

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 22/02191
Zitting 9 juni 2023

CONCLUSIE

W.L. Valk

In de zaak

- 1.
- 2.

tegen

in zijn hoedanigheid van executeur in de nalatenschap van wijlen

Partijen worden hierna verkort aangeduid als _____ (in navolging van het hof in enkelvoud) respectievelijk _____

1. Inleiding en samenvatting

- 1.1 Tussen partijen heeft een hoevepachtovereenkomst bestaan. Bij het einde daarvan in 2017 heeft de verpachter een voorbehoud gemaakt ten aanzien van fosfaatrechten. In deze procedure heeft de verpachter onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat hij aanspraak kan maken op een deel van de fosfaatrechten van de pachter, met nevenvorderingen. De pachtkamers van rechtbank en hof hebben de vorderingen van de verpachter grotendeels toegewezen. De pachter heeft principaal cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof en de verpachter (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep.
- 1.2 Mijsn inziens geldt in beide beroepen dat geen van de klachten doel treft. Belangrijke thema's in deze zaak zijn: (1) de vraag of het bestaan van een sideletter die niet aan de grondkamer is gezonden, de pachtovereenkomst nietig maakt (hierna 3.2 e.v.) en (2) de gevestigde rechtspraak van de pachtrechter met betrekking tot productierechten (hierna 3.23 e.v.). In verband met het tweede is mede aan de orde de toelaatbaarheid van in abstracto geformuleerde uitgangspunten bij de toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (hierna 3.37 e.v.), en de doorwerking daarvan in de bewijslastverdeling (hierna 3.62 e.v.)

2. Feiten en procesverloop

- 2.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹
- (i) _____ is de zoon van _____ en samen hadden zij een maatschap waarin een melkveehouderij werd uitgeoefend. Met ingang van 22 december 2000 gold tussen _____ als pachter en _____ als verpachter een hoevepachtovereenkomst met betrekking tot een woning, bedrijfsgebouwen, erf en tuin en ruim 33 ha grond, verdeeld over twee overeenkomsten, één van pachtbeëindiging en pachtovername van de woning, bedrijfsgebouwen en enkele percelen landbouwgrond en de andere een pachtovereenkomst voor los land. Naast deze pachtovereenkomsten zijn partijen nog een sideletter overeengekomen.
 - (ii) _____ heeft van de afgaande pachter melkquotum overgenomen en pachtersinvesteringen. Ook heeft hij het verpachtersaandeel in het met het gepachte samenhangende melkquotum van _____ gekocht.
 - (iii) Voor de melkkoeien was onder meer een grupstal beschikbaar. Partijen hebben vanaf 2013 onderhandeld over nieuwbouw van een melkveestal binnen de pachtrelatie. _____ zou deze uiteindelijk op eigen kosten oprichten en (op enig moment) de pachtverhoging aan _____ doorrekenen. Rond dezelfde tijd heeft _____ het aanbod gekregen met de oom van zijn echtgenote in een maatschap te gaan en het bedrijf elders voort te zetten. Partijen zijn vervolgens gaan onderhandelen over beëindiging van de pachtovereenkomst en hebben daarover op 26 april 2017 overeenstemming bereikt.

¹ Vergelijk het arrest van de pachtkamer van het hof Arnhem-Leeuwarden van 19 april 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3034, onder 3.1 tot en met 3.5.

- (iv) In de tussentijd was bekend geworden dat melkveehouders fosfaatrechten toegekend zouden krijgen op basis van het aanwezige melkvee op 2 juli 2015. In de pachtbeëindigingsovereenkomst is daarom het volgende opgenomen:

'dat verpachter en pachter zich ten aanzien van fosfaatrechten alle rechten voorbehouden. Indien later mocht blijken dat het eigendom wel (gedeeltelijk) bij verpachter ligt, dan zal verpachter dit recht claimen, hetgeen alsdan door pachter zal worden betwist'.

- (v) In 2018 zijn geen fosfaatrechten toegekend aan [naam], wel aan de maatschap waarin [naam], [naam], zijn echtgenote en haar oom deelnemen. [naam] heeft geen agrarische onderneming meer.

2.2 [naam] heeft bij inleidende dagvaarding van 8 juni 2020 een verklaring voor recht gevorderd dat hij aanspraak kan maken op de fosfaatrechten die aan [naam] zijn toegekend, althans op een deel daarvan. Verder heeft hij afgifte gevorderd van kopieën van de gecombineerde opgave 2015 en van het besluit waarbij aan (het bedrijf van) [naam] fosfaatrechten zijn toegekend. De pachtkamer van de rechtbank Midden-Nederland heeft deze vorderingen bij vonnis van 23 december 2020 toegewezen.²

2.3 Tegen dit vonnis heeft [naam] hoger beroep ingesteld. [naam] heeft daarnaast voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld voor het geval dat het hof het principaal hoger beroep van [naam] ongegrond zou verklaren. In dit incidentele hoger beroep heeft [naam] zijn vordering gewijzigd en heeft hij een verklaring voor recht gevorderd dat hij aanspraak kan maken op (een deel van) de fosfaatrechten die zijn toegekend aan [naam], zijn bedrijf dan wel aan een derde, een samenwerkingsverband of een vennootschap waarin [naam] is gerechtigd, voor zover die rechten zijn toegekend op basis van de exploitatie van de gepachte hoeve op 2 juli 2015. Daarnaast heeft hij gevorderd dat wordt veroordeeld tot afgifte van stukken waaruit kan blijken op welke wijze de uit de exploitatie van de hoeve voortvloeiende fosfaatrechten ten name van een vennootschap of samenwerkingsverband waarvan [naam] deel uitmaakt, zijn geregistreerd of toegekend.

2.4 Bij eindarrest van 19 april 2022 heeft de pachtkamer van het hof Arnhem-Leeuwarden in het principaal hoger beroep het rechtbankvonnis bekrachtigd en de vorderingen van [naam] in het incidenteel hoger beroep toegewezen. De dragende overwegingen van dit arrest laten zich als volgt samenvatten:

- a. Volgens [naam] is de pachtovereenkomst tussen partijen nietig vanwege de sideletter³ en vloeit er alleen al daarom geen aanspraak van [naam] op fosfaatrechten uit voort. (onder 3.8)
- b. Art. 7:399c lid 1 BW gaat ervan uit dat alleen het beding waarbij een hogere pachtprijs is bedongen nietig is en niet de pachtovereenkomst zelf. Daarnaast is de onderhandse overeenkomst tot stand gekomen vóórdat de pachtovereenkomst is goedgekeurd en tot slot heeft [naam] niet aangevoerd dat de pachtprijs die volgt uit de pachtovereenkomst en de sideletter in samenhang gelezen hoger is dan volgens het destijds geldende pachtprijsstelsel de hoogst toelaatbare pachtprijs voor de hoeve was. (onder 3.9)

² ECLI:NL:RBMNE:2020:5659.

³ Door het hof geschreven als twee woorden, volgens de spellingregels van de Engelse taal waaraan het begrip is ontleend.

- c. [redacted] heeft ter zitting de door [redacted] aangevoerde redenen voor het opstellen van de sideletter niet weersproken. Artikel 2.2 in combinatie met artikel 2.6 van de onderhandse akte biedt verder steun aan de verklaring van [redacted]. Blijkbaar was het de bedoeling om met de onderhandse pachtverhoging toe te groeien naar de hoogst toelaatbare pachtprijs. (onder 3.10)
- d. Op al deze gronden faalt het betoog. Van nietigheid op grond van art. 3:40 BW is (ook) geen sprake, voor zover [redacted] daarop een beroep doet. (onder 3.11)
- e. De omstandigheid dat de fosfaatrechten niet aan [redacted] zijn toegekend, maar aan de rechtsopvolger van de maatschap die [redacted] voorheen had, leidt niet tot afwijzing van de vorderingen van [redacted]. (onder 3.12)
- f. De andere argumenten van [redacted] zien op de uitwerking van het arrest van het hof van 26 maart 2019⁴ (hierna te noemen: *ASR/Qualm*) op de onderhavige zaak. (onder 3.13)
- g. In *ASR/Qualm* heeft dit hof een toetsingskader gegeven voor beantwoording van de vraag of de verpachter bij het einde van de pachtovereenkomst recht heeft op overdracht van fosfaatrechten. (onder 3.14)
- h. De juridische grondslag voor de eventuele aanspraak van de verpachter op (een deel van de) fosfaatrechten is gevonden in de aard van de pachtovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). De rechtvaardiging bestaat uit drie samenhangende redenen. (onder 3.15)
- i. Het is aan de verpachter te stellen en indien nodig te bewijzen dat aan de voorwaarden voor overdracht is voldaan. [redacted] heeft gesteld dat er op 2 juli 2015 tussen partijen een reguliere hoevepachtovereenkomst bestond. [redacted] betwist niet dat er sprake is geweest van hoevepacht, maar volgens [redacted] betekent dat nog niet dat hij fosfaatrechten aan [redacted] moet overdragen. (onder 3.16)
- j. Volgens [redacted] hebben partijen in de pachtovereenkomst opgenomen, althans bedoeld, dat [redacted] nimmer aanspraak kon maken op enige vergoeding voor het mogen melken van koeien. (onder 3.17)
- k. Volgens de uitleg die het hof aan het beding geeft, deed [redacted] met dit beding geen afstand van eventueel later toe te kennen productierechten. (onder 3.18)
- l. Ook de andere door [redacted] aangevoerde omstandigheden brengen niet mee dat ervan kan worden uitgegaan dat [redacted] afstand heeft gedaan van zijn eventuele aanspraak. (onder 3.19)
- m. [redacted] heeft in de pachtbeëindigingsovereenkomst zijn rechten voorbehouden. De aanspraak van verpachters op fosfaatrechten is voor het eerst bij het arrest van dit hof van 26 maart 2019 vastgesteld. De voorwaarde waaronder de voorwaardelijke verbintenis is aangegaan, is in zoverre vervuld. (onder 3.20)
- n. Het betoog van [redacted] dat dit niet zo is, omdat het eigendom niet (gedeeltelijk) bij [redacted] ligt, passeert het hof. Redelijkerwijs moet de voorwaarde bij een toekomstige onzekere gebeurtenis ruim worden uitgelegd zodat onder eigendom ook rechthebbende kan worden begrepen. (onder 3.21)
- o. [redacted] heeft aangevoerd dat de bedrijfsgebouwen niet specifiek waren ingericht voor de melkveehouderij. De voorwaarde waaronder de verpachter in deze zaak recht heeft op fosfaatrechten is echter dat het gaat om een hoevepacht. (onder 3.22)

⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2544, TvAR 2019/5982 (*ASR/Qualm*),

- p. voert aan dat het onredelijk is dat hij destijds voor het verpachtersaandeel van het melkquotum heeft betaald en nu nogmaals productierechten moet afrekenen met (onder 3.23)
- q. Hiervoor is al geoordeeld dat de aankoop door van het verpachtersaandeel niet meebrengt dat afstand heeft gedaan van toekomstige rechten. Verder heeft het hof in *ASR/Qualm* geoordeeld dat er geen samenhang bestaat tussen het melkquotum en fosfaatrechten. Het enkele feit dat partijen 18 jaar voor de toekenning van fosfaatrechten in vrijheid tot overdracht van het verpachtersaandeel van het melkquotum zijn gekomen, is niet zo uitzonderlijk dat van de uitgangspunten voor de aanspraak van de verpachter op fosfaatrechten moet worden afgeweken. (onder 3.24)
- r. Het hof acht niet aangetoond dat door het handelen van is gedwongen zijn melkveebedrijf te verplaatsen. (onder 3.25)
- s. Daarnaast voert aan dat de opvolgend pachter de fosfaatrechten niet nodig heeft en dus ook niet. De rechtvaardigende reden van een potentieel verminderde exploitatie van het gepachte moet in samenhang worden gezien met de andere samenhangende redenen en wordt niet aangetast door de feitelijke invulling die de verpachter na het einde van de pachtovereenkomst geeft aan het voorheen verpachte. (onder 3.26)
- t. Tot slot heeft op de zitting aangevoerd dat hij in tegenstelling tot de pachter uit *ASR/Qualm* geen stopper is, maar de fosfaatrechten zelf hard nodig heeft. De keuze van de pachter om na het einde van de pachtovereenkomst elders het bedrijf voort te zetten of te stoppen, is bij het uitgangspunt uit *ASR/Qualm* niet relevant. (onder 3.27)
- u. Alle standpunten die heeft aangevoerd zijn al met al onvoldoende. Die standpunten leiden er ook niet toe dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om aan de aanspraak van te houden. (onder 3.28)
- v. In het incidenteel hoger beroep wil graag stukken waaruit hij kan afleiden hoeveel fosfaatrechten zijn toegekend om daarmee het verpachtersaandeel te kunnen vaststellen. Het hof zal die vordering toewijzen. (onder 3.29)
- w. Bij deze stand van zaken hoeven de grieven verder geen bespreking meer en dat geldt ook voor de andere stellingen en verweren van partijen. (onder 3.30)
- x. De door partijen gedane bewijsaanbiedingen passeert het hof. (onder 3.31)
- y. Het hoger beroep van faalt, zodat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen. (onder 3.32)
- z. Het hoger beroep van slaagt. Het hof zal het rechtbankvonnis gedeeltelijk vernietigen en in plaats daarvan de gewijzigde eis in hoger beroep toewijzen. (onder 3.33)

2.5 heeft op 15 juni 2022 tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het eindarrest van het hof. heeft een verweerschrift tevens houdende (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingediend. heeft een verweerschrift in het incidentele cassatieberoep ingediend. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, waarna zij nog van repliek respectievelijk dupliek hebben gediend.

