

De civiele kant van stikstof. Een praktijkgerichte juridische benadering van de handel in stikstofrechten

Preadvies Vereniging voor Agrarisch recht 2022

*mr. N. Bouwman*¹

Sinds 2019, toen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) vernietigend oordeelde over het Programma Aanpak Stikstof (PAS),² is de stikstofcrisis volop in het nieuws. De nieuwsberichten worden gedomineerd door de politieke en bestuursrechtelijke kant van het verhaal. De civiele kant komt minder in beeld. Nadat de Afdeling oordeelde dat het PAS niet meer mag worden gebruikt als basis voor toestemming voor activiteiten, werd extern salderen in veel provincies weer mogelijk. Bij extern salderen wordt kort gezegd de stikstofruimte van een stoppend bedrijf ingezet om bijvoorbeeld een uitbreiding elders mogelijk te maken. Deze mogelijkheid is in de praktijk momenteel de belangrijkste wijze om alsnog een natuurvergunning te verkrijgen. Daardoor is de handel in stikstofrechten weer op gang gekomen. Dit levert de nodige juridische vragen op.³ In dit artikel schets ik allereerst de achtergrond van de handel in stikstofrechten en onderzoek ik hoe deze handel in de praktijk eruit ziet. Vervolgens doe ik een poging de handel in stikstofrechten civielrechtelijk te duiden en de overeenkomst te kwalificeren. Tot slot probeer ik oplossingen aan te reiken deze handel juridisch op de juiste wijze vorm te geven.

1. Achtergrond van handel in stikstofrechten

Om een project te realiseren dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, is een Wnb-vergunning noodzakelijk (art. 2.7 lid 2 Wet natuurbescherming (Wnb)). Voor de vraag of deze vergunningplicht van toepassing is, wordt beoordeeld of de aangevraagde activiteit per saldo leidt tot een toename aan stikstofdepositie.⁴ Of daar

sprake van kan zijn en dus een vergunningplicht geldt, moet blijken uit een zogenoemde voortoets die vaak wordt gemaakt met het rekenprogramma AERIUS. Dit is een eerste stikstofberekening waarin wordt beoordeeld of het plan of project ten opzichte van de referentiesituatie leidt tot een toename van de stikstofdepositie in een of meer Natura 2000-gebieden. Bij een (forse) toename in stikstofdepositie zal niet snel kunnen worden uitgesloten dat er significante gevolgen zijn voor een Natura 2000-gebied. Er moet dan op grond van art. 2.8 lid 1 Wnb een passende beoordeling worden gemaakt (een uitgebreidere ecologische toets). De vergunning wordt alleen verleend als uit deze beoordeling blijkt dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet worden aangetast (art. 2.8 lid 3 Wnb).

Als gevolg van de uitspraak van de Afdeling over het PAS, is de passende beoordeling die ten grondslag lag aan het PAS, onbruikbaar geworden als basis voor toestemmingverlening.⁵ Nu het PAS niet meer gebruikt kan worden en vergunningverlening lastiger

1. Nico Bouwman is zelfstandig advocaat te Staphorst h.o.d.n. NICO Advocatuur.

2. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, *TvAR* 2019/7989 m.nt. D.W. Bruil.

3. Zo besteedde Rico Ligtoet eerder aandacht aan de (lastige) juridische kwalificatie van stikstofrechten (R. Ligtoet, 'Stikstofrechten: gouden bergen of gebakken lucht?', *TvAR* 2021, nr. 12, p. 571-576) en later samen met Willem Bruil (D.W. Bruil en R. Ligtoet, 'Stikstofrechten bestaan niet', *TvAR* 2022, nr. 5, p. 244-249). Tijdens een bijeenkomst van de Vereniging van Agrarisch Recht Advocaten (VvARA) eerder dit jaar gaf Rico hierover een lezing. Zijn artikelen en zijn lezing vormden een belangrijke inspiratiebron voor dit preadvies en ik ben hem dan ook de nodige dank verschuldigd.

4. ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, *AB* 2021/264 m.nt. R.H.W. Frins.

5. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, *TvAR* 2019/7989 m.nt. D.W. Bruil.

is geworden door de aanvullende eisen die de Afdeling heeft gesteld aan een passende beoordeling, moet in de meeste gevallen worden teruggevallen op het voorkomen van toename van depositie via intern of extern salderen.

Intern salderen betreft kort gezegd de situatie waarin de depositie van een project niet toeneemt ten opzichte van de referentiesituatie ondanks de geplande uitbreiding of wijziging, bijvoorbeeld doordat emissiearme(re) technieken worden toegepast. Zoals eerder genoemd is een Wnb-vergunning alleen nodig wanneer sprake kan zijn van significante gevolgen. Die significante gevolgen zijn volgens de Afdeling uitgesloten als sprake is van intern salderen. De Afdeling overwoog in meerdere uitspraken dat een project dat met intern salderen niet tot een toename van stikstofdepositie leidt, een project is waarvan op grond van objectieve gegevens is uitgesloten dat het significante gevolgen heeft.⁶ Het project is dan niet vergunningsplichtig in de zin van art. 2.7 lid 2 Wnb en er is dan ook geen passende beoordeling in de zin van art. 2.8 lid 1 Wnb nodig met betrekking tot stikstofaspecten.

Wanneer intern salderen geen soelaas biedt, kan extern salderen een oplossing bieden. Nu het PAS niet meer geldt, is extern salderen weer toegestaan, zo volgt uit de tekst van art. 5.5 lid 3 Wnb.⁷ Waar het bij intern salderen gaat om salderen binnen de begrenzing van één project of locatie, is sprake van extern salderen wanneer één of meer activiteiten buiten de begrenzing van een project of locatie worden gesaldeerd. In geval van extern salderen wordt de (legaal veroorzaakte) stikstofdepositie van een stoppende activiteit (van de saldogever) ingezet om een andere activiteit (van de saldo-ontvanger) mogelijk te maken. Een veehouderij die stopt, kan zo de uitbreiding van bijvoorbeeld een andere nabijgelegen veehouderij mogelijk maken. Voor extern salderen gelden verschillende voorwaarden. Deze volgen onder meer uit provinciale beleidsregels over extern salderen. De mogelijkheden en voorwaarden kunnen daardoor per provincie verschillen. Zo is in de provincie Utrecht extern salderen met veehouderijen met dier- en fosfaatrechten nog niet mogelijk.

De regeling van het extern salderen is geen rustig bezit. Er wordt veel over geprocedeerd en de provinciale beleidsregels hierover worden nogal eens gewijzigd. Het schetsen van een overzicht en de actuele stand van zaken op dit gebied, gaat het bestek van

dit artikel te buiten. Omdat de voorwaarden wel relevant zijn voor de civiele kant van de stikstofproblematiek, licht ik hierna enkele voorwaarden uit:⁸

- de milieutoestemming (milieuvergunning, Hinderwetvergunning, Nbw-vergunning, Wnb-vergunning of melding) van de saldogever (het stoppend bedrijf) moet worden ingetrokken;
- de saldogever moet een stikstofdepositie veroorzaken op hetzelfde Natura 2000-gebied als de saldo-ontvanger;
- er moet een directe samenhang bestaan tussen de intrekking van de milieutoestemming van de saldogever en de verlening van de natuurvergunning aan de saldo-ontvanger;
- de directe samenhang wordt aangenomen als de milieutoestemming voor de saldogever daadwerkelijk is of zal worden ingetrokken ten behoeve van de saldo-ontvanger. Dit kan worden aangetoond door het intrekkingbesluit en een overeenkomst tussen beide bedrijven over de overname van het stikstofdepositiesaldo;
- vast moet staan dat de bedrijfsvoering van de saldogever daadwerkelijk is of wordt beëindigd;
- van belang is dat de stikstofdepositie aanwezig was of kon zijn tot het moment van intrekking van de natuurvergunning of het sluiten van de overeenkomst over de overname van de stikstofdepositie ten behoeve van de saldo-ontvangende ontwikkeling. Dat een bedrijf al een jaar te koop staat en dat onduidelijk is of het bedrijf nog in gebruik was, doet niet ter zake;
- als het stikstofdepositiesaldo van de saldogever al is gebruikt in het kader van het PAS, mag het niet nog eens worden gebruikt voor extern salderen.

