

## Stront aan de knikker?

### Het fosfaatrechtenstelsel in het licht van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM

M en R 2017/61



#### 1. Inleiding

De ontwikkelingen rondom de invoering van het fosfaatrechtenstelsel hebben recentelijk op veel belangstelling kunnen rekenen in de media en in de Tweede Kamer. Met het fosfaatrechtenstelsel zijn verschillende, soms conflicterende belangen, gemoeid. Deze belangen betreffen met name milieubelangen en belangen van de landbouwsector. Zo hebben regering en melkveehouders enerzijds belang bij het behoud van een door de Europese Commissie toegestane derogatie van de verplichtingen op grond van de Nitraatrichtlijn waardoor meer mest op het land kan worden gebracht dan in beginsel is toegestaan. Anderzijds worden melkveehouders geconfronteerd met een productie beperkend stelsel, waar sinds de afschaffing van het melkquotum op 1 april 2015 voor hen geen productie beperkend stelsel meer gold op grond van de Integrale-GMO-verordening.<sup>2</sup> Het fosfaatrechtenstelsel is overigens één van de maatregelen om de fosfaatproductie te reduceren. Andere maatregelen zijn opgenomen in het 'maatregelenpakket fosfaatreductie 2017'. Dit maatregelenpakket bestaat uit drie maatregelen, te weten maatregelen in het voerspoor van de melkveehouderij, fosfaatreductie door zuivelondernemingen (het stapsgewijs verkleinen van de melkveestapel) en reductie van de melkveestapel (subsidierегeling voor stop-

pende bedrijven).<sup>3</sup> In dit artikel blijft dit maatregelenpakket verder inhoudelijk buiten beschouwing.<sup>4</sup>

In de juridische literatuur is de totstandkoming van het fosfaatrechtenstelsel niet onopgemerkt voorbij gegaan.<sup>5</sup> Er is reeds aandacht besteed aan de verhouding tussen pacht en fosfaatrechten, de Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor de invoering van een stelsel van fosfaatrechten en de instrumenten waar het stelsel van fosfaatrechten in zal voorzien dit betreft onder meer staatssteun, de Nitraatrichtlijn en de Kaderrichtlijn Water. De Staatssecretaris voor Economische Zaken verwacht niet dat voor het najaar van 2017 duidelijkheid zal worden verkregen of vanaf 2018 opnieuw gebruik kan worden gemaakt van een vernieuwde derogatie. Het Koninklijk Besluit waarmee het stelsel van fosfaatrechten voor de melkveehouderij in werking zal treden, wordt voorgelegd aan beide Kamers op het moment dat het aannemelijk is dat de Europese Commissie derogatie verleent voor de periode 2018-2021.<sup>6</sup>

#### 2. Plan van behandeling

De introductie van een nieuwe (her)verdelingsystematiek voor fosfaatproductie roept diverse juridische vragen op. Met een fosfaatrechtenstelsel worden er immers veranderingen aangebracht in de regulering en (her)verdeling van de rechten om fosfaat te produceren. De meer fundamentele vraag die hieraan ten grondslag ligt, is binnen welke juridische randvoorwaarden een dergelijk (her)verdelingsstelsel kan worden vormgegeven. Een voorbeeld van een dergelijke randvoorwaarde is de bescherming van het eigendomsrecht. Een (her)verdeling van gebruiksrechten zal veelal schade met zich brengen, ook al is die (her)verdeling noodzakelijk in het publieke belang, in dit geval het milieubelang en aanverwante maatschappelijke belangen. Hoe omgegaan wordt met een (her)verdeling door regulering of ontnemen van deze gebruiksrechten raakt het leerstuk van

1 Auteurs zijn allen als promovendus, respectievelijk universitair hoofd-docent, respectievelijk universitair docent, respectievelijk hoogleraar verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. J. Kevelam is tevens verbonden aan Soppe Gundelach Witbreuk advocaten. Dit artikel komt voort uit een onderzoek dat is verricht in opdracht van het Planbureau voor de Leefomgeving (zie J. Kevelam, F.A.G. Groothuijse, G.M. van den Broek en H.F.M.W. van Rijswijk, *Quick scan juridische uitvoerbaarheid inkrimping veestapel*, Utrecht: UCWOSL 2017, te raadplegen via [www.uu.nl/utrecht-centre-for-water-oceans-and-sustainability-law/adviezen](http://www.uu.nl/utrecht-centre-for-water-oceans-and-sustainability-law/adviezen)) en is hier deels op gebaseerd.

2 Zie Verordening (EG) nr. 1234/2007 van de Raad van 22 oktober 2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten (Integrale-GMO-verordening), *PbEU* L 299/1 en ingetrokken door Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad, *PbEU* L 347/671.

3 Zie *Kamerstukken I* 2016/17, 34532, D.

4 Op 4 mei 2017 heeft de Rechtbank Den Haag uitspraak gedaan inzake de Regeling fosfaatreductie 2017. Zie Rechtbank Den Haag 4 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4632 t/m 4638. De tekst voor deze bijdrage is voor het verschijnen van deze uitspraken afgerond waardoor hier in deze bijdrage geen rekening mee kon worden gehouden.

5 Zie D.R.P. de Kok, 'Verhandelbare rechten, tussen markt en overheid', *RegelMaat* 2017-1, p. 31-44; M.J.J. Toonders en J.J.J. de Rooij, 'Het stelsel van fosfaatrechten – Noodzakelijk, nuttig of niet aan beginnen?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-10, p. 445-460; D.W. Bruil, 'Pacht en fosfaatrechten', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-9, p. 393; J.M.M. Kroon, 'Contouren fosfaatrechten melkveehouderij steeds duidelijker', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-4, p. 189-192; M.H. Verbakel-Van Bommel, 'Fosfaatrechten melkveehouderij; een volgende paragraaf in de Meststoffenwet', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015-12, p. 543-544 en D.W. Bruil, 'Productiebeperking melkvee: zo niet!', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015-9, p. 397-398.

6 Zie *Kamerstukken I* 2016/17, 34532, E, p. 15.

de schaarse publieke rechten.<sup>7</sup> In dit artikel nemen wij het fosfaatrechtenstelsel als voorbeeld van de wijze waarop de introductie van een (her)verdelingssysteem vormgegeven kan worden binnen een van de juridische randvoorwaarden; de bescherming van het eigendomsrecht. Het doel is om de wetgever handvatten en aandachtspunten mee te geven om het fosfaatrechtenstelsel in te richten en uit te werken in overeenstemming met de randvoorwaarden, in die zin dat het eigendomsrecht passend wordt beschermd. Deze handvatten en aandachtspunten zijn relevant bij de introductie van ieder (her)verdelingssysteem dat eigendomsbelangen aantast.

De bescherming van het eigendomsrecht vloeit (onder andere) voort uit art. 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).<sup>8</sup> In het verleden werd in rechtszaken over eigendom beperkende maatregelen veelal een beroep gedaan op dat artikel, niet altijd zonder succes overigens.<sup>9</sup> In de literatuur is al verkennend aandacht besteed aan de relatie tussen art. 1 EP EVRM en de invoering van een stelsel van fosfaatrechten en zijn enkele knelpunten al benoemd.<sup>10</sup> Ook de regering is zich bewust van de eisen die art. 1 EP EVRM met zich meebrengt. Zo bevat de memorie van toelichting een paragraaf die ziet op de relatie tussen art. 1 EP EVRM en het wetsvoorstel als geheel.<sup>11</sup> Een afzonderlijke art. 1 EP EVRM-toets ontbreekt evenwel voor de eigendom beperkende maatregelen waar het wetsvoorstel in voorziet: de generieke afroming en de afroming bij overdracht van fosfaatrechten. Voor wat betreft het instrument generieke afroming geldt dat de regering die toets pas zal uitvoeren bij het opstellen van de algemene maatregel van bestuur waarmee het kortingspercentage voor de generieke korting wordt vastgesteld.<sup>12</sup> Voor wat betreft het instrument afroming bij overdracht geldt dat de regering van mening is dat toepassing van dit instrument geen inmenging in het eigendomsrecht oplevert, waardoor voor dit instrument geen toets behoefde te worden uitgevoerd.<sup>13</sup>

In aanvulling op de reeds verschenen literatuur en parlementaire geschiedenis zullen wij in de eerste plaats ingaan

op de vraag in hoeverre er aandachtspunten te formuleren zijn bij de toepassing van de art. 1 EP EVRM-toets voor het instrument generieke afroming. In de tweede plaats zullen wij bezien in hoeverre het standpunt van de regering dat er bij toepassing van het instrument afroming bij overdracht geen sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht, standhoudt. Indien dit niet het geval is en er dus wel sprake is van een inmenging in eigendomsrecht, zullen wij vervolgens tevens bezien of er aandachtspunten te formuleren zijn voor de art. 1 EP EVRM-toets bij toepassing van het instrument afroming bij overdracht.

Omdat de ontwikkelingen met betrekking tot het fosfaatrechtenstelsel zich in rap tempo opvolgen en de reeds verschenen literatuur op sommige punten al verouderd is, zullen wij beginnen met een beschrijving van de ontwikkelingen van de mestproductie (paragraaf 3) en een beschrijving van (de instrumenten uit) het wetsvoorstel (paragraaf 4) naar de huidige stand van zaken. Een behandeling van deze elementen is ook noodzakelijk voor een goed begrip van de kernparagraaf van dit artikel waarin wij de relatie tussen art. 1 EP EVRM en de hiervoor genoemde instrumenten bespreken (paragraaf 5). Wij geven daarbij ook aan welke concrete aandachtspunten meer in algemene zin te benoemen zijn bij de introductie van een (her)verdelingssysteem. Wij sluiten af met een conclusie (paragraaf 6).

