

# Jurisprudentiebespreking

**TvAR 2022/8087**

**Raad van State**  
**12 januari 2022**

**ECLI:NL:RVS:2022:58**

**Met noot van mr. R. Ligtoet**

**Milieu**

**(Mts/LNV)**

**(mr. M.C. Stoové)**

**Meststoffenwet. Fosfaatrechten. Evenredigheidsbeginsel.**

[Meststoffenwet, art. 21b lid 1, art. 23 lid 3, art. 38 lid 2; Eerste Protocol bij het EVRM (EP), art. 1; Algemene wet bestuursrecht, art. 3:4 lid 2, art. 6:19]

*Fosfaatrechten. Strijd met het evenredigheidsbeginsel. Belang van het behoud van derogatie weegt in dit geval minder zwaar dan het belang van appellante. Beroep gegrond. College voorziet zelf in de zaak en verleent een ontheffing.*

**uitspraak van de enkelvoudige kamer van 1 februari 2022 in de zaak tussen**

**Maatschap [naam 1], te [plaats], appellante**  
(gemachtigde: mr. J.M.M. Kroon),

en

**de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, verweerder**

(gemachtigde: mr. J. Cortet, mr. M. Leegsma en mr. S. Pieron).

**Procesverloop**

Met een besluit van 25 mei 2018 (het primaire besluit) heeft verweerder op grond van artikel 23, derde lid, van de Meststoffenwet (Msw) het fosfaatrecht van appellante vastgesteld.

Met een besluit van 23 augustus 2019 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van appellante ongegrond verklaard.

Appellante heeft beroep ingesteld tegen het bestreden besluit.

Met een besluit van 24 december 2020 (het vervangingsbesluit) heeft verweerder het bestreden besluit ingetrokken en het bezwaar van appellante opnieuw ongegrond verklaard.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Appellante heeft aanvullende stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 4 februari 2021. Verweerder heeft zich laten vertegen-

woordigen door mr. J. Cortet en mr. M. Leegsma. Namens appellante waren haar gemachtigde en [naam 2] aanwezig.

Het College heeft het onderzoek heropend en appellante verzocht om aanvullende stukken in te dienen. Appellante heeft aanvullende stukken ingediend. Verweerder heeft daar schriftelijk op gereageerd.

Het nadere onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 19 november 2021. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M. Leegsma en mr. S. Pieron. Namens appellante waren haar gemachtigde en [naam 2] aanwezig.

**Overwegingen**

1. Op grond van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft het beroep tegen het bestreden besluit mede betrekking op het vervangingsbesluit. Omdat het bestreden besluit is vervangen door het vervangingsbesluit en niet is gebleken dat appellante nog belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van het beroep tegen het bestreden besluit, zal dat beroep niet-ontvankelijk worden verklaard. Het College zal hierna het beroep tegen het vervangingsbesluit beoordelen.

Waar gaat de zaak over?

2.1

Appellante heeft op 8 april 2015 een boerderij gekocht aan de [adres] in [plaats], met het plan daar een biologische melkveehouderij met Jerseykoeien te starten. Op 19 februari, 1 juni en 11 juni 2015 heeft zij pachtovereenkomsten gesloten voor verschillende percelen grond rondom de boerderij. Op 24 april 2015 heeft zij deze percelen aangemeld bij Skal voor de omschakeling naar biologisch. Op 7 juli 2015 heeft zij het biocertificaat gekregen.

2.2

De vorige eigenaar van de boerderij had een reguliere melkveehouderij, maar is in 2012 omgeschakeld en had vanaf dat moment een opfokbedrijf. Op 14 mei 2012 is aan hem een vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw) verleend voor het houden van 142 stuks vrouwelijk jongvee, 2 vleesstieren en 52 stuks overig jongvee. Nadat appellante de boerderij heeft gekocht, heeft zij een nieuwe Nbw-vergunning aangevraagd. Deze is op

7 oktober 2015 verleend en op grond daarvan mag zij 105 melk- en kalkkoeien en 65 stuks jongvee houden.