Vermeldenswaardig is nog dat de Afdeling uitdrukkelijk heeft overwogen dat het is toegestaan om in het kader van extern salderen NH₃ en NO_x uit te wisselen.⁹ Dat betekent dat een saldogever een NH₃-emissie kan veroorzaken en een saldo-ontvanger een NO_x-emissie. Het gaat bij het beoordelen van de gevolgen van stikstofdepositie op Natura 2000-gebied namelijk om de hoeveelheid mol stikstof (N) per hectare per jaar, en daarbij is niet van belang of deze afkomstig is uit NH₃ (ammoniak, voornamelijk afkomstig uit de veehouderij) of NO_x (stikstofoxiden, voornamelijk afkomstig uit verkeer en industrie). Voor de uitbreiding van een fabriek kan aldus middels extern salderen het stikstofdepositiesaldo van een stoppende veehouder worden ingezet.

6. Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:175, *M en R* 2021/44 m.nt. M.M. Kaajan en ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, *AB* 2021/264 m.nt. R.H.W. Frins

7. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, *TvAR* 2019/7989 m.nt. D.W. Bruil, ro. 39.3 en 39.7.

8. Zoals deze staan verwoord in onder meer de volgende uitspraken: ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627, *TvAR* 2022/8091, m.nt. M. Jansen Schoonhoven, ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, *TvAR* 2019/7989 m.nt. D.W. Bruil, ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4192, *JNA* 2018/72 m.nt. D. van der Meijden, ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *AB* 2017/313 m.nt. P. Mendelts en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931, *M en R* 2014/41 m.nt. M.M. Kaajan.

9. ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627, *TvAR* 2022/8091, m.nt. M. Jansen Schoonhoven, ro. 34.1.

2. Handel in stikstofrechten in de praktijk

Wie via extern salderen een activiteit mogelijk wil maken, zal dus op zoek moeten naar een bedrijf dat geheel of deels stopt, stikstofdepositie veroorzaakt(e) op hetzelfde Natura 2000-gebied, beschikt over een milieutoestemming en bereid is deze in te laten trekken en te stoppen met de bedrijfsvoering. Vanzelfsprekend zal het stoppende bedrijf een tegenprestatie (doorgaans een geldbedrag) willen ontvangen voor het laten intrekken van de milieutoestemming. Bedrijven die een plan willen uitvoeren dat extra stikstofdepositie tot gevolg heeft en daarvoor een natuurvergunning nodig hebben, blijken in de praktijk bereid te betalen voor het laten intrekken van de milieutoestemming door een stoppend bedrijf. Aldus is een levendige handel op gang gekomen. In de praktijk wordt deze handel ook wel de handel in 'stikstofrechten' of 'ammoniakrechten' genoemd, uitgedrukt in kilogrammen. De transactie wordt op diverse websites aangeduid als 'koop'.¹⁰

Wanneer er sprake is van een tijdelijke stikstofdepositie voor een beperkte vooraf afgebakende periode, kan verleen een optie zijn. Er wordt gesproken over verleen in het kader van extern salderen wanneer de feitelijk gerealiseerde capaciteit van de saldogevende activiteit tijdelijk geheel of gedeeltelijk aantoonbaar buiten gebruik wordt gesteld, ten behoeve van de verlening van een natuurvergunning voor een tijdelijke depositie gedurende een beperkte vooraf afgebakende periode.¹¹ Verleen van stikstofrechten is in een aantal provincies mogelijk gemaakt. Een aanvraag waarbij gebruik wordt gemaakt van verleen, dient vergezeld te gaan van een afschrift van een getekende overeenkomst tussen saldogever en saldo-ontvanger waarin:

- a. de tijdelijke buitengebruikstelling van de saldogevende activiteit wordt gewaarborgd gedurende de looptijd van de Wnb-vergunning voor de tijdelijke saldo-ontvangende activiteit; en
- b. saldogever verklaart in te stemmen met een tijdelijke beperking van zijn toestemming.¹²

Om te kunnen overgaan tot extern salderen, zowel op de reguliere wijze als in vorm van verleen, is het belangrijk dat er een (schriftelijke) overeenkomst wordt overlegd, zo volgt uit de voorwaarden van extern salderen als hiervoor genoemd. In de praktijk

komt een dergelijke schriftelijke overeenkomst tussen de saldogever en de saldo-ontvanger vaak tot stand na tussenkomst van een bemiddelaar (handelaar).