3. Bespreking van het principaal cassatiemiddel

3.1 Het principaal cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen, waarvan het laatste onderdeel alleen een veegklacht bevat. Het eerste onderdeel ziet op de vraag of de pachtovereenkomst

nietig is in verband met de sideletter. Het tweede onderdeel ziet op de aanspraak van als verpachter op een deel van de fosfaatrechten.

Nietigheid van de pachtovereenkomst in verband met de sideletter?

- 3.2 De klachten onder I richten zich tegen het oordeel van het hof onder 3.8 tot en met 3.11 van zijn eindarrest. Volgens dit oordeel faalt het betoog van [] dat de pachtovereenkomst nietig is:

‘3.8 Volgens [] is de pachtovereenkomst tussen partijen nietig en vloeit er alleen al daarom geen aanspraak van [] op fosfaatrechten uit voort. Het hof begrijpt dat onder verwijzing naar art. 7:399c BW de pachtovereenkomst wil aantasten vanwege de side letter. Deze side letter (onderhandse overeenkomst genoemd) is gesloten tussen de afgaande pachter, [] en [] en op hetzelfde moment ondertekend als de twee pachtovereenkomsten. Er staat in dat [] en [] een hogere pachtprijs zijn overeengekomen dan in de ter goedkeuring ingestuurde pachtovereenkomsten staat, te weten dat jaarlijks nog een bedrag van f 10.294 aan pacht zal worden verrekend. Bovendien is het groot onderhoud bij pachter gelegd (onder vermindering van de pachtsom met f 3.000).

3.9 Het eerste lid van art. 7:399c BW bepaalt dat het beding nietig is waarin de verpachter een hogere tegenprestatie bedingt dan volgens de wet is geoorloofd nadat de pachtovereenkomst al is goedgekeurd. Het artikel gaat er dus allereerst vanuit dat alleen het beding waarbij een hogere pachtprijs is bedongen nietig is en niet de pachtovereenkomst zelf. Daarnaast is de onderhandse overeenkomst – ook blijkens de tekst ervan – tot stand gekomen vóórdát de pachtovereenkomst is goedgekeurd en tot slot heeft [] niet aangevoerd dat de later door de grondkamer goedgekeurde pachtprijs, vermeerderd met f 10.294 (en verminderd met f 3.000) hoger is dan volgens het destijds geldende pachtprijsstelsel de hoogst toelaatbare pachtprijs voor de hoeve was.

3.10 [] heeft in dit verband nog aangevoerd dat partijen de side letter destijds hebben opgesteld om vóór 31 december 2000 de deal rond te krijgen. Dat was nodig in verband met het vertrek van de afgaande pachter naar Canada. De afgaande pachter betaalde enige tijd minder dan de pachtprijs, maar met [] overeengekomen om weer de volle prijs te gaan betalen. Vandaar de bijbetaling, aldus [] heeft deze gang van zaken op de zitting niet weersproken. Artikel 2.2 in combinatie met 2.6 van de onderhandse akte biedt verder steun aan de verklaring van []. Blijkbaar was het de bedoeling om met de onderhandse verhoging toe te groeien naar de hoogst toelaatbare pachtprijs: *“dat de onderhandse verrekening van toepassing blijft totdat voor alle verpachte/gepachte landerijen, zowel voor de onderhandse pachtprijs als voor de pachtprijs in de twee pachtovereenkomsten, de dan geldende maximale pachtprijs volgens de pachtwet en het pachtnormenbesluit (maximale regionorm en/of 2% van de vrije verkeerswaarde van de landerijen) is bereikt. In die eindsituatie is de onderhandse pachtprijs gelijk aan [de] pachtprijs van de beide pachtovereenkomsten.”*

3.11 Op al deze gronden faalt het betoog. Van nietigheid op grond van art. 3:40 BW is (ook) geen sprake, voor zover [] daarop een beroep doet.’

- 3.3 Voordat ik de klachten van het onderdeel bespreek, enkele korte opmerkingen over art. 7:399c en 3:40 BW.
- 3.4 Reguliere pachtovereenkomsten (waaronder als species hoevepachtovereenkomsten, art. 7:313 BW) zijn onderworpen aan toetsing door de grondkamer (art. 7:318 e.v. BW), die daarbij onder meer nagaat of de overeengekomen pachtprijs niet hoger is dan de hoogst

toelaatbare (art. 7:319 lid 1 onder a BW).⁵ Partijen zijn verplicht de inhoud van de pachtovereenkomst, waaronder de overeengekomen pachtprijs, op schrift te stellen (art. 7:317 BW) en binnen twee maanden na het aangaan van de overeenkomst aan de grondkamer ter goedkeuring in te zenden (art. 7:321 lid 1 BW).

- 3.5 Mede in verband met de sterke marktpositie van verpachters bestaat het risico van wetsontduiking, in de zin dat partijen aan de grondkamer niet hun volledige overeenstemming voorleggen, in het bijzonder wat betreft de pachtprijs. In verband met dit risico is van belang de bepaling van art. 7:399c lid 1 BW:

‘Een beding waarin een verpachter, indien de grondkamer onderscheidenlijk de Centrale Grondkamer de pachtovereenkomst of een overeenkomst tot wijziging van een pachtovereenkomst heeft vastgesteld, een hogere tegenprestatie bedingt dan ingevolge deze wet is geoorloofd, is nietig. Onder de tegenprestatie worden prestaties, bedongen of genoten krachtens andere met de pachtovereenkomst verband houdende overeenkomsten, mede begrepen.’

- 3.6 Tot 1 september 2007 gold het gelijkkluidende art. 71 lid 1 Pachtwet 1958. De pachtkamer van het toenmalige gerechtshof Arnhem (onder het oude recht de hoogste rechter in pachtzaken, vergelijk art. 134 Pachtwet 1958) heeft in een arrest uit 1990 in de tekst van de bepaling gelezen dat zij alleen betrekking heeft op bedingen gemaakt nádat de grondkamer respectievelijk de Centrale Grondkamer de pachtovereenkomst heeft getoetst.⁶ Inderdaad wijzen de woorden ‘heeft vastgesteld’ op zulke tijdsvolgordelijkheid.⁷ Bij gelegenheid van de overbrenging van het pachtrecht naar het Burgerlijk Wetboek is de bepaling onveranderd overgenomen. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:399c BW (in werking getreden per 1 september 2007) biedt geen enkele grond voor de gedachte dat de wetgever afstand nam van de uitleg die in de rechtspraak aan de bepaling was gegeven.⁸ In lijn hiermee heeft de pachtkamer van het hof in 2008 voor het nieuwe recht aan de bedoelde uitleg vastgehouden.⁹
- 3.7 In de literatuur is de bedoelde uitleg van art. 7:399c lid 1 BW wel bekritiseerd, op de grond dat zij diverse vormen van wetsontduiking buiten schot laat en de strekking van de bepaling anders zou zijn dan zij naar de letter inhoudt.¹⁰ Ik meen (nog steeds¹¹) dat de opvatting van de pachtkamer van het hof juist is. Een voorschrift dat voor een nauwkeurig omschreven situatie categorisch (dat wil zeggen, zonder nadere nuanceringen) bepaalt dat een rechtshandeling nietig is, behoort in verband met het uitgangspunt van contractsvrijheid en de rechtszekerheid niet extensief te worden uitgelegd. Het bezwaar dat aldus bepaalde vormen van (ontoelaatbare) wetsontduiking buiten schot blijven, kan met toepassing van art. 3:40 lid 1 BW worden ondervangen (nietigheid wegens strijd met de goede zeden of de

⁵ Die hoogst toelaatbare pachtprijs volgt uit de op art. 7:327 BW gebaseerde AMvB, het Pachtprijzenbesluit 2007.

⁶ Hof Arnhem 5 maart 1990, TvAR 1990/4374.

⁷ Het woord ‘vastgesteld’ zal moeten worden opgevat als *goedgekeurd*. Dat is immers volgens art. 2 lid 2, 3 en 5 Pachtwet en thans volgens art. 7:318-319 BW hetgeen de grondkamer deed en doet.

⁸ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30448, nr. 3, p. 35 houdt met betrekking tot art. 7:399c BW (toen nog abusievelijk genummerd artikel 402) niet meer in dan: ‘Dit artikel neemt artikel 71 Pachtwet over.’

⁹ Hof Arnhem 9 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE8606, TvAR 2008/5455. Het tegen dit arrest gerichte cassatieberoep is niet-ontvankelijk verklaard: HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6942.

¹⁰ Vergelijk de annotatie van D.W. Bruil, TvAR 2008/5455 en F.J. Vonck, WPNR 2008/6779, p. 964 e.v.

¹¹ Ik maakte deel uit van de zetel die het arrest van 9 augustus 2008 heeft gewezen. Vergelijk ook mijn bespreking van de problematiek in Asser/Valk 7-III 2020/132.

openbare orde). Op grond van die bepaling kan op maat wetsontduiking worden geredresseerd.

- 3.8 Bij wijze van vergelijking wijs ik op een arrest uit 2018 van uw Raad met betrekking tot de nietigheid van art. 3:43 lid 1 onder a BW.¹² Volgens die bepaling zijn nietig rechtshandelingen die strekken tot verkrijging door (onder meer) advocaten van goederen waarover een geding aanhangig is voor het gerecht onder welks rechtsgebied zij hun bediening uitoefenen. In de zaak zoals die voorlag, was een vordering stil gecedeerd aan een advocaat op het moment dat een dagvaarding die strekte tot nakoming van de vordering reeds gereed lag en wel op het eigen kantoor van de verkrijgende advocaat, maar voordat zij was uitgebracht en aldus de zaak aanhangig was geworden.¹³ Het middel bepleitte een ruime uitleg van art. 3:43 lid 1 onder a BW, maar uw Raad hield vast aan het element van de bepaling dat reeds een geding *aanhangig* moet zijn. In de voorafgaande conclusie in de zaak heb ik uiteengezet dat een restrictieve uitleg van het nietigheidsvoorschrift van art. 3:43 lid 1 onder a BW past bij de categorische inhoud ervan (nietigheid zonder een nadere afweging in verband met de omstandigheden van het individuele geval) en dat de mogelijke bezwaren tegen die restrictieve uitleg met de *lex generalis* van art. 3:40 lid 1 BW kunnen worden opgevangen.¹⁴ Juist zo is het mijns inziens ook met betrekking tot het nietigheidsvoorschrift van art. 7:399c lid 1 BW.
- 3.9 Het voorgaande komt erop neer dat naast de nauw omgrensde categorische nietigheid van art. 7:399c lid 1 BW de open norm van art. 3:40 lid 1 BW staat. Vervolgens rijst de vraag wat door de nietigheid wordt geraakt, alleen het voor de grondkamer verborgen gehouden beding dan wel de gehele pachtovereenkomst?
- 3.10 Wat betreft de nietigheid van art. 7:399c lid 1 BW volgt het antwoord rechtstreeks uit de bepaling zelf: alleen het beding waarbij na de goedkeuring door de grondkamer of Centrale Grondkamer een hogere tegenprestatie is bedongen dan ingevolge de wet toegelaten, is nietig. De pachtovereenkomst blijft voor het overige dus in stand. Die keuze van de wetgever ligt mijns inziens ook zeer voor de hand. Zou het bestaan van het niet-toegelaten beding tot nietigheid van de pachtovereenkomst leiden, dan zou de bescherming die de wetgever de pachter bedoelt te bieden, in haar tegendeel verkeren. Nietigheid van de pachtovereenkomst impliceert immers dat rechtens in het geheel geen pachtovereenkomst bestaat en dat de 'pachter' (die geen pachter blijkt te zijn) de onroerende zaak zonder recht in gebruik heeft.
- 3.11 Waartoe eventuele nietigheid wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW) leidt, dient aan de hand van de norm van art. 3:41 BW (partiële nietigheid) te worden beslist. We moeten ons dus de vraag stellen of tussen het nietige deel (het ontoelaatbare beding met betrekking tot de pachtprijs) en de overige inhoud van de pachtovereenkomst een onverbreekelijk verband bestaat, daarbij onder meer ook lettend op de belangen van partijen.¹⁵ Na wat in de vorige alinea is gezegd, zal duidelijk zijn dat ik meen dat toepassing van de norm van art. 3:41 BW redelijkerwijs niet tot iets anders kan leiden dan tot nietigheid van alleen het niet-toelaatbare beding met betrekking tot de pachtprijs (dus

¹² HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:428, NJ 2019/111 m.nt. Jac. Hijma.