2.3

Appellante heeft de investeringen deels met eigen geld en deels met leningen bij de bank gefinancierd. Verweerder heeft op 28 oktober 2015 een garantstelling voor een lineaire lening van € 160.000,- aan appellante verleend.

2.4

Op de peildatum 2 juli 2015 hield appellante nog geen dieren op haar bedrijf. De gronden waren nog in omschakeling, waardoor zij nog geen biologisch voer

had en dus nog niet op biologische wijze dieren kon houden. Op 22 januari 2016 heeft appellante de eerste drachtige vaarzen aangevoerd.

3. Verweerder heeft het fosfaatrecht van appellante vastgesteld op 0 kg, omdat zij op de peildatum geen dieren hield. Appellante is het daar niet mee eens en heeft daarom beroep ingesteld. Zij heeft het College verzocht alsnog fosfaatrechten aan haar toe te kennen, of aan haar een ontheffing te verlenen voor het houden van melkvee zonder over de fosfaatrechten te beschikken die daarvoor nodig zijn. Het College zal hieronder ingaan op de verschillende argumenten die zij daarvoor heeft aangevoerd.

Getuigen

4. Appellante heeft aangevoerd dat zij al lange tijd met verweerder in gesprek is over de omvang (en eventuele kwijschelding) van de geldsommen in het kader van het fosfaatreductieplan en de eventuele boetes voor het tekort aan fosfaatrechten. Appellante heeft de twee ambtenaren met wie zij veel overleg heeft gehad, opgeroepen om als getuige aanwezig te zijn op de zitting van 4 februari 2021, zodat zij hierover kunnen verklaren. Zij hebben aan deze oproep geen gehoor gegeven. Appellante heeft het College daarom gevraagd de twee ambtenaren op te roepen en te horen. Het College heeft besloten dit niet te doen, omdat het van oordeel is dat de verklaringen van deze getuigen niet noodzakelijk zijn voor de vaststelling van de feiten in deze zaak. Volgens appellante zouden de getuigen kunnen verklaren over de financiële situatie van haar bedrijf, in relatie tot het vaststellen van een eventuele ontheffing voor het houden van melkvee zonder fosfaatrechten. Het College stelt vast dat de financiële situatie van het bedrijf niet in geschil is. Appellante heeft aangevoerd dat haar bedrijf failliet gaat als zij geen fosfaatrechten of ontheffing krijgt. Verweerder heeft dit niet betwist en ook het College gaat daarvan uit. Verklaringen van de getuigen over de financiële situatie van het bedrijf zijn daarom niet noodzakelijk voor de beoordeling van de zaak.

Startersregeling

5.1

Appellante stelt dat verweerder haar ten onrechte niet heeft aangemerkt als nieuw gestart bedrijf in de zin van artikel 72 van het Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet (Uitvoeringsbesluit). Zij heeft in 2015 een bedrijfslocatie overgenomen waar eerder een regulier (niet biologisch) melkveebedrijf gevestigd was en is direct gestart met de omschakeling van de landbouwgronden naar biologische teelt. Als appellante niet in omschakeling zou zijn geweest, zou zij op de peildatum wel vee hebben gehouden en als nieuw gestart bedrijf zijn aangemerkt.

5.2

Het College is van oordeel dat verweerder het beroep van appellante op de startersregeling op goede gronden heeft afgewezen. Zij voldoet niet aan de in artikel 72, tweede lid, onder c, van het Uitvoeringsbesluit genoemde voorwaarde dat tussen

1 januari 2014 en 2 juli 2015 is gestart met de melkproductie. Appellante komt ook niet in aanmerking voor de uitzondering van artikel 72, zesde lid, van het Uitvoeringsbesluit, omdat zij niet voldoet aan de in die bepaling vermelde voorwaarde dat er op 2 juli 2015

vrouwelijk jongvee voor de melkveehouderij werd gehouden op het bedrijf. Dat appellante op de peildatum nog geen vee hield en nog geen melk produceerde omdat zij haar bedrijf toen aan het omschakelen was naar een biologische productiewijze, leidt niet tot een ander oordeel. De wetgever heeft de regeling voor knelgevallen bewust beperkt gehouden, mede om te voorkomen dat de benodigde generieke korting groter zou uitvallen. Artikel 72 van het Uitvoeringsbesluit laat geen ruimte om de startersregeling op appellante van toepassing te verklaren. Deze beroepsgrond slaagt niet.

