

# Fosfaatrechten voor vleesveehouders: trek de keutel maar weer in?!

mr. R. Ligtvoet<sup>1</sup>

Op 19 juli 2018 werd in de Staatscourant de beleidsregel fosfaatrechten jongvee gepubliceerd. De beleidsregel had tot gevolg dat vleesveehouders niet langer fosfaatrechten nodig hadden, terwijl zij die in de eerste instantie wel toegekend hebben gekregen. In de beleidsregel wordt geregeld dat intrekking van de fosfaatrechten in deze gevallen mogelijk wordt. Maar mag intrekking van een begunstigde beschikking wel en zo ja, onder welke voorwaarden?

Recent zette Bruil de problematiek rondom vleesveehouders en fosfaatrechten in dit tijdschrift al scherp neer: het intrekken van een (begunstigende) fosfaatrechtenbeschikking is niet zonder meer mogelijk zonder schadevergoeding en er wordt een bevoegdheid geschapen die niet bestaat.<sup>2</sup> Die conclusies waren aanleiding voor mij om de problematiek nader uiteen te zetten en om de vraag te stellen en te proberen te beantwoorden of en zo ja onder welke omstandigheden fosfaatrechtenbeschikkingen nog door de minister mogen worden ingetrokken.

## 1. Hebben is houden?

Het intrekken van (begunstigende) beschikkingen is een alledaags verschijnsel. Op grond van art. 2.33 lid 2, onder a Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) kan het bevoegd gezag bijvoorbeeld een omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk intrekken als er gedurende drie jaar geen gebruik van is gemaakt. Die mogelijkheid doet zich bijvoorbeeld voor bij boeren die een omgevingsvergunning hebben gekregen voor de bouw van een nieuwe stal, maar ervoor kiezen (bijvoorbeeld om bedrijfseconomische redenen) om die (nog) niet te bouwen. Voor omgevingsvergunningen is derhalve sprake van een specifieke wettelijke bevoegdheid tot intrekking. Die bevoegdheid is er evenwel niet voor fosfaatrechtenbeschikkingen. Ook is er geen algemene wettelijke bevoegdheid voor de intrekking van beschikkingen, alhoewel die eerst wel in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zou worden opgenomen. Daarvoor werd aanvankelijk afdeling 4.15 van de Awb gereserveerd.

Den Ouden stelt dat er (naast de intrekking als sanctie, die hier onbesproken blijft) drie hoofdcategorieën andersoortige intrekkingen te onderscheiden zijn.<sup>3</sup> Het betreft 1) veranderde omstandigheden van de geadresseerde van de beschikking, 2) veranderde omstandigheden aan de zijde van het

bestuursorgaan en 3) onjuiste beschikkingen. De nummers 2 en 3 liggen volgens Den Ouden primair in de risicosfeer van het bestuursorgaan. De begunstigde valt immers meestal niets te verwijten. Het intrekken van een fosfaatrechtenbeschikking valt mijns inziens onder 'categorie 2' van Den Ouden. Het gaat immers om een begunstigende beschikking die door veranderde omstandigheden aan de zijde van het bestuursorgaan (de inwerkingtreding van de Beleidsregel fosfaatrechten jongvee<sup>4</sup>) wordt ingetrokken. Van belang is dat de intrekking de vleesveehouder niet valt te verwijten. Over deze intrekkingbesluiten stelt Den Ouden nog dat daarmee 'al snel inbreuk gemaakt [wordt] op de rechtszekerheid van de geadresseerde van het ingetrokken besluit; deze mocht immers vertrouwen op zijn begunstigende beschikking en zijn handelen daarop afstemmen.'

## 2. Geen bevoegdheid tot intrekking, toch intrekken?

Volgens Den Ouden wordt op grond van de jurisprudentie aangenomen dat wanneer er geen specifieke wettelijke bepaling over de intrekking van een onjuiste beschikking voor handen is, bestuursorganen daartoe toch bevoegd zijn.<sup>5</sup> Dat zal minister Schouten geruststellen. Natuurlijk is wel van belang dat de algemene beginselen van behoorlijk

1. Rico Ligtvoet is advocaat bij Goorts + Coppens te Deurne.

2. D.W. Bruil, *TvAR* 2018, nr. 9, p. 403-404.

3. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 694.

4. *Stcrt.* 2018, nr. 38996.

5. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 694.

bestuur daarbij in acht worden genomen, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft zich in het verleden al uitgelaten over de intrekking van andersoortige rechten, namelijk varkensrechten. Daarover oordeelde het CBB in een uitspraak van 29 september 2009 dat er geen wettelijke basis was voor de intrekking van toegekende varkensrechten.<sup>6</sup> De grondslag kon volgens het CBB slechts worden afgeleid uit de wettelijke bevoegdheid tot toekenning van die varkensrechten op grond van het Besluit hardheidsgevallen herstructurering varkenshouderij. De bevoegdheid tot toekenning van fosfaatrechten volgt uit de Meststoffenwet (art. 23 lid 3), waardoor (bij een gebrek aan een expliciete intrekkingregeling in die wet) de intrekkingbevoegdheid op grond van de jurisprudentie waarschijnlijk dient te worden ingelezen in die bepaling.

Het CBB diende in de varkensrechtenkwestie vervolgens te beoordelen of het bestuursorgaan in het voorliggende geval in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn bevoegdheid tot intrekking van het besluit tot toekenning van de varkensrechten. Daarvoor diende het een belangenafweging te maken. Bij de beoordeling, en gelet op de eerder genoemde beginselen, achtte het CBB in het bijzonder van belang de tijd tussen het toekennen van de rechten en het voornemen tot intrekking (in het geval van de varkensrechten was dat bijna 9 jaar). Van een zodanig lange termijn is in het geval van de fosfaatrechtenbeschikkingen in ieder geval geen sprake. Uiteindelijk oordeelde het CBB dat het bestuursorgaan in kwestie niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot intrekking (met terugwerken de kracht) gebruik kon maken. Daarvoor verwees het CBB in het bijzonder naar het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

In de noot bij de uitspraak stelt Sewandono dat het vaste rechtspraak is dat begunstigende beschikkingen kunnen worden ingetrokken, ook als daarvoor geen specifieke intrekkingbevoegdheid in de wet is opgenomen. De intrekkingbevoegdheid kan worden ingelezen in de bevoegdheid op grond waarvan de oorspronkelijke beschikking is gegeven. Verder merkt Sewandono op dat het uit het oogpunt van rechtsbescherming gewenst is dat de intrekking plaatsvindt in de vorm van een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit. Daarover zegt Schouten evenwel niets in haar kamerbrief<sup>7</sup> en ook de toelichting op de beleidsregel zwijgt op dat punt. Uit de inmiddels verstuurde intrekkingen volgt evenwel dat bezwaar en beroep tegen de intrekking mogelijk zijn.

Over de normering van een niet in de wet geregelde intrekkingbevoegdheid stelt Sewandono ten slotte

dat die in eerste instantie moet worden afgeleid uit het – richtinggevend – specialiteitsbeginsel, ook in geval de ingetrokken beschikking niet op een bijzondere regeling was gebaseerd. Het valt volgens Sewandono op dat het CBB zwijgt over het achterliggende specialiteitsbeginsel en art. 3:2 t/m 3:4 Awb.<sup>8</sup> Het CBB noemt slechts het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Met name toetsing aan het evenredigheidsbeginsel dat is vervat in art. 3:4 lid 2 Awb is (mijns inziens ten onrechte) opvallend afwezig. Wellicht dat dit beginsel in procedures over intrekkingen van fosfaatrechtenbeschikkingen voor vleesveehouders prominenter aanwezig zal zijn. De nadelige gevolgen van een intrekking voor een individuele vleesveehouder kunnen immers groot zijn, zeker als hij de rechten in een eerder stadium heeft verkocht (en de overdracht ook is geregistreerd door RVO).

### 3. Intrekken van fosfaatrechtenbeschikkingen vs. de algemene beginselen

Het intrekken van begunstigende beschikkingen leidt al snel tot spanningen met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Om die reden betoogt Den Ouden dat het bestuursorgaan rekening moet houden met de concrete omstandigheden van het geval.<sup>9</sup> Op die manier kan recht worden gedaan aan de algemene beginselen en in het bijzonder aan de rechtszekerheid van de vleesveehouder die de fosfaatrechten eerder toegekend heeft gekregen. Van Wijk stelt daar in het kader van subsidies over dat 'genoemde veranderingen op zichzelf onvoldoende grondslag voor intrekking of verlaging zijn, dat zou afbreuk doen aan de rechtszekerheid: ze moeten zich in overwegende mate verzetten tegen handhaving van de subsidie in de oude vorm.'<sup>10</sup> Den Ouden is van mening dat intrekking alleen mogelijk zou moeten zijn wanneer er sprake is van 'zwaarwegende redenen die tot een ingrijpend intrekkingbesluit noodzaken.'<sup>11</sup> Niet ieder wisselwagentje mag volgens Den Ouden bestuursorganen de bevoegdheid geven terug te komen op eerdere besluiten.