¹³ Vergelijk de feiten zoals weergegeven onder 3.1 sub iii-v van het arrest.

¹⁴ Zie mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:21), onder 2.13-2.15.

¹⁵ Vergelijk voor dit laatste HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347 m.nt. M.R. Mok en Jac. Hijma, onder 3.7.3.

tot partiële nietigheid). Volledige nietigheid is een zeer vergaande sanctie, die de pachter zou beroven van zijn positie van rechtmatig gebruiker van de onroerende zaak.

- 3.12 In feitelijke aanleg heeft [redacted] zich beroepen¹⁶ op een vonnis van de pachtkamer van de rechtbank Limburg in een andere zaak.¹⁷ Die pachtkamer heeft in een geval waarin door de pachter aan de verpachter naast de pachtprijs een entreevergoeding was betaald, welke entreevergoeding voor de grondkamer verborgen was gehouden, de nietigheid van de pachtovereenkomst aangenomen op grond van, kort gezegd, art. 3:40 lid 2 BW in verband met art. 225 Sr (valsheid in geschrifte) en art. 326 Sr (oplichting).
- 3.13 Mijns inziens is dit evident onjuist. In de eerste plaats ziet art. 3:40 lid 2 BW enkel op het geval dat een wet in formele zin de rechtshandeling *als zodanig* verbiedt (*het sluiten* van de pachtovereenkomst). Welnu, de strekking van art. 225 en 326 Sr is om intellectuele valsheid van geschriften en oplichting strafbaar te stellen en niet om de totstandkoming van bepaalde overeenkomsten naar burgerlijk recht te verbieden. Iets anders is dat een ontduikingsbedoeling, die mogelijk met intellectuele valsheid van geschriften en/of listige kunstgrepen gepaard gaat, kan leiden tot de nietigheid van een rechtshandeling *naar inhoud of strekking*, wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). In de tweede plaats treft een eventuele nietigheid uit hoofde van art. 3:40 lid 2 BW niet zomaar de gehele overeenkomst, niet anders dan wat hiervoor 3.11 naar aanleiding van (partiële) nietigheid wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde is opgemerkt.
- 3.14 Na deze inleidende opmerkingen kan ik over de klachten van het onderdeel betrekkelijk kort zijn.
- 3.15 Met de klacht *onder 1.1* omarmt het middel zonder blikken of blozen de evident onjuiste rechtsopvatting van de rechtbank Limburg. Daarover behoeft niets meer te worden gezegd.
- 3.16 Volgens de klacht *onder 1.2* is de rechtsopvatting van het hof onbegrijpelijk in het licht van het beroep van [redacted] op de uitspraak van de rechtbank Limburg. Aldus zien de stellers van het middel eraan voorbij dat bij klachten tegen de motivering van een rechtsoordeel geen belang bestaat. Een juist rechtsoordeel wordt niet aantastbaar als het niet of gebrekkig is gemotiveerd.¹⁸
- 3.17 *Onder 1.3* verwijst het middel naar de kritische vragen die het hof ter zitting naar aanleiding van de sideletter heeft gesteld. Volgens de klacht heeft het hof zelf geconstateerd dat niet duidelijk is wat zozeer alle doelen van de sideletter zijn. Ook verwijst de klacht naar de opmerking van de advocaat van [redacted] ter zitting dat er geen noodzaak was om de afspraken uit de sideletter buiten het zicht van de grondkamer te houden, als er binnen de kaders van de wet werd gehandeld. In het licht van een en ander zou het oordeel van het hof dat niet sprake is van nietigheid, onjuist dan wel onbegrijpelijk zijn.
- 3.18 Ook in zoverre treft het onderdeel geen doel. Het oordeel van het hof dat de pachtovereenkomst niet wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW) nietig is, is verweven met waarderingen van feitelijke aard en kan in cassatie maar beperkt worden getoetst. Onbegrijpelijk is dat oordeel niet. Uit rechtsoverweging 3.10 volgt dat het hof naar

¹⁶ Memorie van grieven onder 70.

¹⁷ Rechtbank Limburg 3 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:10624.

¹⁸ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/185 en B.T.M. van der Wiel, Cassatie 2019/113.

aanleiding van de behandeling ter zitting de overtuiging heeft gekregen dat de strekking van de sideletter was om met de onderhandse verhoging zoals in de sideletter opgenomen, toe te groeien naar de hoogst toelaatbare pachtprijs. Ook heeft het hof aannemelijk geacht dat de sideletter in verband stond met tijdsdruk vanwege het vertrek van de afgaande pachter naar Canada. Anders gezegd, de door het hof aanvankelijk ter zitting uitgesproken twijfels over de doelen van de sideletter zijn uiteindelijk overwonnen.

3.19 Zou over een en ander al anders kunnen worden gedacht, in de zin dat vanwege een ontduikingsbedoeling wél nietigheid wegens strijd met de goede zeden en de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW) behoort te worden aangenomen, dan leidt dit nog niet tot nietigheid van meer dan de in de sideletter opgenomen afspraken. Mijns inziens is niet werkelijk denkbaar dat het onverbrekelijk verband in de zin van art. 3:41 BW zou bestaan (vergelijk hiervoor 3.11), met hier de bijzonder onaannemelijke uitkomst dat partijen zich meer dan twintig jaar zouden hebben vergist door zich als verpachter en pachter te gedragen. Kortom, mijns inziens bestaat bij de klachten van het onderdeel ook geen belang. Inzet in deze procedure is immers niet de nakoming van enige in de sideletter opgenomen afspraak.

3.20 De motiveringsklacht *onder 1.4* leidt aan hetzelfde euvel als die onder 1.2: dat het hof niet heeft gemotiveerd waarom het niet uitgaat van dezelfde rechtsopvatting als de rechtbank Limburg, maakt het arrest van het hof niet aantastbaar.

De aanspraak van de verpachter op een deel van de fosfaatrechten van de pachter

3.21 De klachten van onderdeel II richten zich tegen de overwegingen van het hof onder 3.14 tot en met 3.28. Het hof oordeelt daar over de aanspraak van . . . op overdracht van een deel van de fosfaatrechten van . . .

3.22 De problematiek van de verhouding tussen productierechten en pacht is complex. Ik doe een poging om die problematiek beknopt te duiden.¹⁹

3.23 De hedendaagse landbouw wordt onder meer door verregaande overheidsbemoeienis gekenmerkt. Die bemoeienis neemt allerlei vormen aan, variërend van eenvoudige verboden en geboden, al dan niet strafrechtelijk gehandhaafd, tot complexe regelingen, waarvan sommige aan agrarische ondernemers verhandelbare vermogensrechten toekennen. Deze publiekrechtelijke regulering van de landbouw gaat in beginsel alleen de pachter als agrarische ondernemer aan; rechtstreekse invloed op de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen verpachter en pachter hebben de diverse overheidsmaatregelen in het algemeen niet. Met betrekking tot aan de pachter gedurende de pachtverhouding om niet toegekende productierechten heeft de pachtrechtspraak²⁰ anders geoordeeld en aangenomen dat de verpachter in verband daarmee aanspraken kan doen gelden. Dit heeft zich het eerst voorgedaan met betrekking tot het zogenaamde melkquotum, zoals dat sinds 1984 tot 1 april 2015 heeft bestaan, maar vervolgens ook met betrekking tot suikerquotum, mestproductierechten en dierenrechten.²¹

¹⁹ Wat volgt is grotendeels ontleend aan mijn meer uitvoerige beschouwingen in Asser/Valk 7-III 2020/572 e.v.

²⁰ Uw Raad heeft zich over deze rechtspraak nog niet rechtstreeks uitgelaten, afgezien van een detailkwestie met betrekking tot een variant op het gewone melkquotum, het BOSO-quotum: HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2005. Vergelijk ook het arrest zoals hierna 3.50 vermeld.

²¹ Vergelijk de gegevens bij Asser/Valk 7-III 2020/612-614.

- 3.24 De praktijk heeft zich reeds sinds lang naar deze rechtspraak gevoegd. Een belangrijke factor in dat verband is dat de pachtkamer van het gerechtshof (waar de appelrechtspraak in pachtzaken zich concentreert, zie thans art. 1019o Rv en voorheen art. 132 Pachtwet) de voorwaarden en de omvang van de aanspraken van de verpachter steeds zoveel mogelijk als eenduidige uitgangspunten heeft geformuleerd. Die uitgangspunten laten weliswaar ruimte voor afwijking in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval, maar zulke uitzonderingen zijn in de praktijk van de rechtspraak zeldzaam gebleken.²² Het nuttig effect hiervan is dat in geval van pachtbeëindiging partijen (bijgestaan door deskundige adviseurs) het in verreweg de meeste gevallen minnelijk eens blijken te kunnen worden en zo zichzelf en elkaar complexe en kostbare procedures besparen.
- 3.25 De bedoelde rechtspraak heeft zich steeds gebaseerd op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (respectievelijk van de voorganger daarvan, de objectieve goede trouw).²³ Daarmee is tevens gezegd dat die rechtspraak veronderstelt dat partijen in de pachtovereenkomst de kwestie ongeregeld hebben gelaten. Alleen dan is sprake van een leemte, waarin met toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid dient te worden voorzien.
- 3.26 De argumenten voor een aanspraak van de verpachter op (een deel van) het aan de pachter toegekende productierecht zijn niet in alle gevallen dezelfde. Bij sommige productierechten (onder meer melk- en suikerquotum) heeft het grondgebonden karakter van het productierecht een rol gespeeld; voor andere productierechten geldt dit niet.²⁴ Andere argumenten voor de bedoelde aanspraak zijn de negatieve invloed die de introductie van het productierecht op de waarde van de verpachte onroerende zaak heeft en de omstandigheid dat het productierecht mede dankzij de terbeschikkingstelling van het verpachte is ontstaan. Over beide zeg ik nog wat meer.
- 3.27 De introductie van een productierecht betekent dat een bepaalde vorm van agrarische productie die voorheen vrij kon plaatsvinden, in het vervolg alleen nog mét productierecht mogelijk is. Dit kan ertoe leiden dat de waarde van agrarisch onroerend goed afneemt. Dit houdt verband met de omstandigheid dat door de introductie van het productierecht de toetreding van nieuwe agrarische ondernemers tot de markt van het gereguleerde product bemoeilijkt wordt. Waar zulke toetreders voorheen vooral kosten dienden te maken om bedrijfsmiddelen te verwerven, van welke middelen het benodigde agrarische onroerend goed in de regel verreweg het kostbaarste is – met als alternatief een pachtovereenkomst met betrekking tot zulk onroerend goed – moeten ná de invoering van een productierecht ook kosten worden gemaakt om over een toereikend productierecht te kunnen beschikken. Anders gezegd, verwerving van een extra bedrijfsmiddel is nu nodig, namelijk het productierecht. Ervan uitgaande dat gelijkblijvende opbrengsten mogen worden verwacht,

²² Zulke uitzonderingen zijn er wel. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot fosfaatrechten: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4228, TvAR 2022/8102 m.nt. E.H.M. Harbers, onder 3.11: 'Het hof oordeelt dat de aanspraak van de verpachter een uitzondering is op het beginsel dat de fosfaatrechten aan de pachter toekomen. Een van de rechtvaardigingen daarvoor is dat de verpachter langdurig een hoeve, grond of gebouwen ter beschikking heeft gesteld. [landgoed] BV heeft geen ligboxenstal ter beschikking gesteld. Bij een opstalrecht heeft de pachter zelf een eigen gebouw opgericht waarvan hij eigenaar is. De risico's die daaruit voortvloeien zijn voor hem. De rechtsverhouding van [appellant] ten opzichte van de ligboxenstal is dus van andere aard dan de rechtsverhouding die er zou zijn indien hij de ligboxenstal had gepacht. Daarin ligt voldoende reden om de ligboxenstal niet mee te tellen bij de berekening van de aanspraak van [landgoed] BV.'