### 3. Ontwikkelingen mestproductie

Op 1 april 2015 is het melkquotum in Nederland afgeschaft. Dit quotum stelde een maximum aan de productie van koemelk. Vanaf 2007, toen de Europese Unie bekendmaakte dat het melkquotum zou verdwijnen, zijn veehouders in Nederland gaan investeren in nieuwe stallen en melkrobots om zodoende de veestapel op termijn te kunnen uitbreiden. In de periode 2008-2015 is het aantal melk- en kalfkoeien met 11,3% en het aantal stuks jongvee met 16,4% toegenomen.<sup>14</sup> Dit heeft geleid tot een toename van de mest- en de bijbehorende stikstof- en fosfaatproductie. In de periode 2008-2015 is de fosfaatproductie van melkvee met 11,8% toegenomen.<sup>15</sup> Op grond van de derogatiebeschikking van de Europese Commissie voor de periode 2014-2017 is Nederland gehouden aan een fosfaatproductieplafond van 172,9 miljoen kilogram, hetgeen het feitelijke productieniveau van 2002 betreft. Deze derogatiebeschikking maakt het onder bepaalde voorwaarden mogelijk om meer dierlijke mest uit te rijden dan 170 kilogram stikstof per hectare per jaar uit bijlage III bij de Nitraatrichtlijn, tot een maximum van 250 kilogram stikstof per hectare per jaar. Het fosfaatproductieplafond uit 2002 wordt echter volgens de prognose van 2016 nog steeds met 4,1 miljoen kilogram overschreden, waardoor er volgens de regering een kans bestaat dat de Europese Commissie de huidige derogatiebeschikking (2014-2017) intrekt, een nieuwe derogatiebeschikking (2018-2021) niet verleent

7 Zie onder meer P.C. Adriaanse, F.J. van Ommeren, W. den Ouden and C.J. Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Antwerp: Intersentia 2016 en P.C. Adriaanse, F.J. van Ommeren, W. den Ouden and C.J. Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State II. Member State Reports on Gambling Licences, Radio Frequencies and CO2 Emission Permits*, Antwerp: Intersentia 2016.

8 Een andere (Europeesrechtelijke) bepaling die het eigendomsrecht beschermt is art. 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Ingevolge art. 51 lid 1 van dit Handvest zijn de bepalingen gericht tot de lidstaten 'uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer leggen'. Het is mogelijk dat het fosfaatrechtenstelsel is aan te merken als 'ten uitvoer leggen van Unierecht'. De bepaling heeft echter dezelfde inhoud en reikwijdte als art. 1 EP EVRM en blijft in dit artikel buiten beschouwing.

9 Bijvoorbeeld in de Wet herstructurering varkenshouderij-zaak, waar werd doorgeprocedeerd tot aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), zie EHRM 30 april 2013, AB 2014/13, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

10 Zie M.J.J. Toonders en J.J.J. de Rooij, 'Het stelsel van fosfaatrechten – Noodzakelijk, nuttig of niet aan beginnen?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-10, p. 453-457.

11 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34532, 3, p. 38-41.

12 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 27, p. 27.

13 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 7, p. 32.

14 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34532, 3, p. 13.

15 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34532, 3, p. 14.

en Nederland in gebreke stelt wegens het niet ten uitvoer leggen van de verplichtingen uit de Nitraatrichtlijn.<sup>16</sup>

Om de productie van dierlijke mest beheersbaar te houden en de hiervoor genoemde gevolgen voor de derogatie te voorkomen, heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken (Van Dam) in een brief van 2 juli 2015 aangekondigd dat hij werkt aan een wetsvoorstel waarmee een stelsel van fosfaatrechten (productierechten) wordt ingevoerd.<sup>17</sup> Dit wetsvoorstel begrenst de totale fosfaatproductie door melkvee en verschaft daarnaast een instrumentarium om te sturen op de productie van fosfaat.<sup>18</sup>

#### 4. Het fosfaatrechtenstelsel

##### 4.1 Doel en kern wetsvoorstel

Het wetsvoorstel dat voorziet in de invoering van een fosfaatrechtenstelsel ('Wijziging van de Meststoffenwet in verband met de invoering van een stelsel van fosfaatrechten') is op 6 december 2016 aangenomen door de Tweede Kamer. De verwachte datum van inwerkingtreding is 1 januari 2018. Het stelsel kan op een nader te bepalen moment ook weer worden afgeschaft.<sup>19</sup>

Het primaire doel van het wetsvoorstel is om de huidige derogatie op grond van de Nitraatrichtlijn te behouden en ook voor de toekomst veilig te stellen dat Nederland gebruik kan blijven maken van de mogelijkheid die de Nitraatrichtlijn biedt om af te wijken van de gebruiksnorm voor dierlijke mest. Om dit te bewerkstelligen, is het noodzakelijk dat de feitelijke fosfaatproductie weer onder het fosfaatproductieplafond ingevolge de derogatiebeschikking wordt gebracht.<sup>20</sup> Deze derogatie is overigens per definitie tijdelijk. Het fosfaatproductieplafond is een tijdelijk nationaal plafond en uiteindelijk zal aan de strengere Europese normen/doelstellingen op grond van de Nitraatrichtlijn moeten worden voldaan. Naast de verplichtingen uit de Nitraatrichtlijn gelden onverkort de verplichtingen uit de Kaderrichtlijn water, die eveneens grenzen stellen aan de verontreiniging door meststoffen.

De kern van het wetsvoorstel betreft de verbodsbepaling uit art. 21b, inhoudende dat het niet toegestaan is voor een landbouwer om op zijn bedrijf in een kalenderjaar meer dierlijke meststoffen met melkvee, uitgedrukt in kilogrammen fosfaat, te produceren dan het op het bedrijf rustende fosfaatrecht, het zogenoemde jaarplafond. Melkveebedrijven krijgen middels een beschikking van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) een hoeveelheid rechten toegekend die volgt uit het aantal gehouden stuks melkvee op 2 juli 2015 en de op de gemiddelde melkproductie per koe gebaseerde fosfaatexcretie. Tegen de beschikking tot toekenning van fosfaatrechten staat bestuursrechtelijke

rechtsbescherming open.<sup>21</sup> Verder zijn de rechten die worden toegekend overdraagbaar.

##### 4.2 Instrumentele vormgeving afroming

Het wetsvoorstel voorziet in twee instrumenten om tot afroming over te gaan.<sup>22</sup> Het eerste instrument is 'afromen bij overdracht' en het tweede instrument is 'generieke afroming'. Tegen de toepassing van deze instrumenten is geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk.<sup>23</sup>

Ingevolge het instrument afroming bij overdracht, dat een wettelijke basis krijgt in art. 32a, wordt bij iedere transactie 10% van de rechten afgeroomd.

Bij toepassing van het instrument generieke afroming, dat zijn grondslag vindt in art. 33, vindt er een generieke korting van de fosfaatrechten plaats. Deze korting wordt direct verwerkt bij de toekenning van fosfaatrechten per 1 januari 2018. Dit kortingspercentage wordt bij *algemene maatregel van bestuur* vastgesteld en zal, volgens de wetsgeschiedenis, liggen tussen de 4% tot 8%.<sup>24</sup> De hoogte van dit percentage hangt af van een aantal factoren.<sup>25</sup> Per 1 juli 2017 zal het definitieve kortingspercentage bekend worden gemaakt, waarna melkveebedrijven een half jaar de tijd hebben om hun veebezetting in overeenstemming te brengen met het toegestane aantal dieren op basis van de fosfaatrechten.

Grondgebonden bedrijven zijn naar aanleiding van een amendement volledig vrijgesteld van de generieke korting.<sup>26</sup> De rechtvaardiging voor het maken van het onderscheid tussen grondgebonden en niet-grondgebonden bedrijven is dat grondgebonden bedrijven (extra) fosfaatproductie volledig op eigen grond kunnen aanwenden en om die reden niet hebben bijgedragen aan het fosfaatoverschot. Het zou daarom volgens de indieners van het amendement niet redelijk zijn om die bedrijven vervolgens te confronteren met een generieke korting.

##### 4.3 Fosfaatbank en uitgifte fosfaatrechten door middel van ontheffingen

Op het moment dat de nationale fosfaatproductie weer onder het nationale plafond is gekomen, is de regering voornemens om de fosfaatrechten die vervolgens bij overdracht worden afgeroomd, weer uit te geven na toepassing van de generieke korting per 1 januari 2018. De uitgifte geschiedt door de rechten die bij overdracht zijn afgeroomd, te plaatsen in een door RVO beheerde en bij ministeriële regeling op te richten 'fosfaatbank'. Deze fosfaatbank verstrekt *ontheffing*

16 Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34532, 3, p. 2.*

17 Zie *Kamerstukken II 2014/15, 33979, 98.* Per brief van 3 maart 2016 is hier nadere invulling aan gegeven (zie *Kamerstukken II 2015/16, 33979, 108*).

18 Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34532, 3, p. 2.*

19 Zie *Kamerstukken II 2016/17, 34532, 91.* Vastgelegd in art. 77a lid 1.

20 Zie *Kamerstukken II 2016/17, 34532, 27, p. 7.*

21 Overeenkomstig de algemene regels van de Awb. Beroep is mogelijk in eerste en enige aanleg bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (ex art. 8:6 lid 1 Awb jo. art. 4, hoofdstuk 2, bijlage 2 bij de Awb).

22 In het wetsvoorstel was een bepaling opgenomen die een generieke afroming van varkens- en pluimveerechten mogelijk maakte bij algemene maatregel van bestuur. Bij amendement is deze bepaling geschrapt (Zie *Kamerstukken II 2016/17, 34532, 34*).

23 Toepassing van de instrumenten levert geen (voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming vatbaar) besluit op. Het rechtsgevolg vloeit rechtstreeks uit de wet voort, hier is geen afzonderlijk besluit voor nodig. Dit neemt niet weg dat deze instrumenten wel bij wijze van exceptieve toetsing ter discussie kunnen worden gesteld bij de bestuursrechter.