3. Duiding van stikstofrechten

De hiervoor genoemde transactiepraktijk lijkt ervan uit te gaan dat er sprake is van rechten die kunnen worden verkocht (en kennelijk kunnen worden overgedragen). De vraag is echter of dit in juridische zin juist is. In deze paragraaf ga ik in op de vragen wat precies het 'object' is van de overeenkomst tussen de saldogever en saldo-ontvanger en hoe dat civielrechtelijk moet worden gekwalificeerd.

Om te bepalen wat precies het 'object' is van de overeenkomst tussen de saldogever en saldo-ontvanger, breng ik allereerst in herinnering waaruit het samenstel van handelingen bestaat wanneer er sprake is van extern salderen. Uit de hiervoor genoemde voorwaarden voor extern salderen volgt dat de saldogever zijn milieutoestemming laat intrekken. Deze intrekking geschiedt ten behoeve van de saldo-ontvanger. Er moet een directe samenhang bestaan tussen de intrekking van de milieutoestemming van de saldogever en de verlening van de natuurvergunning voor de saldo-ontvanger. Deze samenhang kan worden aangetoond door het intrekingsbesluit en een overeenkomst tussen beide bedrijven.

Een natuurvergunning geeft de vergunninghouder het recht een bepaald project of andere handeling uit te voeren (bijvoorbeeld de oprichting, uitbreiding of wijziging van een veehouderij). Een natuurvergunning wordt niet verleend voor natuurgebieden, maar voor een project of andere handeling waarvan de gevolgen op de nabijgelegen Natura 2000-gebieden zijn gezien. Dit brengt met zich mee dat in een vergunning niet hoeft te worden opgenomen op welke gebieden deze ziet. Uit de vergunning dient echter wel te volgen voor welke nabijgelegen gebieden de gevolgen van het project of de andere handeling zijn gezien.¹³ Daarnaast wordt met een natuurvergunning niet een bepaalde stikstofemissie of stikstofdepositie vergund, maar bepaalde activiteiten.¹⁴ Anders gezegd, een natuurvergunning verleent geen stikstofrechten aan een persoon.¹⁵ In de praktijk komt het wel voor dat in een natuurvergunning voorwaarden worden gesteld met betrekking tot de toegestane stikstofemissie en/of stikstofdepositie. Zo komt het voor dat in een natuurvergunning die is verleend aan een veehouder, specifiek staat uitgewerkt welk type vee mag worden gehouden (melk- en kalfkoeien, vrouwelijk jongvee jonger dan twee

10. Wie via een online zoekmachine zoekt op 'handel in stikstof' of 'stikstofrechten', vindt al snel meerdere websites waarop vraag en aanbod bij elkaar wordt gebracht. Er wordt dan zowel gesproken over 'stikstofrechten' als 'ammoniakrechten' die 'te koop' zijn.

11. Zie bijvoorbeeld de definitie als opgenomen in art. 1, aanhef en onder r, van de Provinciale beleidsregels salderen Provincie Zeeland.

12. Zie bijvoorbeeld de definitie als opgenomen in art. 6a, lid 5, van de Provinciale beleidsregels salderen Provincie Zeeland.

13. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2245, *M en R* 2015/139 m.nt. M.M. Kaajan, ro. 4.2.

14. ABRvS 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1528, ro. 5.2.

15. ABRvS 26 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:234, *TvAR* 2022/8090, m.nt. T. Röttscheid, ro. 6.1.

jaar, etc.), hoeveel vee er van ieder soort mag worden gehouden en welke stikstofemissie (in de vorm van ammoniak) in kilogram per jaar daarbij hoort. Een veehouder is daarmee het recht vergund een veehouderij te exploiteren dat de betreffende uitstoot met zich meebrengt. De veehouder heeft door de afgifte van de natuurvergunning daarmee op zichzelf geen recht verkregen een bepaald aantal kilogram ammoniak uit te stoten of een bepaalde depositie op een nabijgelegen Natura 2000-gebied te veroorzaken. Het 'object' van de overeenkomst tussen de saldogeiver en saldo-ontvanger betreft aldus niet het recht een bepaalde hoeveelheid stikstof uit te stoten of een bepaalde depositie op een nabijgelegen Natura 2000-gebied te veroorzaken, aangezien de saldogeiver dat recht als zodanig niet heeft.