²³ Asser/Valk 7-III 2020/575.

²⁴ Asser/Valk 7-III 2020/578 e.v.

valt gemakkelijk in te zien dat de meerkosten in verband met de verwerving van het productierecht in een waardedaling van agrarisch onroerend goed zónder productierecht zullen kunnen resulteren. Bij wijze van contrast: de eigenaar die zelf het productierecht om niet op zijn naam krijgt, heeft van de introductie van het productierecht betrekkelijk weinig last, omdat tegenover de waardedaling van het aan hem toebehorende onroerend goed de verkregen waarde van het productierecht staat. De eigenaar die het onroerende goed heeft verpacht, heeft er veelal wél last van, hoewel niet steeds in dezelfde mate. Het effect van waardedaling doet zich namelijk niet of in mindere mate voor indien voor het onroerend goed alternatieve, niet wezenlijk minder lucratieve gebruiksmogelijkheden bestaan. Omgekeerd is het effect op de waarde extra groot indien agrarisch onroerend goed specifiek voor een bepaalde vorm van agrarische productie is ingericht, wat zich vooral met betrekking tot gebouwen zal kunnen voordoen.

- 3.28 Nemen we op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid een verplichting voor de pachter aan om bij het einde van de pachtovereenkomst een deel van het productierecht aan de verpachter op te leveren, dan is de verpachter in staat om de onroerende zaak mét productierecht aan derden aan te bieden, wat dan geheel of gedeeltelijk het negatieve effect van de introductie van het productierecht op de waarde van die onroerende zaak tenietdoet. Dit is daarom een argument voor een zodanige aanspraak.
- 3.29 Ook de omstandigheid dat de bedrijfsvoering door de pachter mede door de verpachting mogelijk is gemaakt, is een argument voor een aanspraak van de verpachter. Productierechten worden namelijk toegekend volgens een stelsel met een referentieperiode of referentietijdstip, in de zin dat de productie in die periode of op dat tijdstip bepalend is voor de omvang van het toegekende productierecht.
- 3.30 Dit argument voor de aanspraak van de verpachter dunkt mij eigenlijk essentieel. Zou het productierecht geheel buiten toedoen van de verpachter zijn verkregen, dan valt niet in te zien op welke grond de verpachter met betrekking tot het recht enigerlei aanspraak zou kunnen doen gelden. Intussen lijkt de omstandigheid dat de terbeschikkingstelling van het verpachte de bedrijfsvoering van de pachter mogelijk heeft gemaakt, op zichzelf onvoldoende voor een aanspraak van de verpachter op (een deel van) de aan de pachter toegekende productierechten. Dat spreekt eigenlijk vanzelf: de verpachter kan ook geen aanspraak maken op andere door de pachter dankzij de exploitatie van de verpachte onroerende zaak gerealiseerde voordelen.
- 3.31 Ook met betrekking tot fosfaatrechten heeft de pachtkamer van het gerechtshof voor bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden een aanspraak van de verpachter aangenomen, voor het eerst in 2019 in de proefprocedure *ASR/Qualm*.²⁵ In de zaak zoals

²⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2544 (tussenarrest) en 24 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7664 (eindarrest), TvAR 2019/8005 m.nt. H.A. van Bommel (*ASR/Qualm*). De zaak was door prorogatie in eerste en enige feitelijke instantie aan de pachtkamer van het hof voorgelegd. Tegen de arresten van het hof is geen beroep in cassatie ingesteld. Voorafgaand aan het arrest *ASR/Qualm* hadden diverse auteurs zich in verschillende zin over een aanspraak van de verpachter op fosfaatrechten uitgelaten. Zie: D.W. Bruil, Pacht en fosfaatrechten, TvAR 2016/9, p. 393; H.A. Verbakel-van Bommel & G.M.F. Snijders, Fosfaatrechten en pacht; een eerste verkenning, TvAR 2018/1, p. 5-14; P.J. van der Eijk & J.G. Meijer, Pacht en fosfaatrechten; een eerste reactie, TvAR 2018/3, p. 125-127; J.J. Morra, Een alternatieve verdeling van fosfaatrechten tussen pachters en verpachters, TvAR 2018/7/8, p. 348-352. De teneur van de literatuur na het arrest is dat men zich aansluit bij de wijze waarop de pachtkamer van het hof de knoop heeft doorgehakt. Vergelijk: H.A. van Bommel in haar TvAR-annotatie; L.P.J. Mertens, Fosfaatrechten en pacht, standaardjurispru-

die voorligt, verwijst het hof meermalen naar het arrest *ASR/Qualm* en dit komt hierna dus vanzelf nog aan de orde. Vooraf slechts nog kort iets over het karakter van het stelsel van fosfaatrechten, mede in vergelijking met het eerder bestaande melkquotum.

- 3.32 Het stelsel van fosfaatrechten is met ingang van 1 januari 2018 in werking getreden. Het is verboden meer dierlijke meststoffen met melkvee, uitgedrukt in kilogrammen fosfaat, te produceren dan het op het bedrijf rustende fosfaatrecht (art. 21b Meststoffenwet). Referentietijdstip is 2 juli 2015. De forfaitaire productie van dierlijke meststoffen in een kalenderjaar door het melkvee dat op dat tijdstip op het agrarisch bedrijf werd gehouden, bepaalt de omvang van het toegekende fosfaatrecht (art. 23 lid 3 Meststoffenwet). Fosfaatrechten zijn vrij verhandelbaar, ook zonder overdracht van grond (art. 25 e.v. Meststoffenwet).
- 3.33 Hoewel fosfaatrechten voor dezelfde bedrijfstak gelden als het voormalige melkquotum, zijn er diverse belangrijke verschillen. In de eerste plaats zien beide productierechten niet geheel op dezelfde bedrijfsactiviteiten. Zo zijn ook aan niet-melkveehouders fosfaatrechten toegekend, omdat fosfaatrechten mede benodigd zijn voor het houden van vrouwelijk jongvee door onder meer jongvee-opfokbedrijven. Melkquotum zag naar zijn aard alleen op melkproducerend rundvee. In de tweede plaats is de achtergrond van beide productierechten verschillend. Het melkquotum moest overproductie van melk en melkproducten tegengaan. Fosfaatrechten staan in verband met het zogenaamde mestproductieplafond. Ondanks de Unierechtelijke achtergrond van dat plafond vinden in de derde plaats de fosfaatrechten uitsluitend hun grondslag in de nationale Meststoffenwet; de melkquotering vond wél zijn grondslag in het Unierecht.
- 3.34 Na deze inleidende opmerkingen kom ik nu toe aan de overwegingen van het hof in onze zaak en de daartegen gerichte klachten. Ik citeer eerst de rechtsoverwegingen 3.14 tot en met 3.16, waar het hof onder meer zijn eerdere rechtspraak samenvat:

'Toepassing arrest 26 maart 2019

3.14 In zijn arrest van 26 maart 2019 heeft dit hof de vraag beantwoord of de verpachter bij het einde van de pachtovereenkomst recht heeft op overdracht van fosfaatrechten. Het hof oordeelde dat de fosfaatrechten in beginsel van de pachter zijn en dat er geen reden is de rechten aan de verpachter over te dragen bij het einde van de pacht. Als partijen in de pachtovereenkomst niets (anders) zijn overeengekomen, is de pachter alleen verplicht tot overdracht van fosfaatrechten aan de verpachter indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- tussen verpachter en pachter bestond op 2 juli 2015 een reguliere pachtovereenkomst of een geliberaliseerde pachtovereenkomst die bij het aangaan 12 jaar of langer duurt;
- het betreft hoevepacht of pacht van minimaal 15 ha grond of pacht van een gebouw; het gebouw moet specifiek zijn ingericht voor de melkveehouderij en voor de uitoefening daarvan noodzakelijk zijn en door de verpachter ten behoeve van het bedrijf van de pachter aan de pachter ter beschikking zijn gesteld.

De fosfaatrechten worden dan voor 50% toegerekend aan de gebouwen en 50% aan de grond die de pachter op 2 juli 2015 ten behoeve van het gehouden vee ten dienste stonden en naar verhouding toegerekend aan het gepachte. De verpachter dient aan de pachter 50% van de marktwaarde van de over te dragen fosfaatrechten per datum einde pachtovereenkomst te betalen.

dentie en het vervolg daarop, LTB 2022/38, p. 13-15; J. de Roos, Pacht en fosfaatrechten: de tussenstand na 5 jaar, TvAR 2023/2, p. 136-140.

3.15 De juridische grondslag is gevonden in de aard van de pachtovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). De rechtvaardiging bestaat uit drie samenhangende redenen. De verpachter heeft langdurig bedrijfsmiddelen aan de pachter ter beschikking gesteld waarop de pachter zijn bedrijfsvoering heeft kunnen baseren. Die bedrijfsmiddelen hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de omvang van de veestapel en daarmee aan de fosfaat-rechten die aan de pachter zijn toegekend. De grond en/of gebouwen zijn na het einde van de pachtovereenkomst potentieel minder goed te exploiteren voor de verpachter indien de pachter deze zonder fosfaat-rechten oplevert.

3.16 Het is aan de verpachter te stellen en zo nodig [te] bewijzen dat aan de voorwaarden voor overdracht is voldaan. heeft gesteld dat er op 2 juli 2015 tussen partijen een reguliere hoevepachtovereenkomst bestond. Daarmee heeft voldoende gesteld. betwist vervolgens niet dat er sprake is geweest van hoevepacht, maar volgens : betekent dat nog niet dat hij fosfaat-rechten aan ' moet overdragen. Daarvoor voert hij een aantal redenen aan.'

- 3.35 Het middel presenteert ons *onder 2.1* diverse klachten. Als eerste lees ik daar de klacht dat het hof bij zijn oordeel niet of onvoldoende in aanmerking heeft genomen dat het uitgangspunt is dat de fosfaat-rechten in beginsel eigendom zijn van als pachter en dat het aan als verpachter is om zodanige omstandigheden aan te voeren dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de fosfaat-rechten deels aan hem moet overdragen.
- 3.36 De klacht mist feitelijke grondslag. Volgens rechtsoverweging 3.14 is ook voor het hof vertrekpunt dat de fosfaat-rechten in beginsel van de pachter zijn. Slechts indien aan de beide door het hof bedoelde voorwaarden is voldaan, is de pachter bij wijze van uitzondering verplicht tot overdracht van (een deel van) de fosfaat-rechten aan de verpachter. En volgens rechtsoverweging 3.16 is het aan de verpachter om te stellen en zo nodig te bewijzen dat aan de voorwaarden voor (aanspraak op) overdracht is voldaan.
- 3.37 Als tweede lees ik onder 2.1 de klacht dat de onverkorte toepassing door het hof van het toetsingskader uit een eerdere zaak (de zaak *ASR/Qualm*) zich niet goed verhoudt tot de toepassing van de maatstaf van art. 6:248 lid 1 BW, omdat die maatstaf een op het specifieke geval gerichte afweging van alle omstandigheden van het geval vergt. Dit geldt volgens de stellers van het middel in het bijzonder voor de 50/50-verdeling van fosfaat-rechten waartoe het hof op basis van het voormelde toetsingskader heeft geconcludeerd. De precieze verhouding van de fosfaat-rechten kan niet worden bepaald op basis van op voorhand in abstracto geformuleerde uitgangspunten, zo zegt de klacht.
- 3.38 Het is mij niet geheel duidelijk op welke 50%-50%-verdeling de klacht ziet. In rechtsoverweging 3.14 is immers tweemaal van zo'n verdeling sprake, namelijk eerst volgens wat een 'toerekeningsregel' kan worden genoemd en vervolgens als 'waardeverdelingsregel'. De toerekeningsregel houdt verband met de omstandigheid dat veel pachters ook over eigendomsgronden beschikken en/of gronden van derden in gebruik hebben. In het geval dat een pachter alle grond en alle gebouwen van dezelfde verpachter pacht, wordt vanzelfsprekend 100% van de fosfaat-rechten aan de verpachte onroerende zaak toegerekend. Maar in alle andere gevallen is er een regel nodig die het toegekende productierecht gedeeltelijk aan de verpachte gronden en gebouwen toerekent en voor het overige aan de andere bij de pachter op het referentietijdstip in gebruik zijnde gebouwen en gronden (ter zake van dit laatste deel van het productierecht kan de verpachter vanzelfsprekend geen

aanspraak doen gelden). Na deze toerekeningsregel komt volgens het arrest *ASR/Qualm* de waardeverdelingsregel tot toepassing, die ook uitgaat van een verdeling 50%-50%, maar nu in andere zin: de verpachter heeft weliswaar recht op overdracht van alle fosfaatrechten die aan de verpachte gebouwen respectievelijk gronden zijn toe te rekenen, maar moet daartegenover aan de pachter 50% van de waarde van die rechten vergoeden.