24 Zie *Kamerstukken II 2016/17, 33979, 141.*

25 Zie *Kamerstukken II 2016/17, 34532, 27, p. 8.*

26 Zie *Kamerstukken II 2016/17, 34532, 55 en 31.*

fingen ex art. 38a aan bedrijven van het verbod om fosfaat met melkvee te produceren. De fosfaatrechten kunnen pas worden verleend 'indien geen afbreuk wordt gedaan aan de naleving van een verplichting op grond van een voor Nederland verbindend verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie'. Middels ontheffingverlening kan niet (opnieuw) het fosfaatproductieplafond worden overschreden. Deze ontheffingen zijn *bedrijfsgebonden* en dus *niet overdraagbaar*. Het plan van de regering was om voorwaarden te verbinden aan de ontheffingen, waarbij de voorwaarden zijn gerelateerd aan milieu- of andere maatschappelijke doelen, te weten grondgebondenheid, duurzaamheid, dierenwelzijn of het stimuleren van jonge landbouwers. Bij amendement zijn echter de criteria duurzaamheid en dierenwelzijn geschrapt.<sup>27</sup> Tegen de beschikking tot verlening of weigering van de ontheffing staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.<sup>28</sup>

#### 4.4 Knelgevallenregeling

Er is op basis van art. 23 lid 6 een knelgevallenregeling voor 'buitengewone' omstandigheden.<sup>29</sup> Van buitengewone omstandigheden is uitsluitend sprake indien op 2 juli 2015 minimaal 5% minder fosfaat met melkvee op het bedrijf werd geproduceerd dan op het betreffende bedrijf gebruikelijk is vanwege bouwwerkzaamheden, diergezondheidsproblemen, ziekte van de landbouwer, ziekte dan wel overlijden van een persoon van het samenwerkingsverband van de landbouwer of een bloed- of aanverwant in de eerste graad of vernieling van (een deel) van de melkveestallen. Een meerderheid van de Tweede Kamer is evenwel van mening dat er meer ruimte moet worden geboden voor toepassing van de knelgevallenregeling. Bij amendement is voorzien in een mogelijkheid om 'onbillijkheden van overwegende aard te kunnen voorkomen', waarmee onder bepaalde voorwaarden meer fosfaatrechten kunnen worden toegekend aan knelgevallen dan waar zij op de peildatum recht op zouden hebben.<sup>30</sup> Een conform de Kaderwet adviescolleges in te stellen adviescommissie, kan op basis van individuele gevallen tot een advies komen of de knelgevallenregeling moet worden uitgebreid of niet.<sup>31</sup> De indieners van het amendement willen ook dat de Staatssecretaris van Economische Zaken in het bijzonder oog heeft voor bedrijven die vóór 2 juli 2015 onomkeerbare verplichtingen aangingen én biologische bedrijven. Een eventuele aanvulling op de knelgevallenvoorziening zal worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur. De beoogde datum van inwerkingtreding van deze algemene maatregel van bestuur is 1 januari 2018, gelijktijdig met de wet.<sup>32</sup> Tegen de individuele

toepassing van de knelgevallenregeling is bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk.<sup>33</sup>

### 5. Art. 1 EP EVRM

#### 5.1 Inleiding

Het fosfaatrechtenstelsel kan van invloed zijn op de eigendomspositie van agrariërs wier bedrijfsvoering wordt geraakt door de invoering van het stelsel. Daarmee wordt art. 1 EP EVRM relevant voor de juridische vormgeving en eventuele houdbaarheid van het fosfaatrechtenstelsel. Wij zullen in deze paragraaf ingaan op de vraag in hoeverre er aandachtspunten te formuleren zijn bij de toepassing van de art. 1 EP EVRM-toets voor de instrumenten generieke afroming en afroming bij overdracht. Ter beantwoording van die vragen zullen wij eerst de algemene eisen die art. 1 EP EVRM stelt uiteenzetten. Vervolgens passen wij deze algemene eisen toe op het fosfaatrechtenstelsel.

#### 5.2 Eisen die uit art. 1 EP EVRM voortvloeien

Wanneer een bepaalde overheidsmaatregel voorziet in een mogelijke aantasting van bestaande eigendomsrechten, wordt in de rechtspraak veelal een beroep gedaan op art. 1 EP EVRM, een bepaling waarop particulieren zich bij een nationale rechter kunnen beroepen. Deze bepaling luidt als volgt:

"Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden *ontnomen* behalve in het *algemeen belang* en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van *eigendom te reguleren* in overeenstemming met het *algemeen belang* of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren" [cursivering door auteurs].

De beoordeling of er sprake is van een schending van art. 1 EP EVRM vindt plaats aan de hand van een vast schema.

1. In de eerste plaats moet er sprake zijn van 'eigendom'.
2. In de tweede plaats moet er sprake zijn van 'inmenging in het eigendomsrecht', hetgeen zich veelal vertaalt in 'regulering' of 'ontneming'. Bij het *ontnemen van eigendom* gaat het om een overdracht in juridische zin, een feitelijke ontneming of het teniet doen van het eigendomsrecht. Bij *regulering* gaat het om het beperken van eigendom zonder dat de beschikking daarover (geheel) verloren gaat.<sup>34</sup> Hoewel niet altijd vast te stellen is of

27 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 84.

28 Overeenkomstig de algemene regels van de Awb. Beroep is mogelijk in eerste en enige aanleg bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (ex art. 8:6 lid 1 Awb jo. art. 4, hoofdstuk 2, bijlage 2 bij de Awb).

29 In dit artikel worden 'knelgevallenregeling', 'knelgevallenvoorziening' en 'hardheidsclausule' door elkaar gebruikt. Hier wordt hetzelfde mee bedoeld.

30 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 85. Vastgelegd in art. 23 lid 9.

31 De regering heeft bij brief van 30 januari 2017 bekend gemaakt dat zij een amendement van deze strekking opvolgt. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 99.

32 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 99.

33 Overeenkomstig de algemene regels van de Awb. Beroep is mogelijk in eerste en enige aanleg bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (ex art. 8:6 lid 1 Awb jo. art. 4, hoofdstuk 2, bijlage 2 bij de Awb). Zowel een (positieve) beschikking als een afwijzing van het verzoek om toepassing van de knelgevallenregeling is appellabel.

34 Zie EHRM 29 november 1991, nr. 12742/87 en ABRvS 2 september 2011, AB 2011/369, m.nt. F.J. van Ommeren.



het in een concreet geval gaat om het ontnemen of reguleren van eigendom, is het verschil tussen beide wel relevant voor de volgende aspecten.

Ten eerste is de intensiteit van de toetsing door het EHRM indringender bij zaken die onder de ontnemingsregel worden beoordeeld dan bij zaken die onder de reguleringsregel worden beoordeeld. De 'margin of appreciation' voor lidstaten is in de eerste situatie minder ruim.

Ten tweede geldt onder de ontnemingsregel de hoofdregel dat het vereiste van een 'fair balance' met zich brengt dat bij een ontneming van eigendom een vergoeding van de waarde (volledige schadeloosstelling) plaats moet vinden, terwijl die hoofdregel niet geldt bij regulering van eigendom.<sup>35</sup>

Als er geen sprake is van een ontneming of regulering, of wanneer het lastig is om de maatregelen onder één van deze categorieën te scharen, moet worden beoordeeld of de maatregel onder de 'algemene regel' inzake het beginsel van ongestoord eigendomsgeot kan worden begrepen.

Wanneer wordt geconstateerd dat aan genoemde voorwaarden (inhoudende een inmenging in de eigendom) is voldaan, dan is er sprake van een 'inbreuk' op het eigendomsrecht. Vervolgens moet worden bezien of er een rechtvaardiging is voor deze inbreuk door ook nog de volgende punten te onderzoeken.

3. De inbreuk moet rechtmatig (bij wet voorzien) zijn (*lawfulness*-toets). Dit betekent dat maatregelen van de overheid die voorzien in een inmenging in de eigendom gebaseerd moeten zijn op een nationale rechtsregel die voor de burger toegankelijk, voldoende precies geformuleerd en daardoor voorzienbaar is in zijn toepassing. Daaronder vallen niet alleen wetten in formele zin, maar ook lagere regelgeving zoals algemene maatregelen van bestuur.<sup>36</sup>
4. De inbreuk moet het algemeen belang dienen (*general interest*-toets). De bescherming van het milieu is bijvoorbeeld een dergelijk algemeen belang volgens vaste jurisprudentie van het EHRM.<sup>37</sup> Verder is relevant dat lidstaten over een *margin of appreciation* beschikken over wat in het algemeen belang is. Daarbij is van belang dat het EHRM niet snel zal oordelen dat een maatregel niet in het algemeen belang is, tenzij voor het standpunt van de lidstaat dat er sprake is van een algemeen belang evident een redelijke basis ontbreekt.<sup>38</sup>
5. Er moet sprake zijn van een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van het recht op ongestoord geot van de eigendom van het individu (*fair balance*-toets). Dit wordt ook wel de

proportionaliteitstoets genoemd. Bij deze toets moeten alle relevante omstandigheden en belangen van het geval worden afgewogen en de toets heeft daardoor in hoge mate een casuïstisch karakter. Relevant in dit verband is dat lidstaten een ruime *margin of appreciation* hebben bij het tot stand brengen van de *fair balance*.<sup>39</sup>

Aan het vereiste van een *fair balance* is niet voldaan als een of meer betrokkene(n) een individuele en buitensporige last ('*individual and excessive burdens*') te dragen heeft of hebben als gevolg van de maatregelen.<sup>40</sup> Het gegeven dat wet- en regelgeving voldoet aan het vereiste van een *fair balance*, wil nog niet zeggen dat de toepassing van de wet- en regelgeving in individuele gevallen eveneens een *fair balance* oplevert. Het is echter aan die individuen om gemotiveerd te stellen dat er sprake is van een individuele en excessieve last.<sup>41</sup> Het is in dit verband nodig om een onderscheid te maken tussen de vraag of wet- en regelgeving voldoet aan de eisen van een *fair balance* en de vraag of een concreet besluit (op basis van diezelfde wet- en regelgeving) daaraan voldoet.