Evenredigheidsbeginsel

6.1

Appellante heeft, vanwege de moeilijke situatie die is ontstaan door de fosfaatwetgeving, haar bedrijfsplan bijgesteld. Zij richt zich nu op het houden van ongeveer 68 melk- en kalkkoeien en 40 stuks jongvee. Appellante wijst erop dat het College in het kader van het fosfaatreductieplan op 23 maart 2021 uitspraak heeft gedaan (ECLI:NL:CBB:2021:330) en heeft geoordeeld dat het strikt volgen van de Regeling fosfaatreductieplan 2017 in haar geval onevenredig gevolgen met zich brengt. Appellante stelt dat zij ook door het fosfaatrechtenstelsel onevenredig wordt geraakt en dat verweerder haar daarom op grond van artikel 38 van de Msw een ontheffing had moeten verlenen van het in artikel 21b, eerste lid, van de Msw neergelegde verbod om meer fosfaat te produceren dan het op het bedrijf rustende fosfaatrecht.

6.2

De mogelijkheid om een ontheffing te verlenen is een discretionaire bevoegdheid van verweerder. Het College toetst de toepassing daarvan aan het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Daarin staat dat de voor een belanghebbende nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Er moet dus een belangenafweging gemaakt worden.

6.3.1

Het vervangingsbesluit heeft als doel om in lijn met het fosfaatrechtenstelsel uitbreidingen van melkveebedrijven na de peildatum tegen te gaan en zo de derogatie – toestemming van de Europese Unie om meer mest uit te rijden dan volgens de Nitraatrichtlijn is toegestaan – voor Nederland te behouden. Verweerder heeft tijdens de zitting benadrukt dat de Europese Commissie Nederland nog steeds streng in de gaten houdt en dat de onderhandelingen over de derogatie vanaf 2022 nog niet afgerond zijn. Om die reden stelt verweerder geen extra fosfaatproductie te kunnen toestaan voor bedrijven zoals dat van appellante.

6.3.2

Het College onderkent dat het (algemene) belang van het behoud van derogatie groot is. Dat is ook de reden dat de belangenafweging in veel fosfaatrechtzaken in het nadeel van de melkveehouder uitvalt. De vraag is of verweerder ook in dit geval heeft kunnen concluderen dat het belang van derogatie voorgaat op het belang van appellante.

6.3.3

Voor de beantwoording van deze vraag acht het College van belang dat toen appellante de boerderij

kocht er al een Nbw-vergunning aanwezig was voor het houden van 142 stuks jongvee voor de melkveehouderij. Voor zover appellante niet meer dieren is gaan houden dan op basis van deze vergunning mogelijk was, hebben haar keuzes en investeringen geen nadelig effect gehad op het behalen van het doel van het fosfaatrechtenstelsel, namelijk het voorkomen van uitbreidingen van de fosfaatproductie en het behoud van derogatie. Dat betekent dat het belang van het behoud van derogatie in deze zaak minder zwaar weegt.

#### 6.3.4

Daarnaast zijn er ook algemene belangen gediend met het in stand houden van het bedrijf van appellante. Uit het dossier blijkt namelijk dat het bedrijf van appellante een voorbeeld is op het gebied van duurzame, toekomstbestendige veehouderij. Het bedrijf werkt niet alleen biologisch, maar is ook zeer vooruitstrevend op het gebied van dierenwelzijn en biodiversiteit. Daarnaast richt appellante zich op lokale en regionale afzet van producten. De gemeentes [gemeente 1] en [gemeente 2] benadrukken in hun brief van 28 oktober 2021 dat deze manier van ondernemen volledig past in hun visie op de landbouw en de transitie naar extensieve en duurzamere veehouderij.