- 3.39 Ik geef een eenvoudig voorbeeld om de werking van beide regels te demonstreren. Stel de pachter had op het referentietijdstip van de verpachter uitsluitend gronden in gebruik en gebruikte in zijn agrarisch bedrijf niet nog andere gronden; de gebouwen waren alle eigendom van de pachter. De toerekeningsregel zegt nu dat 50% van het productierecht aan het verpachte (de gronden) wordt toegerekend. De verpachter heeft nu aanspraak op overdracht van die 50% van het totale productierecht en moet daartegenover 50% van de waarde van dit deel aan de pachter vergoeden, is dus 25% van de waarde van het *totale* productierecht. Ter zake van de andere 50% van het productierecht heeft de verpachter geen aanspraak. Dat deel wordt toegerekend aan de eigendomsgebouwen van de pachter.
- 3.40 Hoe de klacht ook moet worden gelezen, beide regels (de toerekeningsregel en de waardeverdelingsregel) dragen het karakter van een uitgangspunt dat in beginsel geldt, en wel een precies uitgangspunt, want op basis van (precies) 50%-50%. Dit dus zou niet verenigbaar zijn met het maatwerk waartoe de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid volgens de stellers van het middel verplicht.
- 3.41 Om met de deur in huis te vallen: voor de opvatting die het middel verdedigt, pleit schijnbaar een en ander, maar in ieder geval pleit *ertegen* dat zij hopeloos onpraktisch is en tot grote rechtsonzekerheid zou leiden. In 2022 was volgens het CBS 236.429 hectare grond in Nederland regulier verpacht.²⁶ Indien waar zou zijn dat niet op basis van op voorhand in abstracto geformuleerde uitgangspunten is te zeggen in welke mate de verpachter aanspraak heeft op de fosfaatrechten van de pachter, noch in welke mate de pachter recht op vergoeding van de waarde van over te dragen rechten, weten de verpachters en pachters van al deze gronden voortaan niet meer waaraan zij toe zijn en is een stortvloed van procedures voor de pachtrechter onvermijdelijk. Het financieel belang van de kwestie is nu eenmaal te groot dan dat aannemelijk zou kunnen zijn dat partijen het zonder vooraf gegeven uitgangspunten eenvoudig minnelijk met elkaar eens worden.
- 3.42 Wat pleit er (schijnbaar) vóór de opvatting van het middel? In de eerste plaats de vormgeving van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid als open norm. Die open norm wordt, althans op het eerste gezicht, slechts beperkt nader ingekaderd door de verwijzing in art. 3:12 BW naar algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn. Het laatste, de persoonlijke belangen van het gegeven geval, lijkt (nog steeds op het eerste gezicht) steun te bieden aan de gedachte dat waar redelijkheid en billijkheid regeren, alleen maatwerk aan de orde kan zijn.
- 3.43 In de tweede plaats is de opvatting van het middel eventueel te prijzen vanuit een klassieke opvatting van de verhouding tussen rechter en wetgever volgens het staatsrecht. Art. 12 Wet AB zegt nog steeds: 'Geen regter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of

²⁶ Bron: CBS, Oppervlakte landbouwgrond in eigendom, (erf)pacht of overige exploitatievormen in de jaren 2008 tot en met 2022 (www.cbs.nl). Geliberaliseerde pacht voor 12 jaar en meer wordt door het CBS niet afzonderlijk geregistreerd en kwantitatief voegt die categorie niets toe.

reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn.' Heel kort gezegd: de rechter mag geen algemene regels geven; dat is de taak van de wetgever.

- 3.44 Ik begin met het laatste. De bedoelde klassieke opvatting van de verhouding tussen rechter en wetgever is allang niet meer geldend recht.²⁷ Onder meer uit de verwijzing in art. 81 lid 1 RO naar rechtseenheid en rechtsontwikkeling volgt onmiskenbaar dat de wetgever 'rechtersrecht' als rechtsbron erkent. Ik zet nu grote stappen, want voor uw Raad (en naar is aan te nemen ook voor de cassatieadvocaten die de partijen in deze zaak bijstaan) is dit alles overbekend. De huidige stand van de discussie is door Koopmans, in zijn bewerking van het bekende boekje van Wiarda over rechtsvinding, kernachtig als volgt verwoord:²⁸

'[N]ieuwe rechtsregels komen niet alleen tot stand komen door wetgeving, maar kunnen ook door de rechtspraak worden gecreëerd, zij het in aansluiting aan het reeds bestaande regelbestand: zij worden "ontwikkeld".'

- 3.45 Volgt nu uit de aard van de norm van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid alsnog wat anders? Vergt die maatstaf steeds een op het specifieke geval gerichte afweging van alle omstandigheden van het geval, en wel in die zin dat op voorhand in abstracto geformuleerde uitgangspunten daarmee zich niet verdragen? Ook dat is niet juist. Mijns inziens volgt dat reeds uit het al genoemde art. 3:12 BW. Ook het rechtszekerheidsbeginsel is een algemeen erkend rechtsbeginsel en aan de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen van individuele gevallen kan veelal met passende sjablonen van rechtersrecht juist *beter* recht worden gedaan.²⁹
- 3.46 Dat de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid en in abstracto geformuleerde uitgangspunten niet onderling onvereenigbaar zijn, blijkt verder overduidelijk uit de praktijk van de rechtspraak. Ik geef twee voorbeelden.
- 3.47 Volgens rechtspraak van uw Raad sinds 1992 vloeit naar de aard van de arbeidsovereenkomst uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, voort dat een werkgever *in beginsel* gehouden is de niet-verzekerde zaak- en/of letselschade van een werknemer te vergoeden die deze lijdt doordat hij tijdens het vervoer in het kader van voor zijn werkgever uit te voeren werkzaamheden een verkeersongeval heeft veroorzaakt. Dit is *slechts anders* in geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.³⁰ Dit 'in beginsel' en 'slechts anders' laten zich niet misverstaan. Hier is geen sprake van maatwerk op grond van een open norm, maar van rechtersrecht, dat voor een bepaalde categorie van gevallen in abstracto een uitgangspunt formuleert.
- 3.48 Hetzelfde geschiedt sinds het bekende arrest De Ronde Venen/Stedin (2011) in de rechtspraak met betrekking tot de opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten. Als de wet

²⁷ Vergelijk voor een beknopte bespreking van de kwestie: P.P.T. Bovend'Eert, Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak: in de democratische rechtsstaat (SBR Wetenschap), 2022/11.2.

²⁸ G.J. Wiarda & T. Koopmans, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 131.

²⁹ Vergelijk in dit verband ook de opvatting van M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1999, volgens wie redelijkheid en billijkheid geen norm (meer) is, maar eenvoudig een erkenning van rechtsontwikkeling als mede een taak van de rechter. Relativerende opmerkingen bij de opvatting van Hesselink zijn onder meer geplaatst door W. Snijders in zijn bespreking van het boek, WPNR 1999/6376.

³⁰ HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0717, NJ 1993/264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma Tapijt). Zie laatstelijk HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331.

noch de overeenkomst voorziet in een regeling van opzegging van een voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomst, is die overeenkomst *in beginsel* opzegbaar.³¹

- 3.49 Maar een verdeling van (precies) 50%-50% dan? Volgens het middel is zo'n precieze verdeling van hetgeen waarop pachter respectievelijk verpachter recht hebben 'in het bijzonder onjuist'. Ook dit overtuigt niet. Nog vers in het geheugen ligt de corona-uitspraak van uw Raad met betrekking tot huur van bedrijfsruimte.³² Het nadeel dat is veroorzaakt door de overheidsmaatregelen ter bestrijding van het coronavirus valt 'in de regel' noch in de risicosfeer van de huurder, noch in die van de verhuurder. Deze verstoring van de verhouding tussen de wederzijdse prestaties van huurder en verhuurder wordt daarom *in beginsel* het beste ondervangen door het niet door de overheid gecompenseerde nadeel gelijk te verdelen over de verhuurder en de huurder. Een andere verdeling op grond van bijvoorbeeld de hoedanigheid van de huurder of de verhuurder of de financiële positie van een der partijen, is volgens wat uw Raad leert *uitzondering*. Deze precieze in-beginsel-norm van 50%-50% vaart onder de vlag van art. 6:258 BW en niet van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW. Maar het is niet overtuigend dat wat met betrekking tot art. 6:258 BW kan, niet ook met betrekking tot art. 6:248 lid 1 BW zou kunnen; in beide gevallen is redelijkheid en billijkheid de maatstaf.
- 3.50 Dichtbij de 50%-50% als precieze in-beginsel-norm voor de verdeling van de fosfaatrechten (als toerekeningsnorm en als waardeverdelingsnorm) komt het volgende. Een arrest van uw Raad uit 2006 ziet op een vervreemdingswinstbeding in een koopovereenkomst met betrekking tot agrarisch onroerend goed.³³ Het hof had bij de vaststelling van wat uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid voortvloeit, steun gezocht bij de bestendige rechtspraak van de pachtkamer van het gerechtshof met betrekking tot melkquotum. Die rechtspraak luidde weliswaar in relevante opzichten anders dan de (latere) rechtspraak met betrekking tot fosfaatrechten, maar ging wel ook uit van een verdeling van de waarde van het productierecht over pachter en verpachter volgens een verdeelsleutel van in beginsel 50%-50% (dus juist wat volgens de klacht van het onderdeel niet toelaatbaar is). Uw Raad oordeelde als volgt:
- '4.6 Onderdeel 6 is gericht tegen het oordeel van het hof, in overeenstemming met dat van de rechtbank, dat analoog aan de jurisprudentie van de pachtkamer van het gerechtshof te Arnhem de waarde van het melkquotum voor de helft wordt beschouwd als een verdienste voor de inspanningen van [eiser] en voor de andere helft bijgeteld moet worden bij de vervreemdingswinst. Volgens het onderdeel is dit oordeel onjuist, althans zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Het onderdeel is ongegrond. Het oordeel van het hof, dat – evenals de rechtbank – bij de bepaling van hetgeen in een geval als het onderhavige uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit steun heeft gezocht bij de jurisprudentie van de pachtkamer ten aanzien van de bij beëindiging van de pacht tussen pachter en verpachter te verdelen waarde van een melkquotum, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Tot een nadere motivering was het hof niet gehouden.'
- 3.51 Het zal inmiddels duidelijk zijn: mijns inziens faalt ook de tweede klacht van het onderdeel onder 2.1.

³¹ HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (De Ronde Venen/Stedin). Zie laatstelijk HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:446, NJ 2019/149.

³² HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (corona-huur).

³³ HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX6733, onder 4.6.

- 3.52 Onder 2.1 is nog een derde klacht te lezen: het hof zou ten onrechte hebben geabstraheerd van hetgeen partijen in de pachtovereenkomst en pachtbeëindigingsovereenkomst met elkaar zijn overeengekomen. Deze klacht mist feitelijke grondslag. In rechtsoverwegingen 3.17 tot en met 3.19 is het hof uitdrukkelijk ingegaan op de door _____ voorgestane uitleg van de pachtovereenkomst en (de omstandigheden rond) de pachtbeëindigingsovereenkomst:

'Uitleg pachtovereenkomst uit 2000

3.17 Volgens _____ hebben partijen in de pachtovereenkomst opgenomen, althans bedoeld, dat _____ nimmer aanspraak kan maken op enige vergoeding voor het mogen melken van koeien. Hij verwijst naar het beding: *"Pachter is volledig eigenaar van de voornoemde melkquota. Bij het beëindigen van de pachtovereenkomst is pachter gerechtigd bovenvermelde quota mee te nemen dan wel aan derden in eigendom over te dragen"*. Hij leest daarin dat het recht om melk te produceren voor 100% aan hem toekomt.