Het criterium 'zwaarwegende redenen' is ook terug te vinden in de Memorie van Toelichting (MvT) bij de aanvulling van de Awb (derde tranche), waarin wordt bepaald dat intrekking van een begunstigende beschikking, waarbij teruggekomen wordt op in

8. Zie daarover uitgebreid: R.J.N. Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel', *JBplus* 2001, p. 33-47.

9. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuijsen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 699.

10. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 402.

11. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuijsen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 711.

6. CBB 29 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2965, m.nt. I. Sewandono, r.o. 5.1 e.v.

7. Brief van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de tweede kamer van 29 maart 2018 inzake 'Stand van zaken fosfaatrechten'.

beginsel reeds verleende aanspraken, een ingrijpende beslissing is.<sup>12</sup> Verder bepaalt de MvT dat het moet gaan om hetzij onvoorziene omstandigheden die een zwaarwegende reden opleveren, hetzij een beleidswijziging waarvoor zwaarwegende redenen zijn aan te voeren. Wanneer sprake is van een zwaarwegende reden, is niet in het algemeen aan te geven. De specifieke omstandigheden zijn uiteindelijk bepalend. Het is echter maar zeer de vraag of die omstandigheden in de fosfaatrechtenkwestie minister Schouten gunstig gezind zijn. Daarbij komt dat er maar weinig ruimte lijkt om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval.

Ook speelt de door de overheid betrachtte zorgvuldigheid een rol, alsmede de vraag of de gevolgen van de intrekking voor de begunstigde niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de intrekking te dienen belangen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRvS) heeft daarover in het kader van subsidies in een uitspraak van 1 februari 2017 geoordeeld dat deugdelijk dient te worden gemotiveerd waarom veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten zich in overwegende mate tegen ongewijzigde voortzetting van de subsidie verzetten. Ook dient de uitkomst van de belangenafweging niet onevenredig te zijn.<sup>13</sup> Wellicht zijn de verwijzingen naar (onrechtmatige) staatssteun (waarover Bruil in zijn recente bijdrage in dit tijdschrift al een vraag stelde) in de toelichting op de beleidsregel en in de brief van minister Schouten over de stand van zaken fosfaatrechten een (zeer beknopte) poging om een en ander in het kader van de intrekkingen van fosfaatrechtenbeschikkingen voor vleesveehouders te motiveren. Het is echter maar zeer de vraag of die poging slaagt.

Den Ouden maakt vervolgens onderscheid tussen twee categorieën besluiten, namelijk 'kennelijk onjuiste besluiten' en 'andere onjuiste besluiten'. Zoals Bruil al eerder aangaf, lijkt van een kennelijk onjuist besluit in het geval van fosfaatrechten voor vleesveehouders geen sprake, waardoor deze beschikkingen vallen onder de categorie 'andere onjuiste besluiten'.<sup>14</sup> Daarover stelt Den Ouden dat bestuursorganen intrekkingbevoegdheden terughoudender moeten toepassen in de gevallen dat er geen sprake is van een onrechtmatig primair besluit.<sup>15</sup> Waar een geadresseerde zich in het geval van een kennelijk onjuist besluit minder snel op gerechtvaardigd vertrouwen op de instandhouding van het besluit zal kunnen beroepen, is dat anders in het geval van de toekenning van fosfaatrechten aan vleesveehouders. Ten tijde van de toekenning was immers geen sprake van een onjuist besluit,

laat staan dat dat kennelijk onjuist was. Vleesveehouders hoefden dan ook niet te weten dat de beschikking (achteraf) onjuist was (omdat vleesveehouders niet langer rechten nodig hadden). Daarbij is in het geval van vleesveehouders die hun rechten kort daarna verkocht hebben van belang om op te merken dat de rechten vanaf de toekenning vrij verhandelbaar waren.