#### 6.3.5

Appellante heeft vóór de peildatum haar plannen ontwikkeld en een boerderij gekocht. Vlak daarna, ook nog vóór de peildatum, heeft zij haar bedrijf aangemeld bij Skal. Tijdens de omschakelperiode naar biologische landbouw moet aan alle voorwaarden voor biologische productie worden voldaan. Pas na een omschakelperiode, die afhankelijk van het type bedrijf een à twee jaar duurt, mag het bedrijf het predicaat 'biologische melk' voeren. Appellante is in januari 2015 begonnen met de omschakeling. Vervolgens heeft zij begin 2016, toen zij aan alle voorwaarden voldeed, Jerseykoeien op haar bedrijf aangevoerd en is zij gestart met de productie van biologische melk. Zoals het College al heeft geoordeeld in de uitspraak van

23 maart 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:330) is de keuze van appellante om het bedrijf niet direct na aankoop vol te zetten met runderen begrijpelijk en kan haar redelijkerwijs niet worden tegengeworpen dat zij op de peildatum nog geen dieren hield. Deze keuze heeft echter zeer nadelige gevolgen voor appellante gehad: zij heeft geen fosfaatrechten toegekend gekregen. Vaststaat dat als appellante geen ontheffing krijgt, haar bedrijf failliet gaat. Zij heeft dus een zeer zwaarwegend belang bij het verkrijgen van een ontheffing.

#### 6.3.6

Wat in 6.3.1 tot en met 6.3.5 is overwogen maakt dat het belang van het behoud van derogatie in dit geval minder zwaar weegt dan het belang van appellante. Het vervangingsbesluit doorstaat de toets aan het evenredigheidsbeginsel niet en is daarom in strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Verweerder heeft ten onrechte geweigerd aan appellante een ontheffing te verlenen tot het niveau van de Nbw-vergunning die al op het bedrijf rustte (2.237 kg). Deze beroepsgrond slaagt.

Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM

#### 7.1

Het recht op eigendom is neergelegd in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP). Het verzekert het recht op het ongestoord genot van eigendom, maar tast 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. Er moet dan wel een redelijk evenwicht (fair balance) bestaan tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. Van een fair balance is geen sprake als er een individuele en buitensporige last ontstaat voor een betrokkene die door het fosfaatrechtenstelsel wordt geraakt.

#### 7.2

Bij de beoordeling of de last voor de betrokken melkveehouder buitensporig is, weegt het College alle betrokken belangen van het individuele geval af. In dat verband is vooral relevant de mate waarin het fosfaatrechtenstelsel de individuele melkveehouder raakt. Niet ieder vermogensverlies als gevolg van het fosfaatrechtenstelsel en het toegekende fosfaatrecht vormt een buitensporige last. Voor de situatie waarin sprake is van een uitbreiding van het bedrijf is het verder van belang of en zo ja op welk moment, in welke mate en met welke noodzaak of andere motieven de melkveehouder zijn bedrijf legaal heeft uitgebreid op grond van door de overheid verleende vergunningen voor het houden van specifieke aantallen melkvee en daartoe onomkeerbare investeringen is aangegaan (zie de uitspraak van 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, onder 6.8.2).

#### 7.3

Na het toekennen van de ontheffing komt appellante nog 597 kg fosfaatrecht tekort om haar voorgenomen bedrijfsvoering van 68 melk- en kalkkoeien en 40 stuks jongvee te kunnen voeren. Het College wil wel aannemen dat zij daarmee nog steeds financieel wordt geraakt door het fosfaatrechtenstelsel, maar dat betekent nog niet dat sprake is van een individuele en buitensporige last. De voorgenomen bedrijfsvoering is namelijk een uitbreiding van de fosfaatproductie ten opzichte van wat al vergund was. Voor deze uitbreiding heeft appellante pas ná de peildatum een vergunning gekregen en volgens vaste jurisprudentie van het College kan er dan geen sprake zijn van een individuele en buitensporige last. Van strijd met artikel 1 van het EP is daarom geen sprake. Deze beroepsgrond slaagt niet.