Het is niet goed mogelijk in algemene zin aan te geven wanneer aan het vereiste van een *fair balance* is voldaan. Uit de jurisprudentie van het EHRM is evenwel een aantal indicatoren/aandachtspunten af te leiden dat kan helpen bij de beoordeling of er sprake is van een *fair balance*.<sup>42</sup> Deze criteria worden in paragraaf 5.3.4 uitgewerkt. Van belang hierbij is op te merken dat niet alle criteria altijd even consequent door de nationale rechters en het EHRM in de jurisprudentie worden toegepast.

### 5.3 Toepassing eisen art. 1 EP EVRM op het fosfaatrechtenstelsel

#### 5.3.1 Inmenging in de eigendom

In de eerste plaats is het de vraag in hoeverre de instrumenten *generieke afoming* en *afoming bij overdracht* voorzien in een inmenging in de eigendom.<sup>43</sup>

Het EHRM heeft reeds geoordeeld dat op varkensrechten geen zelfstandige eigendomsrechten rusten.<sup>44</sup> Volgens het EHRM is er geen sprake van een zelfstandig eigendoms-

35 Zie D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 318.

36 Zie bijvoorbeeld EHRM 14 oktober 2010, nr. 23759/03, r.o. 50-51.

37 Zie bijvoorbeeld EHRM 30 april 2013, nr. 37265/10, r.o. 54. Zie ook EHRM 27 november 2007, nr. 21861/03 en EHRM 12 mei 2009, nr. 18215/06.

38 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 oktober 2012, nr. 71243/01, r.o. 106; EHRM 6 oktober 2009, nr. 5591/07, r.o. 60 en EHRM 19 februari 2009, nr. 2334/03, r.o. 53.

39 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 maart 2010, nr. 34044/02, r.o. 84 en 87.

40 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 maart 2010, nr. 34044/02, r.o. 83; EHRM 30 april 2013, nr. 37265/10, r.o. 56; HR 16 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, r.o. 6.2.2; CbB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:149, r.o. 5.5.1 en CbB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:150.

41 Zie onder andere Gerechtshof Den Haag 10 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3025, r.o. 4.9.

42 Deze zijn ook als zodanig geïdentificeerd in de literatuur. Zie D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 334-352. Zie ook hoofdstuk 10 uit M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 en HR 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, r.o. 2.32-2.36 (conclusie) en de aldaar genoemde jurisprudentie.

43 De Afdeling Advisering maakt onderscheid tussen de volgende gevallen van inmenging: renovatie stal, melkveefosfaatruimte, generieke afoming en afoming bij overdracht. Deze elementen zijn verwerkt in deze paragraaf. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34532, 4, p. 5.

44 Zie EHRM 13 april 2013, AB 2014/13, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

recht, omdat de nationale rechter daarvan het bestaan niet heeft aangenomen. Verder bestaat er volgens het EHRM geen gerechtvaardigde verwachting op dit eigendomsrecht ter zake. Het EHRM zegt daarmee dat voor het oordeel of er een zelfstandig eigendomsrecht bestaat, bepalend is wat de nationale rechter daarover beslist. Wij zien op voorhand geen redenen waarom dit oordeel niet eveneens geldt voor fosfaatrechten. Het is verdedigbaar dat het wetsvoorstel niet in een ontneming van eigendomsrechten voorziet.

Het wetsvoorstel betekent ons inziens wel een inmenging in (en regulering van) eigendom, omdat het aantal toegekende fosfaatrechten wordt verminderd (generiek en bij overdracht), en er – behoudens mogelijke knelgevallen – geen rekening wordt gehouden met latente ruimte<sup>45</sup> en bedrijfsuitbreidingen na 2 juli 2015. Daarmee levert het wetsvoorstel een inperking op van de vrijheid tot bedrijfsuitoefening die voortvloeit uit een publiekrechtelijke regeling<sup>46</sup> en daarmee de eigendom. Fosfaatrechten moeten in verband met de overige bedrijfsmiddelen worden beschouwd. Zij stellen begrenzings aan het gebruik van de eigendommen; dat wil zeggen het maximaal te houden melkvee, gedane investeringen, latente ruimte en overige bedrijfs- en productiemiddelen.

De regering is echter van mening dat bij de afroming bij overdracht geen sprake is van inmenging in het eigendomsrecht, omdat deze overdracht op vrijwillige basis geschiedt en er op deze rechten geen zelfstandige eigendomsrechten rusten.<sup>47</sup> Wij delen het standpunt dat het verdedigbaar is dat op fosfaatrechten geen zelfstandige eigendomsrechten rusten en dat de overdracht vrijwillig geschiedt. Daarmee kan echter niet worden geconcludeerd dat er geen sprake is van inmenging in het eigendomsrecht. Zo heeft de Hoge Raad zich over de vraag of er bij afroming bij overdracht sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht niet uitgelaten in het hiervoor genoemde arrest inzake de Wet herstructurering varkenshouderij (varkensrechten) in 2001, omdat dit aspect buiten de vordering viel. Verder geldt voor de *verkrijger* van de fosfaatrechten weliswaar dat de fosfaatrechten worden toegevoegd aan het (eventueel) reeds bestaande aantal fosfaatrechten en dat in zoverre geen sprake is van eigendomsaantasting, maar dit geldt niet voor de *verkoper*. De fosfaatrechten moeten steeds in samenhang met de melkveestapel en de (overige) bedrijfsmiddelen worden beschouwd en bij een (eventuele) overdracht van fosfaatrechten wordt 10% van de rechten afgeroomd, hetgeen betekent dat bij iedere overdracht van een x-aantal koeien of fosfaatrechten van overheidswege een deel wordt afgenomen. Omdat de melkveestapel in overeenstemming moet zijn met het toegekende aantal fosfaatrechten, heeft deze afroming

daarom ook direct gevolgen voor de (bestaande) melkveestapel en daarmee de eigendom van de verkoper. Deze vorm van inmenging zou ons inziens daarom wel degelijk kunnen worden aangemerkt als regulering van – en dus inmenging in – het eigendomsrecht.

### 5.3.2 Bij wet voorzien

Het fosfaatrechtenstelsel heeft (indien in werking getreden, naar verwachting op 1 januari 2018) een basis in de Meststoffenwet en de uitvoeringsregelgeving.<sup>48</sup> Wij nemen in navolging van de literatuur aan dat dit een nationale rechtsregel betreft die voor de burger toegankelijk, voldoende precies geformuleerd en daardoor voorzienbaar is in zijn toepassing.<sup>49</sup> Het fosfaatrechtenstelsel is dus bij wet voorzien en voldoet daarmee aan de *lawfulness*-toets.

### 5.3.3 Algemeen belang

Het primaire doel dat met het wetsvoorstel wordt gediend is het behoud en (opnieuw) verkrijgen van derogatie van de Nitraatrichtlijn. Door de regering wordt het fosfaatrechtenstelsel gezien als een van de aanvullende of verscherpte maatregelen in de zin van art. 5 lid 5 Nitraatrichtlijn, op grond waarvan lidstaten aanvullende of verscherpte maatregelen moeten treffen als duidelijk is dat verplicht voorgeschreven maatregelen van het actieprogramma niet zullen volstaan om de doelstellingen van de Nitraatrichtlijn te bereiken. Het fosfaatrechtenstelsel draagt volgens deze redenering bij aan de uitvoering van de Nitraatrichtlijn en strekt ter bescherming van het milieu. Verdedigbaar is dat dit een algemeen belang betreft in de zin van art. 1 EP EVRM.<sup>50</sup> Derogatie maakt naar onze mening echter geen deel uit van de aanvullende of verscherpte maatregelen in de zin van art. 5 lid 5 Nitraatrichtlijn, alhoewel de Nitraatrichtlijn de mogelijkheid biedt tot afwijking.<sup>51</sup> In geval van een derogatie mag echter geen afbreuk worden gedaan aan het bereiken van de in art. 1 genoemde doelstellingen. Hoewel uit de derogatiebeschikking (2014-2017)<sup>52</sup> volgt dat de eerder verleende derogatie (2011-2014) niet heeft geleid tot een verslechtering van de kwaliteit van het water, ligt het meer voor de hand als motivering voor aanvullende regelgeving aan te voeren dat deze nodig is om aan de doelstellingen van de Nitraatrichtlijn zélf te voldoen dan om een nieuwe derogatie te verkrijgen.<sup>53</sup> Het verlies van de derogatie zou het bereiken van de doelstellingen juist sneller dichterbij brengen, alhoewel

45 Inhoudende het verschil in hoeveelheid fosfaat die een bedrijf op 2 juli 2015 daadwerkelijk produceerde en de hoeveelheid fosfaat die het op basis van de beschikbare bedrijfsmiddelen (zoals stallen en grond) kon en ook (op grond van de vergunningen en beschikbare mestverwerkingscapaciteit) mocht produceren (onbenutte productieruimte).

46 Zie ook T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijke recht*, Preadviezen 2005 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 73.

47 Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34532, 4, p. 8.*

48 Ook 'lagere regelgeving' zoals algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen voldoen aan dit criterium. Zie EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980/146.

49 Zie eveneens M.I.J. Toonders en J.J.J. de Rooij, 'Het stelsel van fosfaatrechten. Noodzakelijk, nuttig of niet aan beginnen?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-10, p. 455.