3.18 Het hof leest in het beding dat _____ door de verkoop van het verpachtersaandeel in het melkquotum geen aanspraak meer heeft of kan maken op dat melkquotum aan het einde van de pachtovereenkomst. Dat is logisch omdat _____ het melkquotum had gekocht, waaronder het verpachtersaandeel. Dat daarmee ook is bedoeld of _____ redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat _____ afstand deed van eventueel later toe te kennen productierechten, vindt het hof niet voor de hand liggend. Daarover hebben partijen geen afspraak gemaakt en in de gesloten overeenkomsten is geen financiële afrekening bij voorbaat of voorziening opgenomen. Door in 2017 aanspraak te maken op fosfaatrechten heeft _____ juist te kennen gegeven dat hij geen afstand heeft gedaan. Om welke reden _____ desondanks redelijkerwijs mocht begrijpen dat _____ dat – in 2000 of 2017 – wel wilde is onvoldoende toegelicht.

3.19 _____ heeft in dit kader ook aangevoerd dat _____ in de aanloop naar de pachtbeëindigingsovereenkomst in 2016-2017 geen aanspraak heeft gemaakt op fosfaatrechten en dat in een conceptbeëindigingsovereenkomst was opgenomen dat de fosfaatrechten exclusief voor hem zouden zijn. Die omstandigheden brengen ook niet mee dat ervan kan worden uitgegaan dat _____ afstand heeft gedaan van zijn eventuele aanspraak. Daar is meer voor nodig.'

- 3.53 Onder 2.2 vervolgt het middel met een reeks motiveringsklachten. Die klachten lijken in het bijzonder te zien op rechtsoverweging 3.20 en volgende:

'Bij de toekenning van fosfaatrechten was de pachtovereenkomst al beëindigd

3.20 Het klopt dat de fosfaatrechten zijn toegekend na het einde van de pachtovereenkomst. De verplichting van de pachter om bij het einde van de pachtovereenkomst aan de verpachter fosfaatrechten over te dragen kon _____ niet nakomen omdat de rechten nog niet bestonden. Dat laat onverlet dat _____ in de pachtbeëindigingsovereenkomst zijn rechten heeft voorbehouden: *"Indien later mocht blijken dat het eigendom wel (gedeeltelijk) bij verpachter ligt, dan zal verpachter dit recht claimen, hetgeen alsdan door pachter zal worden betwist"*. Daarmee heeft _____ een voorwaardelijke verbintenis bedongen waarvan hij nakoming kan vorderen. Op dat moment stond al wel vast dat aan _____ fosfaatrechten zouden worden toegekend die met het gepachte waren opgebouwd op peildatum 2 juli 2015. De toekenning zou aanvankelijk op 1 januari 2017 plaatsvinden maar is door omstandigheden uitgesteld naar 1 januari 2018. Of _____ aanspraak zou kunnen maken op (een deel) van de aanspraken stond echter niet vast. Op grond van artikel 6:21 BW is een verbintenis voorwaardelijk wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld. De aanspraak van

verpachters op fosfaatrechten is voor het eerst bij het arrest van dit hof van 26 maart 2019 vastgesteld. Daarbij heeft het hof geoordeeld dat de verpachter onder bepaalde omstandigheden aanspraak kan maken op fosfaatrechten en in zoverre rechthebbende is. De voorwaarde waaronder de voorwaardelijke verbintenis is aangegaan, is in zoverre vervuld zodat daarvan in deze procedure nakoming kan vorderen.

3.21 Het betoog van dat niet aan de voorwaarde wordt voldaan omdat het eigendom niet (gedeeltelijk) bij ligt, passeert het hof. Redelijkerwijs moet de voorwaarde hij een toekomstige onzekere gebeurtenis ruim worden uitgelegd zodat onder eigendom ook recht-hebbende kan worden begrepen.

Hoeve (on)geschikt voor de uitoefening van een melkveebedrijf

3.22 heeft aangevoerd dat de bedrijfsgebouwen niet specifiek waren ingericht voor de melkveehouderij. Hij heeft de stalinrichting en alle benodigdheden om melkvee te houden zelf bekostigd. Het klopt dat de stalinrichting en de melkinstallatie niet zijn verpacht, die heeft van de afgaande pachter overgenomen bij de overname van diens melkveebedrijven en nadien zelf vervangen/onderhouden. De voorwaarde waaronder de verpachter in deze zaak recht heeft op fosfaatrechten is echter dat het gaat om een hoevepacht en niet om de pacht van een bedrijfsgebouw dat specifiek is ingericht voor de melkveehouderij. Uit het arrest van 26 maart 2019 vloeit voort dat een aanspraak bestaat in drie gevallen: bij hoevepacht, of bij pacht van 15 ha óf bij pacht van een gebouw dat specifiek is ingericht voor de melkveehouderij. Anders dan blijkbaar meent, is het dus niet zo dat bij een hoevepacht tevens sprake moet zijn van minimaal 15 ha grond én gebouwen die specifiek zijn ingericht voor de melkveehouderij. Voor de aanspraak van een verpachter van een hoeve is dus niet vereist dat de stalinrichting en melkinstallatie ook zijn verpacht. Hetzelfde geldt voor het melkquotum. heeft overigens bij aanvang een woning, een grupstal, overige bedrijfsgebouwen en 33 ha grond verpacht en daarmee een hoeve verpacht die geschikt is voor de uitoefening van een melkveebedrijf; de afgaande pachter oefende daar een melkveebedrijf uit en ook.

Overige feiten en omstandigheden

3.23 voert aan dat het onredelijk is dat hij destijds voor het verpachtersaandeel van het melkquotum heeft betaald en nu nogmaals productierechten moet afrekenen met In 2000 was de afschaffing van het melkquotum niet in zicht en werd het ook niet verwacht (men hield eerder rekening met een verlenging). Zoals partijen tijdens de zitting hebben toegelicht, heeft destijds het advies gekregen om zijn aandeel in het melkquotum aan de pachter te verkopen en heeft ; dat vervolgens gekocht. Hij heeft daar omgerekend € 201.495,66 voor betaald (naast het bedrag dat hij aan de afgaande pachter heeft betaald voor het melkquotum). Vanaf die tijd heeft ; het melkquotum naar eigen inzicht kunnen gebruiken, zowel feitelijk als boekhoudkundig.

3.24 Hiervoor is al geoordeeld dat de aankoop door van het verpachtersaandeel met meebrengt dat afstand heeft gedaan van toekomstige rechten. Verder heeft het hof in het arrest van 26 maart 2019 geoordeeld dat er geen samenhang bestaat tussen het melkquotum en fosfaatrechten. Daarbij overweegt het hof nog het volgende. Het enkele feit dat partijen 18 jaar voor de toekenning van de fosfaatrechten in vrijheid tot overdracht van het verpachtersaandeel van het melkquotum zijn gekomen, is niet zo uitzonderlijk dat van de uitgangspunten voor de aanspraak van de verpachter op fosfaatrechten moet worden afgeweken. heeft nog wel aangevoerd dat hij gedwongen was om het verpachtersaandeel van het melkquotum te kopen, maar die stelling niet geconcretiseerd terwijl die gemotiveerd is bestreden door . Op de zitting heeft daarover evenmin iets verteld en het blijkt ook

nergens uit. heeft verklaard dat hij later nog 105.000 kg melkquotum voor een bedrag van € 162.406 heeft bijgekocht, maar hij heeft ook een tweede hoeve van een derde gepacht met 20 ha grond en een melkveestal. Bij de berekening van de aanspraak van deelt niet mee in de aan die grond en dat gebouw toe te rekenen rechten en daarom is de aankoop niet van belang. Dat het later aangekochte melkquotum het melkquotum op het gepachte in relevante mate heeft ingedikt, heeft in elk geval niet aangevoerd.

3.25 voert aan dat hem in 2016 heeft gedwongen om te verhuizen doordat hij meteen een hogere pacht wilde na de bouw van de nieuwe stal waardoor de bank niet meer wilde financieren. Eerder had aangeboden om de pachtverhoging pas later te laten ingaan. heeft gemotiveerd betwist dat hij direct na de bouw een verhoogde pachtsom in rekening wilde brengen en heeft zijn standpunt niet meer verder geconcretiseerd. Uit de overgelegde e-mails blijkt in elk geval niet dat dat van plan was. Ook verder is uit niets gebleken dat door handelen van is gedwongen zijn melkveebedrijf te verplaatsen.

3.26 Daarnaast voert aan dat de opvolgend pachter de fosfaatrechten niet nodig heeft en dus ook niet. heeft dat bestreden en erop gewezen dat de huidige pachter Jersey vleesvee heeft en zijn bedrijfsvoering wil verbreden met melkvee om het hoofd boven water te kunnen houden. Daarnaast zijn er ook andere pachters op het landgoed die graag met fosfaatrechten willen uitbreiden. Wat hier ook van zij, de voorwaarden waaronder de verpachter aanspraak heeft op fosfaatrechten vinden hun rechtvaardiging in drie samenhangende redenen waarvan er één is dat de grond en/of gebouwen na het einde van de pachtovereenkomst potentieel minder goed te exploiteren zijn voor de verpachter indien de pachter deze zonder fosfaatrechten oplevert. Die rechtvaardigende reden moet dus in samenhang met de andere twee worden gezien en wordt niet aangetast door de feitelijke invulling die de verpachter na het einde van de pachtovereenkomst geeft aan het voorheen verpachte.

3.27 Tot slot heeft op de zitting aangevoerd dat hij in tegenstelling tot de pachter uit het arrest van 26 maart 2019 geen stopper is, maar de fosfaatrechten zelf hard nodig heeft. In zijn uitspraak is het hof er vanuit gegaan dat de pachter de fosfaatrechten zelf nodig heeft en ook degene is van wie ze in beginsel zijn. De keuze van de pachter om na het einde van de pachtovereenkomst elders het bedrijf voort te zetten of te stoppen, is daarbij niet relevant. Het hof wil verder zonder meer aannemen dat het voor een flinke aderlating is als de met het gepachte opgebouwde fosfaatrechten alsnog naar gaan. komt naar zijn zeggen net uit Bijzonder Beheer bij de Rabobank. De omstandigheid dat de overdracht moeilijk kan financieren brengt echter geen wijziging mee in de uitgangspunten en de verdeelsleutel die het hof heeft aangenomen in het arrest van 26 maart 2019.

3.28 Alle standpunten die heeft aangevoerd om af te wijken van de uitgangspunten in het arrest van 26 maart 2019 zijn op zichzelf en in hun onderlinge samenhang gezien al met al onvoldoende. Die standpunten leiden³⁴ er ook niet toe dat kan worden aangenomen dat er sprake is van onvoorziene omstandigheden die tot wijziging van de pachtovereenkomsten van 2000 moeten leiden, van ongerechtvaardigde verrijking of dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om aan de aanspraak van te houden. Het hoger beroep strandt hierop.

3.54 Volgens de klachten is het oordeel van het hof onvoldoende begrijpelijk in het licht van een reeks van stellingen en omstandigheden die door de stellers van het middel worden opgesomd. Voor zover de strekking van deze klachten zou zijn dat sprake is van essentiële

³⁴ Het arrest van het hof heeft abusievelijk 'leidden'.

stellingen die door het hof ten onrechte onbesproken zijn gelaten, geldt voor vijf van de zeven klachten dat zij feitelijke grondslag missen, omdat het hof al die stellingen besproken heeft, als volgt:

- De afspraken in de pachtovereenkomst en de pachtbeëindigingsovereenkomst over productierechten c.q. melkquota (onder 2.2, eerste bullet) bespreekt het hof in rechtsoverwegingen 3.17-3.19.
- De investeringen van _____ in de stal- en melkinrichting (idem, tweede bullet) bespreekt het hof in rechtsoverweging 3.22.
- In rechtsoverweging 3.22 bespreekt het hof ook de investeringen van _____ in het melkquotum (derde bullet).
- Op de stelling dat _____ na ommekomst van de pachtovereenkomst geen fosfaatrechten nodig heeft (vierde bullet), respondeert het hof in rechtsoverweging 3.26.
- De redenen voor de pachtbeëindiging (vijfde bullet). Uit de voetnoot in de procesinleiding volgt dat _____ doelt op zijn stelling dat _____ terugkwam op de gemaakte afspraken en slechts een stal wilde bouwen als de pacht direct omhoog ging. Die stelling heeft het hof in rechtsoverweging 3.25 besproken.
- Dat _____ de fosfaatrechten nodig heeft om zijn onderneming elders voort te zetten (zevende bullet) bespreekt het hof in rechtsoverweging 3.27.