#### Slotsom

#### 8.1

Het beroep tegen het bestreden besluit is niet-ontvankelijk. Het beroep tegen het vervangingsbesluit is gegrond en het College zal dat besluit vernietigen wegens strijd met artikel 23, derde lid, van de Msw en artikel 38, tweede lid van de Msw in verbinding met artikel 3:4, tweede lid van de Awb.

#### 8.2

Het College voorziet zelf in de zaak door het primaire besluit te herroepen en aan appellante een ontheffing te verlenen om op haar bedrijf in een kalenderjaar tot

maximaal 2.237 kg fosfaat aan dierlijke meststoffen met melkvee te produceren zonder daarvoor over fosfaatrecht te beschikken. Dit betekent dat verweerder geen nieuw besluit hoeft te nemen.

8.3

Het College veroordeelt verweerder in de proceskosten van appellante in bezwaar en beroep. Deze kosten worden op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vastgesteld op € 2.979,50 (1 punt voor het bezwaarschrift en 1 punt voor het verschijnen op de hoorzitting, met een waarde per punt van € 541,- en een wegingsfactor 1, en 1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting en 0,5 punt voor het verschijnen op de nadere zitting, met een waarde per punt van € 759,- en een wegingsfactor 1).

### Beslissing

Het College:

- verklaart het beroep tegen het bestreden besluit niet-ontvankelijk;
- verklaart het beroep tegen het vervangingsbesluit gegrond;
- vernietigt het vervangingsbesluit;
- herroept het primaire besluit;
- verleent aan appellante een ontheffing om op haar bedrijf in een kalenderjaar tot maximaal 2.237 kg fosfaat aan dierlijke meststoffen met melkvee te produceren zonder daarvoor over fosfaatrechten te beschikken;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde vervangingsbesluit;
- draagt verweerder op het betaalde griffierecht van € 345,- aan appellante te vergoeden;

### Noot

Eigendomsperikelen in de agrarische sector blijven aanleiding bieden voor interessante rechtspraak. Zo ook in drie uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), ECLI:NL:CBB:2022:55, ECLI:NL:CBB:2022:57 en ECLI:NL:CBB:2022:58. In de uitspraken oordeelt het CBb over de vraag of het fosfaatrechtenstelsel en de gevolgen ervan voor drie melkveehouders strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel dan wel een individuele en buitensporige last opleveren in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (art. 1 EP).

In een eerdere bijdrage aan dit tijdschrift concludeerde ik al dat beroepen op onverbindendverklaring van wet- of regelgeving, omdat die in strijd zouden zijn met art. 1 EP, zelden tot nooit worden gehonoreerd (zie daarvoor R. Ligtoet, Eigendom in de agrarische sector: geen rustig bezit, TvAR maart 2019, nr. 3, blz. 155 t/m 164). De ruimte voor gegronde beroepen op strijdigheid met artikel 1 EP zit vooral in de buitensporige last. Dat is ook in de gevallen van de drie melkveehouders zo. Eén van de melkveehouders probeerde het nog wel met de stelling dat het fosfaatrechtenstelsel op niveau van de regeling strijd oplevert met artikel 1 EP, maar daarmee maakt het CBb korte metten. Het CBb oordeelt dat hij eerder heeft gemotiveerd dat het fosfaatrechtenstelsel ver-

enigbaar is met art. 1 EP en verwijst zonder nadere motivering naar een aantal uitspraken waarin dat is bepaald (ECLI:NL:CBB:2018:522, ECLI:NL:CBB:2019:1-7 en ECLI:NL:CBB:2019:291). Tot zover niets nieuws onder de horizon.