In dat verband wijst Den Ouden nog op een uitspraak van het CBB van 9 mei 2006 over de verstrekking van tegemoetkomingen voor de ruiming van verdachte dieren in het kader van de bestrijding van Aviaire Influenza (beter bekend als vogelgriep).<sup>16</sup> Den Ouden leest in die uitspraak de gedachte dat naarmate het toe te passen wettelijk kader complexer wordt, minder snel kan worden gesteld dat de geadresseerde van een begunstigende beschikking de onjuistheid van het daaruit voortvloeiende besluit had kunnen inzien. Het CBB hecht volgens de uitspraak onder andere belang aan het feit dat appellants in die kwestie vele overzichten uitgereikt en toegestuurd had gekregen waarin op basis van verschillende uitgangspunten tot verschillende toegekende bedragen werd gekomen. Het betrof niet alleen vergoeding voor de dieren, maar ook de later opgenomen en vervolgens gecorrigeerde vergoedingen voor voorwerpen en producten. Dat 'corrigeren van de spelregels tijdens de wedstrijd' zien we naar mijn mening (zij het wellicht in wat mindere mate) ook terug in de fosfaatrechtendiscussie over vleesveehouders (eerst wel fosfaatrechten en nu weer niet), waardoor de kwestie met recht complex mag worden genoemd. In dat verband is ook nog de (professionele) deskundigheid van de vleesveehouder van belang. De vraag is namelijk of de vleesveehouder de onjuistheid van de beschikking (achteraf gezien) had kunnen inschatten. Mij lijkt dat het antwoord daarop, gezien het voorgaande, volmondig 'nee' is. De (huidige) complexiteit van het onderwerp fosfaatrechten, mede door alle wijzigingen en aanvullingen, zal immers door niemand worden betwist, hetgeen een aanwijzing oplevert voor de stelling dat de vleesveehouder in deze kwestie niets te verwijten valt. Wellicht levert dat een bruikbaar argument op in toekomstige procedures over intrekkingen van fosfaatrechtenbeschikkingen voor vleesveehouders.

#### 4. Intrekking ex tunc of ex nunc?

Het uitgangspunt voor het intrekken van subsidies is dat die terugwerkt tot en met het tijdstip waarop de subsidie is vastgesteld, tenzij bij de intrekking of wijziging anders is bepaald (zie daarvoor afdeling 4.2.6 van de Awb). Intrekking ex tunc dus. Dat uitgangspunt is logisch bij kennelijk onjuiste beschikkingen, omdat de begunstigde er niet op mocht ver-

12. Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 78 e.v.

13. ABRvS 01-02-2017, ECLI:NL:RVS:2017:217, m.nt. J.R. van Angeren en W. den Ouden.

14. D.W. Bruil, *TvAR* 2018, nr. 9, p. 403-404.

15. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 709.

16. CBB 9 mei 2006, *JB* 2006, 203; ECLI:NL:CB-B:2006:AX1645.

trouwen dat de gevolgen van de subsidie in stand bleven.

Bij andere onjuiste besluiten (en dus ook voor fosfaatrechtenbeschikkingen voor vleesveehouders) ligt dat anders, omdat de begunstigde de onjuistheid van de beschikking niet hoefde te vermoeden. De vleesveehouder mocht derhalve met de toegekende fosfaatrechten aan de slag en mocht deze bijvoorbeeld verkopen. De vraag is vervolgens of het voor die gevallen verstandig is om tot uitgangspunt te nemen dat de intrekking terugwerkende kracht heeft. Den Ouden beantwoordt die vraag ontkenkend en stelt dat het beter is om intrekking 'in de toekomst' te laten plaatsvinden.<sup>17</sup> Van Wijk sluit zich daarbij aan en stelt dat in situaties waarin de begunstigde wellicht niets valt te verwijten 'alleen opzegging 'ex nunc', voor de toekomst, mogelijk is.'<sup>18</sup> Ook in de rechtspraak wordt dit standpunt onderschreven. In een uitspraak van 15 oktober 2010 van het CBB kwam bijvoorbeeld de rechtsregel tot uitdrukking dat het voor het bestuursorgaan rechtens ontoelaatbaar is om zijn rechtsgeldige beschikking ex tunc ten nadele in te trekken.<sup>19</sup> In de noot bij de uitspraak stelt Ortlep daarover dat dit standpunt reeds door Donner in zijn dissertatie als vanzelfsprekend werd geacht.<sup>20</sup> Ook Vegting is het volgens Ortlep eens met dit standpunt: 'Mij komt het voor, dat, nog geheel afgezien van datgene, waartoe een overheidsorgaan krachtens de eisen der goede trouw tegenover zijn verkeerspartners verplicht is, een gave beschikking reeds hierom niet voor intrekking met terugwerkende kracht in aanmerking kan komen, omdat een geheel ongedaan maken van een eenmaal gegeven beschikking, waaraan geen enkel gebrek kleeft, de zin aan het overheidshandelen zou ontnemen. Het minste, dat van de overheid gevraagd kan worden is toch wel, dat zij haar eigen handelingen au serieux neemt en dus niet daarop terugkomt als niet ernstige redenen dit gedrag motiveren.'<sup>21</sup> Ortlep concludeert vervolgens in de noot dat het voorgaande een halve eeuw later met de uitspraak van het CBB nog steeds onderschreven kan worden.