50 Zie EHRM 30 april 2013, *AB* 2014/14, r.o. 54 en de aldaar genoemde jurisprudentie. Zie ook CbB 15 juni 2016, *ECLI:NL:CBB:2016:149*, r.o. 5.4 en CbB 15 juni 2016, *ECLI:NL:CBB:2016:150*.

51 Zie art. 2 sub a en sub b van bijlage III Nitraatrichtlijn.

52 Zie Uitvoeringsbesluit van de Commissie van 16 mei 2014 tot verlening van een door Nederland gevraagde derogatie op grond van Richtlijn 91/676/EEG van de Raad inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (*PbEU* 2014, L 148).

53 Zie eveneens M.I.J. Toonders en J.J.J. de Rooij, 'Het stelsel van fosfaatrechten. Noodzakelijk, nuttig of niet aan beginnen?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-10, p. 459.

wel vanwege economische argumenten een vernieuwde derogatie gewenst kan zijn.<sup>54</sup>

Het bovenstaande betekent niet dat er evident een redelijke basis ontbreekt voor de invoering van het fosfaatrechtstelsel. Het kabinet is namelijk eveneens van mening dat productie-begrenzende maatregelen een bijdrage leveren aan de realisatie van milieudoelen voor het grond- en oppervlaktewater en daarmee aan een verbetering van de kwaliteit van het drinkwater, de lucht en de bodem, aan een verbetering van de ecologie in het landelijk gebied en aan een duurzame ontwikkeling van de melkveehouderij.<sup>55</sup> Wij zien op voorhand geen aanknopingspunten voor het standpunt dat met deze redenering van het kabinet geen redelijk milieubelang of ander algemeen belang (voor zover het gaat om een duurzame ontwikkeling van de melkveehouderij) is dat ten grondslag kan worden gelegd aan het fosfaatrechtstelsel. Nog los van de vraag of met de invoering van het fosfaatrechtstelsel voldoende zal worden bijgedragen aan de beperking van de fosfaatproductie om de milieudoelstellingen van de Nitraatrichtlijn en Kaderrichtlijn water te bereiken, wordt de fosfaatproductie wel aanzienlijk beperkt, waarmee het milieubelang gediend is. Het is dan ook verdedigbaar dat de introductie van het fosfaatrechtstelsel een algemeen belang in de zin van art. 1 EP EVRM dient.

Specifiek met betrekking tot de instrumenten *generieke afroming* en *afroming bij overdracht* merken wij het volgende op. Het instrument generieke afroming dient de primaire doelstelling van het wetsvoorstel. Immers, met dit instrument wordt beoogd om per 1 januari 2018 te voldoen aan het fosfaatproductieplafond uit 2002, hetgeen een belangrijke voorwaarde uit de derogatiebeschikking is. Voor wat betreft het instrument *afroming bij overdracht* geldt dat deze afroming niet eindigt op een vastgesteld tijdstip. Het doel van de afroming bij overdracht is het kunnen stimuleren van grondgebondenheid of het stimuleren van jonge landbouwers in Nederland via de fosfaatbank. Volgens de regering zien de relevante belangen die in dit kader worden gediend op het voorkomen van speculatie en het realiseren van milieu-maatschappelijke doelen. Bij dat laatste gaat het om een gefaseerd proces: totdat het fosfaatplafond is bereikt is er sprake van een milieudoel. In de fase daarna gaat het in het bijzonder om het stimuleren van grondgebondenheid en jonge landbouwers.<sup>56</sup>

Wij vragen ons af of met het instrument afroming bij overdracht wel een zuiver milieudoel is gediend, voor zover de afroming plaatsvindt ten behoeve van het verstrekken van ontheffingen uit de fosfaatbank. Met het instrument generieke afroming wordt beoogd om per 1 januari 2018 direct te voldoen aan het fosfaatproductieplafond uit 2002, waardoor het instrument afroming bij overdracht niet meer bij kán dragen aan het behalen van ditzelfde fosfaat-

productieplafond (het primaire milieudoel).<sup>57</sup> Na toepassing van het instrument generieke korting is het fosfaatproductieplafond weliswaar bereikt, maar de (eigenlijke) doelstellingen van de Nitraatrichtlijn en de Kaderrichtlijn water nog niet. Zo bezien meent de regering wellicht ten onrechte dat er als het ware 'gebruiksruimte' zit tussen het fosfaatproductieplafond en de doelstelling ingevolge de Nitraatrichtlijn en de Kaderrichtlijn water, welke gebruiksruimte na afroming opnieuw kan worden uitgegeven. Onduidelijk is of het stimuleren van grondgebondenheid een milieudoel is, omdat er uiteindelijk niet minder fosfaat op het land wordt gebracht. De redenering is dat de grondgebonden landbouw geen extra milieuprobleem veroorzaakt. Het stimuleren van jonge landbouwers is geen milieudoel maar een doelstelling die voortvloeit uit het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid.<sup>58</sup> Voor zover afroming plaatsvindt ten behoeve van het verstrekken van ontheffingen uit de fosfaatbank is daarmee dus geen (stimuleren jonge landbouwers), of een ander mogelijk milieudoel (grondgebondenheid) gediend.

Dat neemt niet weg dat de belangen die met de heruitgave van fosfaatrechten zijn gediend wellicht wel als algemene belangen kunnen worden aangemerkt, maar deze zijn mogelijk van een ander aard en gewicht dan de primaire milieudoelstelling die aan het fosfaatrechtstelsel ten grondslag wordt gelegd. Dit is relevant, omdat in het kader van de hierna te bespreken proportionaliteitstoets de evenredigheid moet worden gezien tussen het te behartigen algemeen belang en de overheidsmaatregel die het eigendomsbelang aantast. Dit betekent dat die toets voor het instrument afroming bij overdracht anders kan uitpakken, nu hiermee andere (algemene) belangen zijn gediend, die naar onze mening van een andere aard zijn dan de milieubelangen die zijn gemoeid met (een bijdrage aan) het bereiken van de milieudoelen die voortvloeien uit internationale verplichtingen, zoals verplichtingen op grond van de Nitraatrichtlijn en de Kaderrichtlijn water.

Schematisch weergegeven ziet het voorgaande er als volgt uit:

Doel	Maatregel
Bereiken fosfaatproductieplafond (milieu)	Generieke korting
Stimuleren grondgebondenheid en jonge landbouwers (maatschappelijk)	Afroming bij overdracht
Doelen Kaderrichtlijn water en Nitraatrichtlijn (milieu)	Geen specifieke aanvullende maatregelen

54 Zie hierover M.I.J. Toonders en J.J.J. de Rooij, 'Het stelsel van fosfaatrechten. Noodzakelijk, nuttig, of niet aan beginnen?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2016-10, p. 458-459.

55 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34532, 3, p. 2.

56 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34532, 7, p. 32.

57 Ook de Afdeling Advisering wijst hierop. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34532, 4, p. 6.

58 Zie over de wijze waarop het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid in Nederland wordt geëffectueerd voor de periode 2014-2020 de brief van het Ministerie van Economische Zaken van 6 december 2013, met kenmerk DGA-ELV/13196008.

5.3.4 *Proportionaliteitstoets*

Het is in eerste instantie aan de wetgever of het bestuursorgaan dat voor individuele gevallen besluiten neemt om te bezien of er sprake is van een redelijke mate van evenredigheid tussen de te dienen doelstellingen van het wetsvoorstel of de individuele besluiten enerzijds en de maatregelen die door het wetsvoorstel worden ingevoerd anderzijds. Het is in beginsel ook aan de wetgever en het bestuursorgaan dat de individuele besluiten op basis van de wet neemt om *per overheidsmaatregel* eventuele maatregelen te nemen om aan de vereiste *fair balance* te voldoen. Dit is tot op zekere hoogte een politieke keuze. Uiteindelijk toetst de rechter de *fair balance* maatregelen terughoudend, aangezien de lidstaten een ruime mate van beoordelingsvrijheid hebben om de vereiste *fair balance* tot stand te brengen. Wij zien met inachtneming van de hiervoor genoemde algemene indicatoren aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

In de eerste plaats verwijzen wij naar het arrest van de Hoge Raad uit 2001 inzake de Wet herstructurering varkenshouderij (Whvarkh), waarbij een vergelijkbaar stelsel als het fosfaatrechtenstelsel aan de orde was. Die wet voorzag in twee (achtereenvolgende) generieke kortingen, een afroaming bij overdracht en er werd geen rekening gehouden met latente ruimte. In dat arrest formuleerde de Hoge Raad de volgende algemene aandachtspunten voor de proportionaliteitstoets.<sup>59</sup>

“De vraag of een wet in overeenstemming is met art. 1 lid 2 van het Eerste Protocol is in belangrijke mate een rechtsvraag. Dit geeft de Hoge Raad aanleiding het volgende te overwegen. De wetgever heeft met het oog op de hiervoor in 4.3.2 vermelde doelstellingen een ingrijpende quoteringsregeling nodig geacht. Bij de beoordeling van de vraag of deze regeling voldoet aan de ingevolge art. 1 te stellen eisen van proportionaliteit, moet in aanmerking worden genomen

- dat deze 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, zoals reeds is vermeld in 3.1 onder (xiii), art. 25 van de Whv de mogelijkheid biedt om bij algemene maatregel van bestuur voor bepaalde groepen van gevallen, waarbij de bepaling van de hoogte van het varkensrecht of fokzeugenrecht leidt tot onbillijkheden van overwegende aard, regels te stellen omtrent een afwijkende bepaling van de hoogte van deze rechten, en hieraan uitvoering is gegeven door middel van het Besluit hardheidsgevallen.”