Vervolgens buigt het CBb zich over de vraag of er in de individuele gevallen van de drie melkveehouders sprake is van een buitensporige last. Zoals ik in de hiervoor genoemde bijdrage al beargumenteerde, is het geen sinecure om een buitensporige last aan te tonen. Daarvoor moet men goed beslagen ten ijs komen. Alle omstandigheden van het geval zijn van belang. Met name moet worden aangetoond dat maatregelen in een concreet geval gevaar opleveren voor de continuïteit van een agrarisch bedrijf. Bijvoorbeeld door een zware financiële last of een groot financieel nadeel. Daarvoor zijn bijzondere omstandigheden vereist. Niet ieder vermogensverlies wordt als buitensporige last aangemerkt. In dat verband wijst het CBb ook veelal op een (in meer of mindere mate aanwezig) ondernemersrisico. Toch boeken de drie melkveehouders (weliswaar beperkt) succes.

In de eerste kwestie werden uitbreidingsplannen van de melkveehouder gedwarsboomd door het fosfaatrechtenstelsel. De melkveehouder had flink geïnvesteerd in de bouw van een nieuwe stal en de aankoop van landbouwgrond, maar zag zijn investering niet vertaald in een corresponderend aantal fosfaatrechten omdat hij op de peildatum (2 juli 2015) zijn stal niet vol had staan. De reden daarvoor was dat de vereiste vergunningen ontbraken. Daarnaast kreeg de melkveehouder te maken met de uitbraak van een besmettelijke dierziekte (para-TBC) en werd herstel van de veestapel gehinderd door een aantal mislukte dekkingen, waardoor er op de peildatum minder vee werd gehouden.

Voor uitbreidingssituaties is volgens het CBb van belang of en zo ja op welk moment, in welke mate en met welke noodzaak of andere motieven de melkveehouder zijn bedrijf legaal heeft uitgebreid op grond van door de overheid verleende vergunningen voor het houden van specifieke aantallen dieren en daartoe onomkeerbare investeringen is aangegaan. De beslissing om uit te breiden moet in de gegeven omstandigheden – wat betreft het tijdstip waarop de beslissing is genomen, de omstandigheden waaronder de beslissing is genomen, de mate waarin en de reden waarom is geïnvesteerd – navolgbaar zijn, mede gezien in het licht van de afschaffing van het melkquotum en de maatregelen die in verband met die afschaffing te verwachten waren. Bovendien moeten er goede redenen zijn om aan te nemen dat geen evenwicht bestaat tussen de belangen die zijn gediend met het fosfaatrechtenstelsel (de bescherming van het milieu en de volksgezondheid en het voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de Nitraatrichtlijn) en de belangen van de melkveehouder (waaronder continuïteit van zijn bedrijf).

Het CBb maakt in de situatie van de eerste melkveehouder onderscheid tussen herstel en uitbreiding van de veestapel. Herstel van de vergunde en daad-

werkelijk gehouden veestapel als gevolg van de besmetting met para-TBC en de mislukte dekkingen merkt hij aan als buitensporige last, omdat de melkveehouder daarop niet kon anticiperen. Daarbij is volgens het CBb van belang dat het fosfaatrechtstelsel niet is bedoeld om herstel van een door bijzondere omstandigheden (dierziekte) geslonken veestapel onmogelijk te maken, maar om uitbreidingen te stoppen (om zo de Europese derogatie te behouden). Uit het door de veehouder overgelegde bewijs leidt het CBb af dat er ruim voor de peildatum daadwerkelijk vee werd gehouden. Op de peildatum was de veestapel een stuk kleiner en was er veel jongvee aanwezig, waarna de veestapel na de peildatum weer groeide. Daaruit leidt het CBb af dat er daadwerkelijk sprake was van para-TBC en mislukte dekkingen en dat de wens was om de veestapel weer op peil te brengen. Hoewel dierziekte een reden is voor toepassing van de knelgevallenregeling als bedoeld in artikel 23, lid 6, van de Meststoffenwet, oordeelt het CBb dat para-TBC in combinatie met een aantal mislukte dekkingen een 'samenstel van omstandigheden is waarvoor de knelgevallenregeling geen voorziening biedt.' Kennelijk wordt een dierziekte in combinatie met dekkingsproblemen niet als 'diergezondheidsprobleem' in de zin van de knelgevallenregeling gezien, maar mij is niet duidelijk waarop dat oordeel is gebaseerd (het volgt ook niet uit de uitspraak). Hoe dan ook, er is wel sprake van een buitensporige last.