Minister Schouten denkt daar evenwel anders over en neemt intrekking met terugwerkende kracht (ex tunc) tot uitgangspunt. Daarover schrijft zij immers dat 'het overdragen van rechten een eventuele herziening niet kan voorkomen en nadelig kan uitwerken voor ondernemers.'<sup>22</sup> Daaruit volgt

(weliswaar impliciet) intrekking met terugwerkende kracht, ex tunc. Intrekking met terugwerkende kracht volgt overigens ook uit de inmiddels door RVO verstuurde 'herzieningen', waarin staat dat de eerdere beschikking wordt ingetrokken. Over de vraag of minister Schouten daarmee wegkomt, zullen rechters zich in de toekomst waarschijnlijk nog buigen. In ieder geval is het zo dat de rechtspraak en literatuur en de minister op dit kritieke punt nogal van mening verschillen.

Den Ouden komt de minister echter tegemoet door enkele omstandigheden te schetsen waarin (enige) terugwerkende kracht wel te rechtvaardigen valt. Te denken valt aan omstandigheden waardoor wel vanaf een eerder moment dan de bekendmaking van de intrekking rekening gehouden moest worden met de onjuistheid van het primaire besluit. Ook is volgens Den Ouden voorstelbaar dat de geadresseerde van het intrekkingbesluit een termijn moet worden gegund waarbinnen hij zich op de nieuwe situatie moet kunnen instellen.<sup>23</sup> Ten slotte kan het relatief korte tijdsverloop tussen het toekennen van de fosfaatrechten aan vleesveehouders en het voornemen om de beschikkingen weer in te trekken als omstandigheid worden genoemd die in het voordeel van de minister kan spreken.

In de fosfaatrechtenkwestie kan best weleens sprake zijn van omstandigheden waardoor vanaf een eerder moment rekening moest worden gehouden met de onjuistheid van het primaire besluit. Te denken valt aan de kamerbrief waarin minister Schouten de komst van de beleidsregel aankondigt. Vleesveehouders die na die aankondiging hun fosfaatrechten nog hebben gekocht, zullen minder gemakkelijk een beroep kunnen doen op gerechtvaardigd vertrouwen dat de fosfaatrechtenbeschikking niet (deels) zou worden ingetrokken dan vleesveehouders die hun fosfaatrechten hebben verkocht (en waarvan de overdracht door RVO is geregistreerd) voor de aankondiging van de beleidsregel.

Ook een overgangstermijn leek voorstelbaar, bijvoorbeeld in het geval dat een vleesveehouder zijn fosfaatrechten (deels) had verkocht aan een melkveehouder en de registratie van de rechten door RVO in orde was gemaakt. Het gevolg van die verkoop was volgens minister Schouten in eerste instantie intrekking van de rechten bij de koper, waarna verkoper en koper maar moesten zien hoe zij die intrekking (privaatrechtelijk) afhandelden. Daarvoor was de overeenkomst tussen partijen van belang, alsmede hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten. Het gevolg was ook dat de melkveehouder maar op zoek moest naar vervangende fosfaatrechten voor de ingetrokken

17. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 700.

18. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 401-402.

19. CBB 15 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO6518, m.nt. R. Ortlep.

20. A.M. Donner, *De rechtskracht van administratieve beschikkingen*, Alphen aan den Rijn: Samson 1941, p. 95.

21. W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratiefrecht. Deel I*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954, p. 279-280.