Uiteindelijk is in deze zaak doorgeprocedeerd tot aan het EHRM.<sup>60</sup> Het EHRM oordeelde dat er geen sprake was van een ontneming van eigendom, maar van regulering van eigendom waardoor afgezien kon worden van volledige schadevergoeding en alleen individuele en onevenredige schade diende te worden vergoed.<sup>61</sup> De op basis van de Whygeformde jurisprudentie en hierboven geciteerde aandachtspunten zijn ook van belang voor het fosfaatrechtenstelsel. Naast deze aandachtspunten bespreken we hierna nog een aantal specifieke aandachtspunten dat van belang is voor het fosfaatrechtenstelsel.

*Schadevergoeding (i)*

Op deze plaats stellen wij voorop dat vrijwel elke onder de reguleringsregel vallende overheidsmaatregel – zoals in casu het fosfaatrechtenstelsel – proportioneel kan worden ‘gemaakt’ door middel van het aanbieden van schadevergoeding. De hierna te behandelen aandachtspunten zijn met name indicatoren aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het noodzakelijk is om schadevergoeding aan te bieden om een *fair balance* te bewerkstelligen. Verder wijzen we op de volgende rechtsoverweging van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) in reactie op een beroepsgrond van appellanten dat een algemene schadevergoedingsregeling ontbreekt:

“In het geval van regulering van eigendom bestaat slechts gehoudenheid tot schadevergoeding indien in algemene zin niet aan het proportionaliteitsvereiste wordt voldaan.”<sup>62</sup>

Voor zover ons bekend is op dit moment (nog) niet voorzien in een algemene schadevergoedingsregeling voor het fosfaatrechtenstelsel.

*Ernst van de aantasting van het eigendomsbelang (ii)*

De percentages die worden gehanteerd bij de instrumenten generieke afroaming en afroaming bij overdracht betreffen percentages die gebruikelijk zijn en reeds eerder zijn gehanteerd bij het afroemen van varkensrechten. Het

59 Zie HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, r.o. 7.2.

60 Zie EHRM 30 april 2013, AB 2014/13, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.  
 61 Zie Gerechtshof Arnhem 3 juli 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9966 en HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5098.  
 62 CBb 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:149, r.o. 5.5.3 en Cbb 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:150.



kortingspercentage van 4%-8% voor de generieke afroming dat wordt genoemd in de wetsgeschiedenis is niet wettelijk vastgelegd. De hoogte van het kortingspercentage hangt af van een aantal factoren. Zo is het nog niet bekend hoe ruim de knelgevallenregeling zal uitvallen en hoeveel melkveehouders hieronder zullen vallen. Hoe ruimer de knelgevallenregeling is, des te groter de korting is die door de andere melkveehouders gedragen zal moeten worden en des te groter de aantasting van de eigendom voor de andere melkveehouders zal zijn. Ook worden grondgebonden bedrijven vrijgesteld van de generieke korting. Hierdoor valt de generieke korting en daarmee de ernst van de aantasting van het eigendomsbelang voor niet-grondgebonden bedrijven hoger uit. Ook is de hoogte van het kortingspercentage afhankelijk van het succes van het in de inleiding genoemde maatregelenpakket fosfaatreductie 2017.<sup>63</sup> Als hiermee al een flinke fosfaatreductie kan worden bewerkstelligd, dan heeft dit uiteraard gevolgen voor de nog te bewerkstelligen aanvullende reductie.

Het onderscheid tussen grondgebonden en niet-grondgebonden bedrijven wordt overigens gemaakt omdat grondgebonden bedrijven niet hebben bijgedragen aan het mestoverschot. De regering heeft naar aanleiding van kritische vragen van de Afdeling Advisering van de Raad van State naar de rechtvaardiging van dit onderscheid de memorie van toelichting op dit punt aangevuld.<sup>64</sup> Wat ook van de rechtvaardiging van het maken van dit onderscheid zij, van belang op deze plaats is om op te merken dat een ongelijke behandeling van groepen een schending van de *fair balance* kan opleveren.<sup>65</sup> Tegelijkertijd is het relevant dat, indien een bepaalde groep als gevolg van bepaald overheidsoptreden veel meer schade lijdt dan andere groepen die zich in een relevant vergelijkbare positie bevinden, er sprake is van een (materieel) ongelijke behandeling die via schadevergoeding kan worden opgeheven.<sup>66</sup> Op die manier kan alsnog de vereiste *fair balance* worden bereikt.

Verder is relevant dat door het hanteren van de peildatum van 2 juli 2015 geen rekening wordt gehouden met de hiervoor genoemde latente ruimte en bedrijfsuitbreidingen nadien, tenzij (individuele) melkveehouders onder de knelgevallenregeling vallen. De latente ruimte en de (eventuele) bedrijfsuitbreidingen na 2 juli 2015 verschillen per veehouder, waardoor de ernst van de aantasting van de eigendom per veehouder verschillend kan uitpakken. Tot slot vindt er na de generieke afroming nog een afroming met 10% plaats indien tot overdracht van fosfaatrechten wordt overgegaan. Deze afroming eindigt niet op een vastgesteld tijdstip. Hierdoor kan ook een cumulatie (in de ernst) van de aantastingen plaatsvinden.

Kortom, de ernst van de aantasting van het eigendomsbelang is afhankelijk van factoren die pas in de nabije toekomst nader worden ingevuld.

#### *Onzekerheid ten aanzien van het eigendomsbelang (iii)*

Het kortingspercentage voor de generieke afroming van fosfaatrechten is niet wettelijk vastgelegd en de vraag of door middel van afroming bij overdracht inbreuk wordt gemaakt op het eigendom(srecht) is afhankelijk van de mate waarin melkveehouders fosfaatrechten/melkvee gaan verkopen. Dat betekent echter niet dat de instrumenten generieke afroming en afroming bij overdracht een grote onzekerheid ten aanzien van het eigendomsbelang veroorzaken. Het stelsel op zich is immers helder en sluit grotendeels aan bij het al geldende stelsel inzake varkens- en pluimveerechten.

#### *Voorzienbaarheid van de aantasting van het eigendomsbelang (iv)*

Wat betreft de voorzienbaarheid van de aantasting van het eigendomsbelang is allereerst de volgende overweging van het CBB relevant in de (gevoegd behandelde) zaken inzake de invoering van de inwerkingtreding van de Wet verantwoorde groei melkveehouderij op 1 januari 2015:<sup>67</sup>

“In dat verband acht het College van belang dat professionele ondernemers in de als dynamisch bekend staande melkveehouderijsector konden voorzien dat de reeds lang van tevoren bekende afschaffing van het melkquotum een opwaartse druk zou genereren op het aantal melkkoeien en, daaruit voortvloeiend, een opwaartse druk op de mest- en daarmee de fosfaatproductie, en dat in verband met die afschaffing maatregelen te verwachten waren, waaronder in ieder geval met betrekking tot de productie van dierlijke meststoffen door melkvee. Melkveehouders konden er dan ook in redelijkheid niet op vertrouwen dat de op de regulering van die productie betrekking hebbende wetgeving ongewijzigd zou blijven.”

Het fosfaatrechtenstelsel komt weliswaar ‘bovenop’ de invoering van de Wet verantwoorde groei melkveehouderij, maar toch heeft deze algemene overweging van het CBB naar onze mening als uitgangspunt te gelden. Op 2 juli 2015 heeft de regering het fosfaatrechtenstelsel aangekondigd en aangegeven dat een verdere groei van de (melk)veehouderijsector niet zou worden gefaciliteerd. Van deze boodschap is herhaaldelijk openbaar kennis gegeven. Vanaf 2 juli 2015 kan van de betrokken veehouders dan ook redelijkerwijs worden gevergd dat zij reeds voor het kracht van wet worden van het wetvoorstel met de daarin aangekondigde veranderingen rekening houden, al was op dat moment nog niet duidelijk hoe deze er precies uit zouden komen te zien.

#### *Overgangstermijnen voor het wijzigen of beëindigen van een bepaald gebruik van eigendommen (v)*

Het bieden van adequate overgangstermijnen kan eveneens een belangrijke factor zijn om een *fair balance* te bereiken. Aan agrariërs wordt dan een adequate mogelijkheid gebo-

63 Zie *Kamerstukken I* 2016/17, 34532, D.

64 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34534, 4, p. 7 en 8.

65 Zie EHRM 12 oktober 2004, 60669/00.

66 Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2001, NJ 2003/615 (*Staat/Lavrijsen*).

67 Zie CBB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:149, r.o. 5.5.3 en CBB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:150.

den om hun (eventuele) schade te beperken.<sup>68</sup> Het wetsvoorstel bevat evenwel geen overgangstermijnen in de strikte zin van het woord en zal dus onmiddellijke werking krijgen op het moment dat het kracht van wet krijgt. Toch lijkt het bieden van (algemene) overgangstermijnen in onderhavig geval ook niet goed voorstelbaar, omdat hiermee het doel van het wetsvoorstel in gevaar kan komen. Hoe langer wordt gewacht met de fosfaat reducerende maatregelen, hoe langer het duurt voordat de fosfaatproductie weer onder het nationale plafond uit 2002 is gebracht en wordt voldaan aan de voorwaarde uit de derogatiebeschikking.