Het laat zich vervolgens raden wat het oordeel van het CBb is over de uitbreidingsplannen van de melkveehouder. Het CBb oordeelt dat beslissingen om vóór 2 juli 2015 te investeren, terwijl er op die datum nog geen vergunningen waren, in de regel voor risico van de melkveehouder komen, omdat hij op de vergunningen is vooruitgelopen. In die gevallen is veelal geen ruimte om een schending van art. 1 EP aan te nemen. Ook niet als er aanzienlijke financiële consequenties zijn. De melkveehouder had op de peildatum niet de vereiste vergunningen en het CBb ziet geen reden om van de hiervoor genoemde hoofdregel af te wijken. De melkveehouder vangt dus bot als het gaat om fosfaatrechten vanwege zijn uitbreidingsplannen. Het CBb schaart de plannen onder het ondernemersrisico. Gelet op de forse investeringen die de melkveehouder deed voor de uitbreiding van zijn bedrijf, zal het oordeel van het CBb een hard gelag zijn, ondanks dat de buitensporige last deels is aangetoond.

In de tweede en derde kwestie ging het om melkveehouders die plannen hadden om van respectievelijk een traditionele melkveehouderij en een opfokbedrijf biologische melkveehouderijen te maken. Daarvoor deden zij allerlei investeringen, die zich eveneens niet vertaalden in fosfaatrechten omdat er op de peildatum geen melkvee werd gehouden. De reden daarvoor was dat de melkveehouders op de peildatum nog aan het omschakelen waren van de traditionele vorm van veehouden naar biologisch. Die omschakeling duurt enkele jaren en tot dat moment mag het predicaat 'biologisch' niet worden gevoerd. Het feit dat er op de peildatum geen dieren werden

gehouden, dreigde ertoe te leiden dat de melkveehouders geen fosfaatrechten toegekend zouden krijgen, waardoor zij hun bedrijf zouden moeten beëindigen, tenzij zij bijvoorbeeld fosfaatrechten konden kopen of leasen. Daarvoor was echter (aantoonbaar) geen financiële ruimte. De beslissing om geen fosfaatrechten toe te kennen, was volgens de melkveehouders in strijd met het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, lid 2, Awb) en art. 1 EP.

Ook in deze twee kwesties onderstreept het CBb het belang van behoud van de derogatie. Dat is volgens het CBb de reden dat de belangenafweging in veel fosfaatrechtzaken in het nadeel van de melkveehouders uitvalt. Het algemene belang is simpelweg groter dan het belang van de individuele melkveehouder. Toch oordeelt het CBb op basis van een belangenafweging in deze gevallen anders. Daarbij is van belang dat de oude traditionele melkveehouderij en het opfokbedrijf vergunningen hadden voor het houden van bepaalde aantallen dieren. Het houden van een gelijk aantal dieren op biologische wijze heeft geen nadelig effect op het behalen van het doel van het fosfaatrechtstelsel, aldus het CBb. Er wordt immers niet uitgebreid. Verder weegt het CBb mee dat het gaat om biologische melkveehouderijen die juist als duurzaam, maatschappelijk wenselijk en toekomstbestendig worden gezien.

In één van de gevallen weegt het CBb ook mee dat de exploitatie van de biologische melkveehouderij middels een vergunningvoorschrift was gekoppeld aan een eveneens ter plaatse aanwezige woongroep voor ouderen. Beëindiging van de melkveehouderij zou beëindiging van de woongroep betekenen. Dat is onwenselijk volgens het CBb. Gelet daarop weegt het belang van het behoud van derogatie minder zwaar. De minister moet ontheffing verlenen aan beide melkveehouders voor het houden van het aantal stuks melk- en jongvee dat was vergund voor de oude veehouderij en het opfokbedrijf.