22. Brief van de minister van Landbouw, Natuur en

Voedselkwaliteit aan de tweede kamer van 29 maart 2018 inzake 'Stand van zaken fosfaatrechten'.

23. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 701.

rechten. Reden genoeg om een overgangstermijn te stellen dus.

Volgens het laatste nieuws (een Kamerbrief van 17 oktober 2018)<sup>24</sup> kiest de minister echter eieren voor haar geld en besluit zij dat de melkveehouder in deze situatie de gekochte en door RVO geregistreerde rechten toch mag houden. Het door de verkoper (de vleesveehouder) genoten voordeel (de opbrengst van de verkochte rechten) wordt volgens de minister teruggevorderd omdat het om ongeoorloofde staatssteun zou gaan.

Terugvordering kan volgens de minister door middel van het inleveren van fosfaatrechten waarover een vleesveehouder nog wel rechtmatig beschikt (bijvoorbeeld omdat hij ook vee houdt waarvoor wel fosfaatrechten verplicht zijn) of, als de vleesveehouder over minder rechten beschikt dan moeten worden geschrapt, door middel van terugvordering in geld. Ook deze nieuwste ontwikkeling werpt tal van vragen op over de afwikkeling van fosfaatrechten voor vleesveehouders. In ieder geval lijkt het stellen van een overgangstermijn toch weer voorstelbaar, bijvoorbeeld in die gevallen dat vleesveehouders te weinig rechten overhouden om hun bedrijfsvoering (voor het deel waarvoor zij wel fosfaatrechten nodig hebben) effectief te kunnen voortzetten of als vleesveehouders het door de verkoop van de fosfaatrechten genoten voordeel niet (ineens) kunnen terugbetalen, bijvoorbeeld omdat het reeds is geïnvesteerd in het bedrijf. Vleesveehouders zullen in dat geval tijd nodig hebben, bijvoorbeeld om aanvullende fosfaatrechten te kopen voor het deel van het bedrijf waarvoor dat wel verplicht is, of om het genoten voordeel in geld (in termijnen) terug te betalen. Daarover stelt Den Ouden dat een redelijke termijn voor de hand ligt, omdat de houder van de beschikking enige tijd moet worden gegund om zich aan de nieuwe situatie aan te passen.<sup>25</sup>

Dergelijke maatregelen gaan veelal niet over een nacht ijs, waardoor een overgangstermijn soelaas kan bieden. Ook in de subsidiewetgeving wordt uitgegaan van zo'n redelijke termijn als het besluit tot beëindiging van de subsidie al te kort voor het nieuwe subsidietijdvak wordt genomen (zie daarvoor art. 4:51 lid 2 Awb). Daarmee wordt verzekerd dat de gesubsidieerde een redelijke tijd wordt gegeven om zich op de nieuwe situatie in te stellen. Uit niets volgt (tot nu toe) echter dat zo'n overgangstermijn wordt beoogd, waardoor vleesveehouders in bepaalde gevallen met 'een harde landing' te maken kunnen krijgen als zij met terugvordering in rechten dan wel geld te maken krijgen. Met deze om-

standigheden kan de rechter in toekomstige procedures rekening houden.

Over het tijdsverloop stelt Den Ouden ten slotte dat het vaak gebeurt dat het korte tijdsverloop tussen de bekendmaking van het primaire besluit en de intrekking ervan door rechters als argument wordt gebruikt voor het oordeel dat het bestuursorgaan de onjuiste beschikking in redelijkheid wél heeft kunnen intrekken.<sup>26</sup> Dat lijkt logisch; hoe langer een beschikking immers rechtskracht heeft, hoe meer de geadresseerde zijn gedrag daarop zal hebben afgesteld. Tijdsverloop kan derhalve van invloed zijn op de belangenafweging door de rechter, maar ook op een eventuele (redelijke) overgangstermijn en mogelijk zelfs op de (hierna te bespreken) schadevergoeding. De MvT bij de derde tranche van de Awb stelt daarover dat naarmate de overgangstermijn korter is, er eerder een verplichting tot schadevergoeding ontstaat en omgekeerd.<sup>27</sup> Dit zijn dus tot op zekere hoogte communicerende vaten.