Hoewel het wetsvoorstel dus geen algemene overgangstermijnen kent, geldt voor het instrument van generieke afoming van fosfaatrechten dat het definitieve kortingspercentage per 1 juli 2017 bekend wordt gemaakt en dat de korting per 1 januari 2018 wordt geëffectueerd. Door het kortingspercentage een half jaar voordat het wetsvoorstel kracht van wet krijgt bekend te maken, krijgen melkveehouders een half jaar de tijd om de feitelijke fosfaatproductie in 2018 in overeenstemming te brengen met de hoeveelheid fosfaatrechten waarover zij na afoming beschikken. Volgens de regering is de termijn van een half jaar daarvoor voldoende.<sup>69</sup> Wij vragen ons af of een overgangstermijn van een half jaar voor een veehouder reëel is om zijn veestapel in overeenstemming te brengen met de toegekende fosfaatrechten (waar de generieke korting in is verrekend). Ook in de parlementaire geschiedenis is deze vraag al meerdere malen aan de orde geweest.<sup>70</sup>

*De aanwezigheid van een minder aantastende alternatieve overheidsmaatregel waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt: subsidiariteitsvereiste (vi)*

De regering geeft als reden voor de noodzaak van het fosfaatrechtenstelsel naast de reeds ingevoerde wettelijke maatregelen die de mestproductie beperken, zoals verplichte mestverwerking, het stelsel verantwoorde groei veehouderij en het stelsel van productierechten voor varkens en pluimvee, aan dat het fosfaatrechtenstelsel noodzakelijk is om blijvend te garanderen dat voldoende maatregelen wettelijk zijn verankerd om het stelsel van gebruiksnormen dat noodzakelijk is om aan de verplichtingen uit de Nitraatrichtlijn te voldoen, effectief te ondersteunen. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat na het vervallen van het melkquotum op 1 april 2015, de productie van de melkveehouderij en daarmee de mestproductie, anders dan via milieunormen niet meer wordt gereguleerd. Het subsidiariteitsvereiste betekent overigens niet dat indien er inderdaad een minder aantastende overheidsmaatregel beschikbaar is, de gekozen overheidsmaatregel per definitie disproportioneel is. Het is slechts een factor die moet worden meegewogen in de *fair balance*-toets. Ook al zou er een minder aantastende alternatieve overheidsmaatregel voor handen zijn, dan nog betekent dat niet per se dat de

voorgestelde overheidsmaatregel niet in overeenstemming met de *fair balance* is.

Wat betreft het instrument *afomen bij overdracht* is de vraag of er geen minder aantastende alternatieve overheidsmaatregel mogelijk is, relevanter. Afoming bij overdracht dient volgens de regering een tweeledig doel: voorkomen van speculatie en realiseren van milieu-maatschappelijke doelen.<sup>71</sup> Voor zover dit geen milieudoelen betreft rijst de vraag of met het oog op de overige te behartigen maatschappelijke belangen deze maatregel zich verhoudt tot andere mogelijke maatregelen om het beoogde doel te bereiken. Hierbij kan een vergelijking worden gemaakt met het stelsel van de verplichte mestverwerking, de Wet verantwoorde groei veehouderij en de varkens- en pluimveerechten, die immers ook milieu- en maatschappelijke doelen behartigen. Is het wel noodzakelijk om in dit instrument te voorzien naast deze maatregelen? Een motivering wordt thans gemist.

*Onrechtmatigheid van het gebruik van eigendommen (vii)*

Deze factor is alleen van belang voor zover het veehouderij betreft die hun bedrijf in strijd met geldende wet- en regelgeving uitoefenen. Dit criterium speelt in veruit de meeste gevallen geen rol in het kader van de *fair balance*-toets.

*De aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel om de aantastende overheidsmaatregel aan te vechten en een hardheidsclausule (viii)*

Zoals in paragraaf 4 reeds aan de orde is gekomen, voorziet het wetsvoorstel in diverse mogelijkheden voor (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming om de overheidsmaatregel(en) die de eigendommen van de veehouders aantasten in rechte aan te vechten. Verder kan over de vraag of de wet waarin het fosfaatrechtenstelsel wordt geïntroduceerd een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW oplevert jegens de agrariërs worden geprocedeerd bij de burgerlijke rechter. Op voorhand zien wij geen aanknopingspunten voor het standpunt dat er geen effectieve rechtsmiddelen aanwezig zijn om de aantastende overheidsmaatregel aan te vechten.

De constatering dat de algemene wettelijke regeling inzake het fosfaatstelsel in beginsel kan voldoen aan de eisen van art. 1 EP EVRM, betekent echter nog niet dat op individueel besluitvormingsniveau ook aan deze eisen wordt voldaan.

Op wetsniveau dient de wetgever zorgvuldig af te wegen en kenbaar te maken of het op voorhand duidelijk is dat agrariërs een individuele en buitensporige last dragen en dat bepaalde categorieën om die reden moeten worden opgenomen in de knelgevallenregeling.

Het bevoegd gezag dient op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel bij de individuele besluitvorming over de fosfaatrechten van een veehouder de individuele omstandigheden van

68 Zie HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.5.2.

69 Zie Kamerstukken II 2015/16, 34532, 3, p. 24.

70 Zie onder andere Kamerstukken II 2015/16, 34532, 4, p. 5.

71 Zie Kamerstukken II 2016/17, 34532, 7, p. 32.

agrariërs te betrekken.<sup>72</sup> Uiteindelijk is het in individuele zaken eerst aan het bevoegd gezag en uiteindelijk aan de rechter om te toetsen of er niettemin een buitensporige last wordt opgelegd. Daarbij speelt de reikwijdte van de wettelijke knelgevallenregeling een rol. Hoe ruimer de reikwijdte van de wettelijke knelgevallenregeling is, hoe hoger de generieke korting zal zijn die door de gehele sector moet worden gedragen. Het moet proportioneel zijn om de lasten van de knelgevallenregeling af te wentelen op de sector als geheel. Voor zover er als gevolg van het advies van de 'knelgevallencommissie' ruimere toepassing wordt gegeven aan de knelgevallenregeling, bijvoorbeeld om bedrijven die voor 2 juli 2015 onomkeerbare financieringsverplichtingen aangingen te ontzien, is het van belang te wijzen op rechtspraak van het CbB over de invoering van de Wet verantwoorde groei melkveehouderij op 1 januari 2015. In de zaken waar het CbB over oordeelde werd volgens het CbB terecht gewicht toegekend aan het ondernemersrisico bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van de vereiste proportionaliteit.<sup>73</sup> De vraag is daarmee of het aangaan van onomkeerbare financieringsverplichtingen tot het ondernemersrisico behoort en of het categorisch tegemoetkomen aan de belangen van deze groep veehouders wel proportioneel is. Gezien het feit dat een verruimde knelgevallenregeling vervolgens wordt afgewenteld op de sector als geheel, zal hier met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel en gelijkheidsbeginsel zeer zorgvuldig mee omgegaan moeten worden.<sup>74</sup>

Op individueel niveau is voor veehouders rechtsbescherming mogelijk na individuele besluitvorming, waarbij zij voor hun belangen kunnen opkomen. Het is namelijk vanzelfsprekend nog mogelijk dat na het opstellen van een wettelijke regeling en het invullen van de knelgevallenregeling op wetsniveau, veehouders op individueel niveau buitensporig worden geraakt.<sup>75</sup> Volgens de regering kan voor individuele gevallen tevens gebruik worden gemaakt van de 'algemene' ontheffingsbevoegdheid die art. 38 Meststoffenwet (nu al) biedt.<sup>76</sup> Op basis van deze bevoegdheid kan de Minister van Economische Zaken ontheffing verlenen van de verplichtingen van de Meststoffenwet en bijbehorende uitvoeringsregelgeving.

Kortom, het wetsvoorstel voorziet in een effectief rechtsmiddel en een hardheidsclausule. Het is echter nog de vraag in hoeverre de knelgevallenregeling in overeenstemming zal zijn met het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Dat zal mede afhangen van de concrete invulling daarvan.

Aan de hand van onderstaand schema maken wij tot slot inzichtelijk welke aandachtspunten er zijn (A) en aan welke eisen is voldaan c.q. welke eisen in casu geen rol van betekenis spelen (V).

Eis art. 1 EP EVRM	Generieke afroming	Afroming bij overdracht
Inmenging in de eigendom	V	V/A
Bij wet voorzien	V	V
Algemeen belang	A	A
Fair balance/indicatoren:		
Schadevergoeding	A	A
Ernst van de aantasting	A	A
Onzekerheid	V	V
Voorzienbaarheid	V	V
Overgangstermijnen	A	A
Subsidiariteit	V	A
Onrechtmatigheid	V	V
Effectief rechtsmiddel	V	V
Knelgevallenregeling	A	A

#### 5.4 Algemene aandachtspunten bij introductie (her)verdelingssysteem

Welke lessen kunnen worden getrokken uit voorgaande verhandeling over het wetsvoorstel en de verhouding tot het eigendomsrecht voor de introductie van (her)verdelingssystemen in het algemeen? De verhandeling laat zien dat de eisen die uit art. 1 EP EVRM voortvloeien, belangrijke randvoorwaarden betreffen waarbinnen een (her)verdelingssysteem dient te worden vormgegeven, voor zover dit systeem eigendomsregulering of -ontneming tot gevolg heeft. Over het *fair balance*-vereiste mede in relatie tot het *algemeenbelang*-vereiste uit art. 1 EP EVRM bestaat de meeste discussie in de jurisprudentie, maar duidelijk is dat art. 1 EP EVRM de nodige ruimte aan lidstaten geeft om hun maatregelen op de door hen gewenste manier vorm te geven.

Bij het vormgeven van maatregelen is het in de eerste plaats noodzakelijk om het achterliggende doel dat de maatregel dient voor ogen te houden. Het is in dat kader relevant om de eventuele Europees- en internationaalrechtelijke achtergrond van een bepaald doel te kennen, mede in verhouding tot andere Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke verplichtingen. Van belang is om doelen van maatregelen 'zuiver' te houden. Ons voorbeeld van het fosfaatrechtstelsel laat bijvoorbeeld zien dat het instrument *afroming bij overdracht* geen zuiver milieubelang dient, maar met name het stimuleren van grondgebondenheid en jonge landbouwers beoogt. Het combineren van doelstellingen in één (her)verdelingssysteem verdient geen aanbeveling, omdat per doelstelling toetsing aan de vereisten van art. 1 EP EVRM moet plaatsvinden zoals de proportionaliteitstoets en subsidiariteitstoets. Stelselveranderingen die meerdere beleidsterreinen raken, zijn op zichzelf al complex omdat ieder stelsel zijn eigen doelstellingen en beleidsinstrumenten kent die niet automatisch goed op elkaar zijn afgestemd. Die afstemming vraagt expliciete aandacht en vraagt om

72 Zie CbB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:149, r.o. 5.6.3 en CbB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:150.