Zelfs met ontheffing komen de melkveehouders echter fosfaatrechten tekort. Voor dat deel van de fosfaatrechten beroepen zij zich op art. 1 EP. Dat beroep blijkt een brug te ver. Het CBb oordeelt dat sprake is van een uitbreiding van de fosfaatproductie ten opzichte van hetgeen is vergund. Voor de uitbreiding hebben de melkveehouders pas na de peildatum een vergunning gekregen, waardoor de hoofdregel opgaat dat er dan geen sprake is van een buitensporige last. Er is sprake van een ondernemersrisico, niet van strijd met art. 1 EP. Ook in dit geval krijgen de melkveehouders dus maar een beperkt aantal fosfaatrechten dat waarschijnlijk de gedane investeringen niet goedmaakt.

De conclusie is dat de melkveehouders alle drie een ontheffing krijgen. Opvallend is echter dat het CBb de minister in twee gevallen (55 en 57) opdraagt om een ontheffing te verlenen op grond van artikel 28, lid 2, van de Meststoffenwet en in één geval (58) zelf in de zaak voorziet door een ontheffing te verlenen. In één van de uitspraken (55) motiveert het CBb dat hij niet zelf in de zaak voorziet, omdat de minister voor-

waarden aan de ontheffing kan verbinden. Waarom het CBb de minister die mogelijkheid in één geval (58) ontnemt, is mij niet duidelijk.

De les die uit de uitspraken van het CBb kan worden getrokken, is dat het CBb sneller bereid is om onevenredigheid dan wel een buitensporige last te aanvaarden als er sprake is van een eerdere vergunning op basis waarvan al een aantal dieren mocht worden gehouden. Opbouw van de veestapel naar het eerder vergunde aantal dieren is herstel en geen uitbreiding, aldus het CBb. Herstel botst niet met de doelen van het fosfaatrechtenstelsel en de derogatie. In die gevallen is dus eerder sprake van onevenredigheid dan wel een buitensporige last wanneer geen fosfaatrechten worden toegekend. Hoewel er in beide gevallen een belangenafweging dient plaats te vinden met een zekere oordeelsvrijheid voor de rechter tot gevolg, vraag ik me af hoe het door het CBb gemaakte onderscheid tussen herstel en uitbreiding zich verhoudt tot de rechtspraak van het EVRM over de buitensporige last. Een dergelijk onderscheid in de rechtspraak van het EVRM is mij namelijk niet bekend. Het voert echter te ver om daar in deze noot nader op in te gaan.

De toekenning van (extra) fosfaatrechten gelijk aan het aantal dieren dat maximaal mag worden gehouden conform de eerdere vergunning, lijkt al met al goed te verdedigen, mits er sprake is van bijzondere omstandigheden. In de drie uitspraken waren dat dierziekte in combinatie met dekkingsproblemen en de opstart naar een biologisch bedrijf. Biologische bedrijven lijken daarbij een streepje voor te hebben in de belangenafweging. De toekenning van meer fosfaatrechten dan waar men op basis van de eerdere vergunning recht op heeft, lijkt in veruit de meeste gevallen echter een lastig te nemen horde. In dat geval is immers sprake van uitbreiding en uitbreiding is niet verenigbaar met het fosfaatrechtenstelsel en de derogatie. Toch laat het CBb in de eerste uitspraak een kleine opening voor een ander oordeel. Hij oordeelt immers dat beslissingen om vóór 2 juli 2015 te investeren, terwijl er op die datum nog geen vergunningen waren, *in de regel* voor risico van de melkveehouder komen en dat er in die gevallen *veelal* geen ruimte is om een schending van art. 1 EP aan te nemen. De uitzondering bevestigt dus ook hier de regel.