tweede plaats zal een beperkte korting op de uitgegeven rechten vermoedelijk weinig opleveren. Door het verlies van de derogatie mag afhankelijk van het gebied 32 respectievelijk 26 procent minder stikstof worden uitgereden. Het navenant naar beneden brengen van de mestproductie zou een zeer aanzienlijke impact hebben.⁷⁴ In de derde plaats zal het vaker gaan om in gebruik zijnde productierechten en minder om ongebruikte latente ruimte in productierechten. Gelet hierop ligt een generieke korting op productierechten om de mestproductie verder naar beneden te brengen zonder compensatie wat mij betreft niet voor de hand. Tegelijkertijd leert de geschiedenis dat beperking van de mestproductie een belangrijk beleidsinstrument is vanaf het begin van het Nederlandse mestbeleid.

Het is bepaald niet uit te sluiten dat na de langdurige strijd over de invoering van de productierechten geen sprake zal zijn van een rustig bezit.

⁷⁴ Zoals hiervoor aangehaald vond het Hof Arnhem het vervallen van 34% latente ruimte een individuele en buitensporige last; Gerechtshof Arnhem 3 juli 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9966.