3.55 Zou de strekking van de klachten anders zijn, in de zin dat de inhoud van wat het hof met betrekking tot deze stellingen overweegt, niet begrijpelijk is, dan geldt dat de klachten niet voldoen aan de daaraan te stellen, omdat het middel niet voldoende toelicht waarom het oordeel van het hof onbegrijpelijk is.³⁵ De stellers van het middel hebben zelfs niet eens een poging gedaan om ons dat waarom uiteen te zetten.

3.56 De klachten onder 2.2, zesde en achtste bullet, betreffen geen stellingen van feitelijke maar van juridische aard, ontleend aan de aard van de norm van art. 6:248 lid 1 BW, respectievelijk de strekking van het pachtrecht om de pachter te beschermen. Nog afgezien ervan dat het eerste een herhaling van zetten is ten opzichte van subonderdeel 2.1, geldt voor beide opnieuw dat bij een motiveringsklacht tegen een rechtsoordeel geen belang bestaat (hiervoor 3.16).

3.57 Ten slotte is onder 2.2 nog te lezen dat de omstandigheden die in de stellingen zijn aangeduid ook van belang zijn in het verband van rechtsoverweging 3.15, waar het hof het arrest *ASR/Qualm* bespreekt en de samenhangende redenen voor een aanspraak van de verpachter op de fosfaatrechten. Het onderdeel verbindt daaraan zowel een rechtsklacht als een motiveringsklacht.

3.58 Voor de motiveringsklacht geldt weer dat daarbij geen belang bestaat, omdat zij zich tegen een rechtsoordeel richt.

3.59 De rechtsklacht begrijp ik aldus dat volgens de stellers van het middel in het kader van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid niet een uitgangspunt in abstracto kan gelden, zodat niet voldoende is dat het hof in rechtsoverweging 3.17 e.v. heeft onderzocht of er in het concrete geval redenen bestaan om af te wijken van het uitgangspunt zoals die door het hof in rechtsoverwegingen 3.14 en 3.15 aan de hand van het arrest *ASR/Qualm* is

³⁵ HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0828: 'Een motiveringsklacht dient met bepaaldheid en precisie te vermelden welke beslissing of overweging onvoldoende gemotiveerd dan wel onbegrijpelijk is en waarom.'

geformuleerd. Uit wat ik hiervoor naar aanleiding van sub onderdeel 2.1 heb gezegd, is reeds duidelijk waarom ik meen dat deze klacht faalt.

- 3.60 Volgens de klacht *onder 2.3.1* heeft het hof miskend dat ook bij de beantwoording van de vraag of de eisen van de redelijkheid en billijkheid een verdeling van fosfaatrechten rechtvaardigen die afwijkt van de afspraken in de pachtovereenkomst, de bewijslast op [redacted] als verpachter rust. Dat het hof dit heeft miskend, blijkt volgens de stellers van het middel onder meer uit rechtsoverweging 3.28, volgens welke de standpunten die [redacted] heeft aangevoerd om af te wijken van de uitgangspunten in het arrest *ASR/Qualm* onvoldoende zijn.
- 3.61 Het tweede deel van de klacht sluit niet goed aan bij het eerste deel. Volgens het eerste deel van de klacht is het hof op grond van redelijkheid en billijkheid afgeweken van in de pachtovereenkomst gemaakte afspraken. Zouden de stellers van het middel dit inderdaad bedoelen, dan geldt dat hun klacht feitelijke grondslag mist. Volgens de uitleg die het hof aan de pachtovereenkomst heeft gegeven, bevat zij alleen afspraken met betrekking tot het toenmalige melkquotum en niet met betrekking tot toen nog toekomstige productierechten, waaronder fosfaatrechten (rechtsoverweging 3.18).
- 3.62 Volgens het tweede deel van de klacht zit de pijn ergens anders. Bij de beoordeling van de vraag of voldoende is aangevoerd om van de uitgangspunten van het arrest *ASR/Qualm* af te wijken, zou het hof van een onjuiste bewijslastverdeling zijn uitgegaan.
- 3.63 Ik meen dat in dit verband een onderscheid behoort te worden gemaakt. Volgens wat hiervoor is gezegd, is alleszins toelaatbaar dat op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid voor een bepaalde categorie van gevallen een bepaald uitgangspunt wordt aanvaard. Indien vervolgens door een procespartij wordt betoogd dat dit uitgangspunt in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval uitzondering moet lijden en de wederpartij dit ontkent, is nog niet noodzakelijk de vraag naar de juiste verdeling van de bewijslast aan de orde. Het is immers zeer wel mogelijk dat de argumenten die de bedoelde procespartij ten tonele voert, gegrond zijn op feiten die op zichzelf tussen partijen niet in geschil zijn. Wat in geschil is, is dan slechts de *waardering* van de feiten: volgens de ene partij zijn de feiten voldoende om af te wijken van het bedoelde uitgangspunt en volgens de andere partij niet.
- 3.64 De vraag naar de juiste verdeling van de bewijslast komt eerst aan de orde indien een procespartij betoogt dat van het bedoelde uitgangspunt moet worden afgeweken op grond van feiten die *niet* tussen partijen vaststaan, en dan ook alleen nog maar indien de rechter dat betoog verwerpt op de grond dat de beweerde feiten niet vaststaan. Het is immers ook denkbaar dat de rechter de feitelijke juistheid van de bedoelde feiten in het midden laat en oordeelt dat zij hoe dan ook niet voldoende zijn om een uitzondering van het uitgangspunt te kunnen rechtvaardigen.
- 3.65 Met het voorgaande is niet gezegd dat noodzakelijk onjuist is dat op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid een uitgangspunt wordt aanvaard dat wél mede de bewijslast bepaalt (vergelijk hierna 3.67). Wat ik slechts wil zeggen is dat ook denkbaar is dat de rechter niet zover gaat en met het door hem aanvaarde uitgangspunt op de partij die zich op het standpunt stelt dat het uitgangspunt uitzondering moet lijden, slechts 'argumentatielast' legt. Zulke argumentatielast is mijns inziens de vanzelfsprekende conse-

quentie van een bij de toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid aanvaard uitgangspunt. Anders gezegd, wie met mij en conform staande praktijk in de rechtspraak aanvaardt dat de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid niet alleen ruimte biedt voor rechterlijke maatwerk maar ook voor rechtersrecht (hiervoor 3.37 e.v. naar aanleiding van subonderdeel 2.3.1), die aanvaardt daarmee noodzakelijk ook dat op de partij die beweert dat het als rechtersrecht aanvaarde uitgangspunt uitzondering behoort te lijden, argumentatielast rust. Als voor een andere verdeling van de fosfaatrechten dan volgens het uitgangspunt niet nodig zou zijn dat daarvoor argumenten bestaan die die afwijkende verdeling rechtvaardigen, dan is het uitgangspunt eenvoudig geen uitgangspunt meer.

- 3.66 Op grond van het voorgaande moet de klacht falen. Uit rechtsoverweging 3.28 volgt niet meer dan dat het hof ervan is uitgegaan dat het aan _____ was om overtuigende argumenten aan te voeren voor een afwijking van de uitgangspunten van het arrest *ASR/Qualm*.
- 3.67 Ten overvloede merk ik op dat mijns inziens zeer wel denkbaar is dat met de regel van rechtersrecht ook de bewijslast verschuift. Dit laat zich op twee wijzen verantwoorden, afhankelijk van de vraag hoe ruimhartig men de figuur van rechtersrecht omarmt.
- 3.68 Volgens de hoofdregel van art. 150 Rv draagt de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten, de bewijslast van die feiten. Welnu, wie met mij de legitimiteit van rechtersrecht ten volle erkent, zal dan ook met mij willen aanvaarden dat zoals het geschreven recht bepaalt welke feiten voor een bepaald rechtsgevolg vereist zijn, ook rechtersrecht dit doet. Welnu, zoals de wet sommige feiten tot voorwaarden voor een bepaald rechtsgevolg benoemt (bijvoorbeeld in het geval van art. 6:74 BW zijn tekortkoming, schade en causaal verband voorwaarden voor schadevergoeding) en andere feiten als voorwaarden voor een uitzondering daarop (het met een tenzij ingeleide geval dat de tekortkoming niet toerekenbaar is), zo kan en mag rechtersrecht dit ook. Het is dus op geen enkele manier in strijd met de gewone regels van bewijslastverdeling indien we aannemen dat de aanvaarding van een bepaald uitgangspunt bij wijze van rechtersrecht, óók de bewijslast bepaalt, in de zin dat de partij die beweert dat dit uitgangspunt uitzondering moet lijden, ter zake niet alleen argumentatielast draagt, maar ook bewijslast met betrekking tot de feitelijke omstandigheden die die uitzondering moeten rechtvaardigen.
- 3.69 Zou dit te ver gaan (mijns inziens doet het dat niet), dan is een verlegging van de bewijslast nog op andere wijze te verantwoorden. Namelijk in deze zin dat de rechter, tegelijk met een materieelrechtelijk uitgangspunt voor bepaalde categorieën van gevallen, ook een bijzondere regel van bewijslast aanvaardt in de zin van de tenzijbepaling van art. 150 Rv. Ook zo rust op de partij die betoogt dat van het bedoelde uitgangspunt moet worden afgeweken, naast argumentatielast ook bewijslast.
- 3.70 Anders dan de stellers van het middel doen voorkomen is in het geval van een op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid aanvaard uitgangspunt, dat geldt behoudens bijzondere omstandigheden, dus niet onbestaanbaar dat de bewijslast komt te liggen op de partij die zich op zulke bijzondere omstandigheden beroept. Ik ben zelfs geneigd om te denken dat dit het gewone geval zal zijn. Het alternatief van argumentatielast brengt de partij die een uitzondering op het uitgangspunt bepleit, in de verleiding om zich op een veelheid van feitelijke omstandigheden te beroepen, in de hoop haar wederpartij aldus in bewijsperikelen te verstrikken. Ik meen daarom dat het in het algemeen de voorkeur verdient

om aan te nemen dat met de aanvaarding van een uitgangspunt van rechtersrecht, ook de bewijslast wordt verlegd.

- 3.71 Bijvoorbeeld de rechtspraak van uw Raad met betrekking tot de opzegbaarheid van voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomsten is door diverse schrijvers in deze zin opgevat: de partij die beweert dat het uitgangspunt van opzegbaarheid uitzondering lijdt, draagt de bewijslast met betrekking tot de feitelijke omstandigheden waarop zij zich in dat verband beroept.³⁶ Ook dunkt mij nauwelijks voor twijfel vatbaar dat in het hiervoor 3.47 bedoelde geval dat een werknemer schade lijdt doordat hij tijdens het vervoer in het kader van voor zijn werkgever uit te voeren werkzaamheden een verkeersongeval heeft veroorzaakt, de bewijslast met betrekking tot feiten en omstandigheden waaruit opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer volgt, op de werkgever rust, niet anders dan geldt met betrekking tot een wettelijk 'tenzij' voor gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid zoals opgenomen in bijvoorbeeld art. 6:170 lid 3 en 7:658 lid 2 BW.
- 3.72 *Onder 2.3.2* vervolgt het onderdeel met diverse klachten tegen rechtsoverwegingen 3.18 en 3.19, waar het hof de pachtovereenkomst aldus uitlegt dat het daarin opgenomen beding met betrekking tot melkquota niet mede ziet op toekomstige productierechten, waaronder fosfaatrechten. Mijns inziens treffen geen van deze klachten doel. Het uitlegoordeel van het hof is mijns inziens allerm minst onbegrijpelijk. In feite veronderstellen de klachten van het subonderdeel een continuïteit tussen melkquotum en fosfaatrechten die niet bestaat. Niet alleen zijn er niet te verwaarlozen verschillen tussen beide productierechten (vergelijk hiervoor 3.33), ook sluiten beide rechten niet in tijd op elkaar aan. Per 1 april 2015 is het melkquotum afgeschaft en per 1 januari 2018 is het stelsel van fosfaatrechten in werking getreden. Ook is het referentietijdstip bij de toekenning van fosfaatrechten gelegen ná 1 april 2015. Zoals hiervoor 3.32 reeds vermeld, is dat tijdstip 2 juli 2015. Voor zover het subonderdeel klaagt over de verdeling van de bewijslast, verwijs ik naar mijn bespreking van subonderdeel 2.3.1.
- 3.73 De klachten *onder 2.3.3* komen neer op een herhaling van zetten, dan wel pogen uw Raad te verleiden tot een feitelijke heroverweging waarvoor in cassatie geen plaats is.
- 3.74 De klachten *onder 2.3.4* richten zich tegen rechtsoverweging 3.25, waar het hof oordeelt dat niet aannemelijk is geworden dat door het handelen van r is gedwongen zijn melkveebedrijf te verplaatsen. Volgens de klachten is dit oordeel onbegrijpelijk in het licht van twee omstandigheden, hierna in cursief aangeduid. Beide klachten zijn mijns inziens ongegrond:
- De stal voldeed niet meer aan de dierwelzijnseisen. Zonder nadere toelichting (die ontbreekt) zie ik niet in waarom op basis van deze omstandigheid sprake zou (kunnen) zijn van dwang door*
 - Tijdens de zitting heeft erkend dat de pacht zou toenemen en dat hij niet weet of concreet was afgesproken dat de pachtverhoging pas twee jaar later zou ingaan. De uitspraken van waarnaar verwijst, zijn ontleend aan de onderstaande passage van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 17 maart 2022:*

³⁶ Zie: T.F.E. Tjong Tjin Tai, in zijn NJ-annotatie onder 2 bij HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 (De Ronde Venen/Stedin); W.L. Valk, Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente/SNU en Stedin, NTBR 2012/25, onder 4.