73 Zie CbB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:149, r.o. 5.5.3 en CbB 15 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:150.

74 Zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34532, 42.

75 Zoals ook het geval was bij de Wet herstructurering varkenshouderij, zie HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5098.

76 Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34532, 3, p. 34.

weloverwogen en passende afstemmings- of coördinatie-mechanismen.<sup>77</sup>

In de tweede plaats dient bij de vormgeving van (her)verdelingssystemen acht te worden geslagen op de indicatoren die uit de jurisprudentie van het EHRM kunnen worden gedestilleerd. Een aantal indicatoren is in algemene zin van belang bij het vormgeven van (her)verdelingssystemen. Zo is het al dan niet aanbieden van schadevergoeding een belangrijke factor om de *fair balance* te bereiken. Andere genoemde indicatoren zijn in feite ‘hulpfactoren’ die gebruikt kunnen worden bij de vraag óf er schadevergoeding moet worden aangeboden of niet. Door middel van het opnemen van adequate overgangstermijnen in maatregelen kunnen bepaalde vormen van (vermogens)schade geheel of gedeeltelijk worden voorkomen.

Een afzonderlijke bespreking verdient tot slot de indicator ‘hardheidsclausule’. Indien er sprake is van een plafond van gebruiksruimte (zoals in casu het fosfaatplafond) dan geldt dat hoe ruimer een knelgevallenregeling wordt vormgegeven, hoe groter de ‘last’ is die door een bepaalde sector als geheel moet worden gedragen. Hier dient met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zorgvuldig mee te worden omgegaan.

## 6. Conclusie

In dit artikel staat de bescherming van het eigendomsrecht als een van de belangrijke juridische randvoorwaarden waarbinnen (her)verdelingssystemen kunnen worden vormgegeven centraal. Het belang van deze randvoorwaarden is geïllustreerd door het wetsvoorstel fosfaatrechten te beoordelen in het licht van art. 1 EP EVRM. Gebleken is dat de instrumenten waar het wetsvoorstel in voorziet (generieke afroming en afroming bij overdracht), voorzien in een inmenging in de eigendommen van veehouders, waardoor moet worden bezien of er een rechtvaardiging bestaat voor deze inbreuk. Verdedigbaar is dat het instrument *generieke afroming* een maatregel is die het algemeen (milieu)belang behartigt, al valt op de motivering van de regering die hieraan ten grondslag ligt nog wel het een en ander af te dingen. Het instrument *afroming bij overdracht* dient deels andere belangen (namelijk het voorkomen van speculatie en het stimuleren van grondgebondenheid en jonge landbouwers) dan het primaire doel van het wetsvoorstel (begrenzen en reduceren fosfaatproductie). Deze belangen zouden wellicht als algemene belangen in de zin van art. 1 EP EVRM aangemerkt kunnen worden, maar deze zijn van een andere aard en gewicht dan de primaire doelstelling van het wetsvoorstel waardoor de proportionaliteitstoets per instrument anders kan uitvallen.

Voor wat betreft de vereiste *fair balance* geldt dat lidstaten een ruime *margin of appreciation* hebben bij deze keuze van de middelen om het algemeen belang te dienen. Hoewel de

wetgever c.q. het bestuursorgaan zal moeten beoordelen of er aan de *fair balance* is voldaan, zien wij op voorhand geen redenen dat in abstracto niet voldaan kan worden aan de *fair balance*. Het is namelijk volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de Wet herstructurering varkenshouderij in beginsel niet ongerechtvaardigd 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 deze schade veroorzaken. Verder worden de fosfaatrechten in het wetsvoorstel om niet verworven en voorziet het voorstel – voor zover wij dat op voorhand kunnen inschatten – niet in een ontneming van eigendomsrechten. Ook kan niet gezegd worden dat er grote onzekerheid bestaat ten aanzien van het eigendomsbelang, zijn de maatregelen in beginsel per 2 juli 2015 voorzienbaar (mogelijk al eerder) en bestaan er effectieve rechtsmiddelen om de aantastende overheidsmaatregelen aan de rechter voor te leggen. Tot slot bevat het wetsvoorstel een hardheidsclausule voor knelgevallen. Aandachtspunten bij de verdere vormgeving en implementatie van het fosfaatrechtstelsel betreffen:

- het feit dat er – in algemene zin – geen wettelijke overgangstermijn is opgenomen in het wetsvoorstel. Dit lijkt als gevolg van de doelstelling van het wetsvoorstel ook niet goed mogelijk, maar dit betekent wel dat dit geen factor is die kan bijdragen aan het bereiken van de *fair balance*;
- de vraag of een half jaar bij toepassing van de generieke korting de melkveehouders voldoende tijd biedt om hun veestapel in overeenstemming te brengen met de aan hen toegekende fosfaatrechten;
- de vraag of de invoering van het instrument afromen bij overdracht – anders dan het instrument generieke korting – wel noodzakelijk is gelet op de hoofddoelstelling van het wetsvoorstel, gezien het feit dat dit instrument andere algemene belangen (mogelijk minder zwaarwegende belangen) dan alleen het milieubelang behartigt en dat dit instrument daarom een aparte proportionaliteitstoets vergt;
- de vraag of de knelgevallenregeling niet te ruim wordt vormgegeven; hierbij dient het gelijkheidsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen;
- de vraag of het kunnen verkrijgen van een derogatie (en met name het instrument afroming bij overdracht) wel valt onder het algemeen belang ‘milieubescherming’ nu hiermee mogelijk juist later aan de doelstellingen van de Nitraatrichtlijn zal worden voldaan en een derogatie niet bijdraagt aan het bereiken van de doelstellingen van de Kaderrichtlijn Water;
- het gegeven dat de ernst van de aantasting van de maatregelen bij de generieke korting (omdat dit percentage niet wettelijk is verankerd) en de aantasting van de latente ruimte nog moeilijk in te schatten is; en
- het gegeven dat door afroming bij overdracht na de generieke afroming een cumulatie van aantastingen van het eigendomsrecht kan plaatsvinden.

77 Zie H.K. Gilissen, M. Alexander, J.C. Beyers, P. Chmielewski, P. Matczak, T. Schellenberger and C. Suykens, ‘Bridges over Troubled Waters – An Interdisciplinary Framework for Evaluating the Interconnectedness within Fragmented Flood Risk Management Systems’, *Journal of Water Law* 2016-25 (1), p. 12-26.



Deze factoren zouden in algemene zin onder andere relevant kunnen zijn voor de vraag óf er uiteindelijk schadevergoeding moet worden aangeboden om de vereiste *fair balance* te bewerkstelligen. Het gegeven dat op wetsniveau voldaan is aan de *fair balance*, wil niet zeggen dat individuen geen individuele en buitensporige last opgelegd kunnen krijgen. Dit betekent dat op individueel niveau bij de concrete besluitvorming de relevante feiten, omstandigheden en belangen moeten worden onderzocht en afgewogen om te bezien of er bij de individuele besluitvorming agrariërs individueel en buitensporig worden geraakt. Dit kan uiteindelijk resulteren in de noodzaak om schadevergoeding aan te bieden aan individuele melkveehouders om de *fair balance* te bereiken. Wij menen met inachtneming van het voorgaande dat het verdedigbaar is dat in abstracto op wetsniveau is voldaan aan de vereiste *fair balance* en dat derhalve niet voorzien behoeft te worden in een algemene schadevergoedingsregeling, maar dat het mogelijk is dat individuen bij de concrete besluitvorming niettemin een individuele en buitensporige last opgelegd kunnen krijgen. Als deze melkveehouders kunnen aantonen dat zij in vergelijking met andere melkveehouders onevenredig zwaar worden getroffen, dan zal de overheid hen (als zij het tegendeel niet kan bewijzen) tegemoet moeten komen in de door hen geleden schade.<sup>78</sup> De eerder aangehaalde kwestie inzake de varkensrechten laat evenwel ook zien dat melkveehouders zich niet te snel rijk moeten rekenen. Jarenlang procederen heeft uiteindelijk voor de varkenshouders niets of slechts bescheiden vergoedingen opgeleverd.<sup>79</sup>

Tot slot is voor de vormgeving van (her)verdelingssystemen in het algemeen van belang om de achterliggende doelstellingen van maatregelen goed voor ogen te hebben en deze zuiver te houden. Dit is wenselijk om zo interferentie van beleidsterreinen te voorkomen. Ook dient de proportionaliteit per maatregel te worden bezien, waardoor de toets per maatregel – naargelang het belang dat er aan ten grondslag ligt – per instrument verschillend kan uitvallen. Verder dienen de indicatoren om de vereiste *fair balance* te bewerkstelligen bij de uitwerking van (her)verdelingssystemen te worden betrokken. De varkensrechten- en de fosfaatrechtenkwestie laten in ieder geval zien dat mét toepassing van de indicatoren op wetsniveau het *fair balance*-vraagstuk een relatief eenvoudig te nemen horde is.

Stront aan de knikker? Dit lijkt op het eerste gezicht voor de overheid mee te vallen, maar de melkveehouders gaan een spannende tijd tegemoet, dat is zeker.

78 Zie ook CBB 15 juni 2016, AB 2017/34, m.nt. Barkhuysen.

79 Zie ook Barkhuysen in zijn noot bij CBB 15 juni 2016, AB 2017/34, m.nt. Barkhuysen.