In de fosfaatrechtenkwestie is het tijdsverloop tussen bekendmaking van de fosfaatrechtenbeschikking en de intrekking ervan (relatief) beperkt, hetgeen in het voordeel van de minister zou kunnen werken. Dat neemt niet weg dat in de periode tussen de beschikking en de intrekking ervan zich complicerende factoren kunnen hebben voorgedaan, zoals de verkoop van de rechten aan derden. Daarnaast is er (vooralsnog) geen sprake van een overgangstermijn. Deze omstandigheden kan de rechter meenemen in de belangenafweging.

## 5. Schadevergoeding

Een laatste onderscheid tussen de intrekking van kennelijk onjuiste en andersoortige onjuiste beschikkingen betreft het recht op schadevergoeding. Bij de intrekking van kennelijk onjuiste beschikkingen is in de regel geen ruimte voor schadevergoeding. Dat ligt anders voor de intrekking van andersoortige onjuiste beschikkingen. Daarover stelt Den Ouden dat in die gevallen de fout in de risicosfeer van het bestuursorgaan ligt, waardoor vergoeding van de schade die voortvloeit uit de intrekking juist voor de hand ligt.<sup>28</sup> In het geval van subsidies bepaalt de Awb (in art. 4:50 lid 2) dat bij intrekking op grond van het eerste lid, onderdeel b (veranderde omstandigheden), het bestuursorgaan de schade vergoedt die de subsidieontvanger lijdt doordat hij in vertrouwen op de subsidie anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie zou hebben

24. Brief van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de tweede kamer van 17 oktober 2018 inzake 'Beantwoording vragen naar aanleiding van het Schriftelijk Overleg fosfaatrechten.

25. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 710.

26. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 702.

27. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, 3, p. 79-80.

28. W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuyzen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 702.

gedaan (dispositieschade). Ook de Awb stelt schadevergoeding in die gevallen derhalve voorop.

Over de (mogelijkheid van) schadevergoeding in de fosfaatrechtenkwesie zwijgt de (toelichting op de) beleidsregel in alle toonaarden. Hetzelfde geldt voor (de brief van) minister Schouten. Op dat vlak zijn de wetgeving en de literatuur en de minister het dus kennelijk ook niet met elkaar eens. Het ontstaan van schade door intrekking van fosfaatrechtenbeschikkingen is echter een reële mogelijkheid, zeker als het gaat om vleesveehouders die hun rechten direct of kort na de toekenning ervan hebben verkocht en die nu te maken krijgen met terugvordering van fosfaatrechten die zij nog wel rechtmatig hebben of in de vorm van geld. Als fosfaatrechten voor vleesveehouders worden ingetrokken waarover zij nog wel rechtmatig beschikten en die zij nodig hebben voor hun bedrijfsvoering, is bijvoorbeeld voorstelbaar dat zij vervangende rechten dienen te kopen voor een hogere prijs, waardoor zij schade lijden. Schade is ook voorstelbaar als vleesveehouders door de terugvordering hun bedrijf voor het deel waarvoor wel fosfaatrechten verplicht zijn niet (volledig) kunnen exploiteren. Om in de woorden van Bruil te spreken: ook over dit onderwerp zullen wel weer vele procedures worden gevoerd.

## 6. Hoe zit het met de keutel?

In het begin van dit artikel stelde ik de vraag of de minister de fosfaatrechtenkeutel voor vleesveehouders nog mag intrekken en zo ja onder welke omstandigheden. Het antwoord daarop is dat het intrekken van de fosfaatrechtenbeschikkingen voor vleesveehouders in beginsel mogelijk is, maar niet voor ieder wissewasje. Met de opmerking dat het in stand houden van de beschikkingen voor vleesveehouders zou leiden tot ongeoorloofde staatssteun probeert minister Schouten waarschijnlijk te motiveren dat geen sprake is van een wissewasje. Of dat voldoende motivering is, valt, zeker gezien de enkele opmerking dat er sprake zou zijn van ongeoorloofde staatssteun en het (vooralsnog) complete gebrek aan nadere motivering, mijns inziens niet zonder meer in te zien. Ook de mogelijke harde landing die terugvordering van verkochte rechten bij vleesveehouders met zich meebrengt, spreekt niet in het voordeel van de minister. Daarbij is het ontbreken van een overgangstermijn en het ontbreken van een schadevergoedingsmogelijkheid, terwijl de beschikkingen *ex tunc* worden ingetrokken, van belang. In een belangenafweging door de rechter zou deze werkwijze haar nog weleens duur kunnen komen te staan. Het wachten is op de eerste procedures daarover.