Dat klopt. Ik mocht eraan beginnen met als voorwaarde vanuit de bank dat ik de eerste twee jaar geen pachtverhoging zou krijgen. Ik zat met het bouwen van de stallen aardig rond, dus ik belde hem op met de vraag wat de pachtprijs was. Hij zei: 'Dat komt wel goed.' Ik zei: 'Nee. Ik wil weten waar ik aan toe ben.' Uiteindelijk zei , dat de rentmeester het maar moest regelen. Dat vond ik te kort door de bocht, dus dat hebben we niet gedaan. Later zaten we met elkaar om de tafel en toen kreeg ik meteen een pachtverhoging. Daar schrok ik van. Dat was een st[r]op om mijn nek en de reden voor mij om te vertrekken. De oom kwam om de hoek en bood mij een helpende hand. Het duurde even voordat het duidelijk was, maar ik kon niet instappen.

De voorzitter:
En dat kon wel als u twee jaar uitstel had gekregen?

Dat stelde de bank als voorwaarde. Eerst had ik te maken met de vader van ,
|. Zijn vader wilde potentie in het bedrijf. wilde verdienen.

De voorzitter:
De vader had dus iets anders beloofd dan zijn zoon?

Toen kwam werd het anders. Zo kenden wij niet. Zijn vader was voor het landschap, potentie en uitstraling. Als je er financieel maar uit kwam. Als je sprak over investeringen begon hij te glunderen. Hij zou je geen poot uitdraaien.

De voorzitter:
Herkent u dat?

Vader is inderdaad minder zakelijk ingesteld dan . Maar het is van belang dat vooraf is aangegeven dat de pacht van de opstal tussen de 5% en de 6% zou toenemen. Dat is vooraf gecommuniceerd. Dan heb je dus een afschrijving van veertig jaar. Dat is dus vooraf aangegeven en niet achteraf gebeurd.

De voorzitter:
In het voorstel las ik wel over uitstel van verhoogde pacht, maar dat is later ingetrokken?

Nee, dat is niet ingetrokken.

De voorzitter:
Was het nog steeds het plan om de verhoging twee jaar op te schorten?

Ja.

De voorzitter:
Hoe is dat dan toch bij de pachter binnengekomen alsof het niet doorging?

De prijs die hij zou betalen en het percentage aan investering, daarover is vooraf per mail gecorrespondeerd. Ik weet niet precies of het nou concreet was afgesproken dat het pas twee jaar later zou ingaan, maar dat is wel de afspraak die we nu met andere pachters maken.

De voorzitter:
Kan het zijn dat anders heeft gezegd?

Neen. We houden het wel zelf in de hand. Zij adviseert, wij nemen besluiten.

De voorzitter:
Het is wel onduidelijk. Ik las over uitstel en u, heeft begrepen dat er geen uitstel kwam.

Ik kreeg het er in ieder geval benauwd van.

- 3.75 Onder 3.25 heeft het hof overwogen dat de stelling van was dat meteen een hogere pacht wilde na de bouw van de nieuwe stal, terwijl eerder had aangeboden om de pachtverhoging pas later te laten ingaan. De reactie van hierop komt er in essentie op neer dat de pachtprijs (en dus ook de verhoging van die prijs) vooraf aan is gecommuniceerd en dat hij niet is teruggekomen op eerder gemaakte afspraken. Hij heeft verder betwist dat het uitstel van verhoogde pacht is ingetrokken en gesteld dat het plan nog steeds was om de verhoging twee jaar op te schorten, al wist hij niet meer precies of concreet was afgesproken dat de pachtverhoging pas twee jaar later zou ingaan. Wel was zo'n uitstel volgens zijn verklaring de afspraak die nu met andere pachters wordt gemaakt. Niet onbegrijpelijk is dat het hof bij deze stand van zaken heeft geoordeeld dat tegenover de gemotiveerde bestrijding door, van een nadere concretisering van zijn standpunt mocht worden verlangd.
- 3.76 Ik lees in het subonderdeel niet mede een klacht over de door het hof gehanteerde bewijslastverdeling. Ten overvloede verwijs ik naar wat hiervoor 3.67 e.v. is gezegd.
- 3.77 Ook onder 2.3.5 en 2.3.6 beoogt het middel ons te verleiden tot een feitelijke herbeoordeling die bij het rechtsmiddel van cassatie niet past. Mijns inziens is niet onbegrijpelijk dat het hof, uitgaande van het uitgangspunt van het arrest *ASR/Qualm*, niet bepalend acht of mogelijk de fosfaatrechten niet nodig heeft respectievelijk juist wel. De ratio voor de aanspraak van de verpachter op de aan de pachter om niet toegekende productierechten is niet zozeer gelegen in de uitvoerbaarheid van concrete plannen van verpachter respectievelijk pachter, maar in de omstandigheid dat de toekenning om niet van productierechten aan de pachter potentieel ten koste gaat van de waarde van de aan de verpachter toebehorende onroerende zaak, terwijl die toekenning mede aan de verpachter te danken is (hiervoor 3.26 e.v.). Die toekenning is uiteraard ook aan de pachter te danken, waarom tegenover de verplichting tot overdracht van het productierecht een aanspraak op 50% van de waarde staat.
- 3.78 De omstandigheid dat de melkinrichting heeft gefinancierd onderstreept de bijdrage van ook de pachter, maar is volgens het niet onbegrijpelijk oordeel van het hof onvoldoende om de verpachter zijn aanspraak op overdracht van de fosfaatrechten te ontzeggen.

3.79 De klacht *onder 2.3.7* veronderstelt dat het hof zich mede heeft uitgesproken over een kwestie die de vordering van [redacted] niet aan de orde stelde, namelijk de hoogte van de waardevergoeding waarop [redacted] bij gelegenheid van de overdracht van de fosfaatrechten aanspraak kan maken. Mijns inziens bestaat voor die veronderstelling geen grond. De waardeverdelingsregel van *ASR/Qualm* is door het hof in rechtsoverweging 3.14 in de weergave van dat arrest wel genoemd, maar in het vervolg van de overwegingen komt het hof daarop terecht niet meer terug. In rechtsoverweging 3.28 lees ik niet iets anders. Zou het al anders zijn, dan is sprake van een overweging ten overvloede, die in een eventueel volgend geding tussen partijen geen gezag van gewijsde heeft. Daarom heeft [redacted] bij de klacht ook geen belang.

3.80 Onderdeel III bevat slechts voortbouwklachten en behoeft geen bespreking.

4. Bespreking van het (deels voorwaardelijk) incidenteel cassatiemiddel

4.1 Het incidenteel cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen.

4.2 *Onder 1.1* van het eerste onderdeel is enkel een samenvatting van oordelen van het hof te lezen.

4.3 De klacht *onder 1.2* is grotendeels spiegelbeeld van subonderdeel 2.1 in het principaal beroep. Volgens de klacht getuigen de door het hof in het arrest *ASR/Qualm* aanvaarde uitgangspunten van een onjuiste rechtsopvatting omdat zij niet *zo in zijn algemeenheid* kunnen worden aangenomen; volgens de klacht heeft de verpachter omvangrijkere aanspraken dan volgens *ASR/Qualm*. Uit de bespreking van het principaal beroep is overvloedig duidelijk op welke gronden ik meen dat de klacht geen doel behoort te treffen.

4.4 Ik merk nog op dat de steller van het middel kennelijk het arrest *ASR/Qualm* niet helemaal goed begrijpt. De toerekening van 50% van de fosfaatrechten aan de grond en 50% aan de gebouwen, is nog geen vermindering ten opzichte van de 100% aanspraak waarvan zijn cliënt droomt (vergelijk hiervoor 3.38 en 3.39). Waar de steller van het middel bepleit dat meer dan 50% van de fosfaatrechten aan de grond én (dus tegelijk) meer dan 50% aan de gebouwen moet worden toegerekend, komt dit erop neer dat [redacted] als verpachter ter zake van méér fosfaatrechten een aanspraak kan laten gelden dan aan [redacted] zijn toegekend. Dat kan uiteraard niet opgaan.

4.5 De subonderdelen 1.3 en 1.4 zijn ingesteld onder de voorwaarde de subonderdelen 2.1-2.2 in het principaal beroep slagen (slaagt). Die voorwaarde is niet vervuld.

4.6 Onderdeel 2 richt zich tegen het dictum en leest daarin dat [redacted] slechts verplicht is tot overdracht van *een deel van de fosfaatrechten* die aan [redacted] zijn toegekend op basis van de exploitatie van de van [redacted] gepachte hoeve op 2 juli 2015. Die lezing is onjuist. De vordering van [redacted] veronderstelt dat [redacted] mogelijk meer gronden en gebouwen in gebruik had dan de hoeve van [redacted], heeft immers mede veroordeling van [redacted] gevorderd om kopieën over te leggen van de gecombineerde opgave 2015. De strekking daarvan is om duidelijkheid te verkrijgen over de samenstelling van de bij [redacted] ten tijde van het referentietijdstip in gebruik zijnde gronden in verband met de hiervoor 3.38 bedoelde toerekeningsregel.³⁷ Dat het hof voor

³⁷ Vergelijk de inleidende dagvaarding onder 5.11 en 5.13.

recht heeft verklaard dat [] aanspraak kan maken op een deel van de fosfaatrechten die aan [] respectievelijk zijn bedrijf zijn toegekend, houdt hiermee verband. De strekking van die verklaring is klaarblijkelijk dat [] aanspraak heeft op het deel van het productierecht dat aan de verpachte gronden en gebouwen kan worden toegerekend. Anders gezegd, [] is verplicht tot overdracht van alle fosfaatrechten voor zover aan [] toegekend op basis van de exploitatie van de van [] gepachte hoeve op 2 juli 2015, maar met [] zelf heeft het hof verondersteld dat er daarnaast nog meer fosfaatrechten aan [] zijn toegekend, die toegerekend dienen te worden aan nog andere in het bedrijf van [] gebruikte gronden en gebouwen (ter zake waarvan [] uiteraard geen aanspraak heeft).

- 4.7 Volledigheidshalve nog: [] is verplicht tot overdracht van alle toeslagrechten voor zover toegekend op basis van de exploitatie van de van [] gepachte hoeve op 2 juli 2015, maar zoals gezegd betekent dat niet dat hem daarvan ook de volledige waarde toekomt. Uitgaande van de waardeverdelingsregel van *ASR/Qualm* dient hij in beginsel 50% van de waarde van het door [] aan hem over te dragen productierecht aan deze te vergoeden. Intussen was de hoogte van deze aanspraak van [] op [] geen inzet van de rechtsstrijd in de zaak zoals die voorligt. Het is te hopen dat een uitspraak van uw Raad over de toelaatbaarheid van uitgangspunten bij de toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (dus van wat ik hiervoor 'rechtvaardigheid' heb genoemd), zal helpen om partijen een tweede rechtsgang (al dan niet in meerdere instanties) te besparen.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van zowel het principaal als het incidenteel cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

22/02191

Ondertekening Conclusie P.G.

Handtekeningen

Valk, mr. W.L.

A handwritten signature in cursive script, appearing to read 'Valk', positioned to the right of the typed name 'Valk, mr. W.L.'.