Evenmin betreft het 'object' van de overeenkomst tussen de saldogeiver en saldo-ontvanger de natuurvergunning in haar geheel dan wel de vergunde activiteiten. Zoals we hiervoor zagen wordt een natuurvergunning afgegeven voor een project of andere handeling waarvan de gevolgen op de nabijgelegen Natura 2000-gebieden zijn gezien. Een natuurvergunning is naar haar aard daarmee locatiegebonden en de vergunning kan an sich niet worden ingezet voor een andere locatie.¹⁶ Bij extern salderen worden één of meer activiteiten buiten de begrenzing van een project of locatie gesaldeerd. De activiteiten van de saldogeiver mogen heel andere activiteiten zijn dan de activiteiten van de saldo-ontvanger. Zoals we hiervoor zagen, is het zelfs toegestaan om in het kader van extern salderen NH₃ en NO_x uit te wisselen.¹⁷ Van een wijziging van een tenaamstelling van de natuurvergunning is bij extern salderen evenmin sprake. In dat geval houdt de natuurvergunning betrekking op een bepaalde locatie, maar wordt enkel de persoon gewijzigd aan wie de rechten en plichten toekomen respectievelijk rusten die voortvloeien uit de natuurvergunning voor die locatie.¹⁸

Nu duidelijk is wat het 'object' van de overeenkomst tussen de saldogeiver en saldo-ontvanger niet is, is het de vraag wat dit 'object' dan wel is. De Afdeling spreekt in uitspraken over extern salderen herhaaldelijk over 'een overeenkomst tussen het saldogevende en saldo-ontvangende bedrijf over de overname van het stikstofdepositiesaldo van de in te

trekken milieuvergunning'.¹⁹ Hiervoor zagen we dat het hierbij niet gaat om de natuurvergunning in haar geheel en evenmin om de aan de saldogeiver vergunde activiteiten. Ook zagen we dat het 'object' van de overeenkomst tussen de saldogeiver en saldo-ontvanger niet het recht betreft een bepaalde hoeveelheid stikstof uit te stoten of een bepaalde depositie op een nabijgelegen Natura 2000-gebied te veroorzaken, aangezien de saldogeiver dat recht als zodanig niet heeft. Kennelijk is het stikstofdepositiesaldo een onderdeel van de vergunning van de saldogeiver. Uit het voorgaande concludeer ik het stikstofdepositiesaldo het 'object' is van de overeenkomst tussen de saldogeiver en saldo-ontvanger.

Vervolgens rijst de vraag wat de juridische status is van het stikstofdepositiesaldo en of er sprake is van een goed. Het antwoord is onder meer relevant voor een eventuele mogelijkheid tot vestigen van beperkte rechten, het leggen van beslag en de mogelijkheid van kwalitatieve rechten. Het wettelijke stelsel gaat ervan uit dat slechts individuele zaken of vermogensrechten als goed kunnen worden aangemerkt en als zodanig voorwerp kunnen zijn van een goederenrechtelijk recht of een goederenrechtelijke rechtshandeling (art. 3:1, 3:2 en 3:6 BW). Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW). Een stikstofdepositiesaldo is geen zaak, aangezien het niet gaat om een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object. Minder eenvoudig is het te bepalen of een stikstofdepositiesaldo een vermogensrecht is. Een ruime omschrijving van het begrip vermogensrecht treft men aan in art. 3:6 BW: rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten. Dit is echter geen limitatieve omschrijving.²⁰ Elk overdraagbaar of op geld waardeerbaar subjectief recht is een vermogensrecht. Meijers omschreef een subjectief recht als 'een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen'.²¹

Vergunningen worden al snel als vermogensrechten beschouwd, in het bijzonder vanwege het criterium dat het recht ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen.²² In die lijn overwoog

16. Volgens de Afdeling is een natuurvergunning 'in de regel zaaksgebonden', ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:667, AB 2021/270 m.nt. P. Mendelts, ro. 53.

17. ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627, TvAR 2022/8091, m.nt. M. Jansen Schoonhoven, ro. 34.1.

18. Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak die diende bij de Afdeling en waarin een voormalig pluimveehouder een natuurvergunning had voor het in werking hebben van een pluimveebedrijf. Dit pluimveebedrijf was op een executieveiling verkocht aan een nieuwe eigenaar. De nieuwe eigenaar had het college van gedeputeerde staten van Gelderland vervolgens verzocht om de natuurvergunning op zijn naam te stellen, waar de voormalig eigenaar zich (uiteindelijk vruchteloos) tegen verzette (ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:667, AB 2021/270 m.nt. P. Mendelts).

19. Zie onder meer ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2819, JM 2017/147 m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars, ro. 10.1, ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1227, *Jurisprudentie Grondzaken* 2017/179 m.nt. F.M.A. van der Loo, ro. 5, ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:782, ro. 4 en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931, *M en R* 2014/41 m.nt. M.M. Kaajan.

20. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 91.

21. E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel 1. De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 86.

22. F.J. van Ommeren, 'Overdracht van vergunningen', *Maandblad voor Vermogensrecht*, nr. 7/8, pagina 154. Ligvoet heeft twijfels bij de kwalificatie van de natuurvergunning als vermogensrecht (R. Ligvoet, 'Stikstofrechten: gouden bergen of gebakken lucht?', *TvAR* 2021, nr. 12, p. 574-576).

de Rechtbank Gelderland in een zaak over de wijziging van de tenaamstelling van een natuurvergunning dat het aannemelijk is dat de natuurvergunning een vermogensrecht is.²³ Het gaat hier echter niet om de natuurvergunning, maar om het stikstofdepositiesaldo. Het is naar mijn mening maar zeer de vraag of het stikstofdepositiesaldo een subjectief recht is als bedoeld in art. 3:6 BW. Aangezien met een natuurvergunning niet een bepaalde stikstofemissie of stikstofdepositie wordt vergund, maar bepaalde activiteiten, is mijns inziens op z'n best verdedigbaar dat de saldogever de bevoegdheid heeft een bepaalde stikstofemissie of stikstofdepositie te veroorzaken voor zover deze emissie of depositie het gevolg is van de vergunde activiteit. Als er al sprake is van een 'recht', gaat het mijns inziens om een indirect, afgeleid recht. De vraag is of dat voldoende is om te kunnen spreken van een subjectief recht. Daartegen pleit ook dat de indirect uit de natuurvergunning voortvloeiende emissie-/depositiebevoegdheden niet kunnen worden gezien als onvoorwaardelijke juridische aanspraken tot emissie/depositie, nu de (milieu)wetgeving het mogelijk maakt strengere eisen te stellen aan de emissie/depositie.²⁴ Het feit dat het stikstofdepositiesaldo in het economische verkeer een vermogenswaarde vertegenwoordigt en voorwerp kan zijn van een obligatoire rechtshandeling, zoals een overeenkomst tussen de saldogever en saldo-ontvanger, staat er niet aan in de weg het stikstofdepositiesaldo niet als vermogensrecht te kwalificeren.²⁵

Ik zie evenmin voldoende aanknopingspunten het stikstofdepositiesaldo als een 'overdraagbaar recht' te kwalificeren (voor zover al van een 'recht' kan worden gesproken). Zoals hiervoor vermeld spreekt de Afdeling in uitspraken over extern salderen herhaaldelijk over de 'over de overname van het stikstofdepositiesaldo'.²⁶ Hieruit kan mijns inziens echter niet uit worden afgeleid dat het stikstofdepositiesaldo als zodanig civielrechtelijk overdraagbaar is. Art. 3:83 BW bepaalt welke rechten overdraagbaar zijn. Voor het stikstofdepositiesaldo (dat voortvloeit uit een vergunning) is lid 3 relevant, dat bepaalt dat andere rechten, zoals vergunningen, slechts overdraagbaar zijn, wanneer de wet dit bepaalt.²⁷ Een natuurvergunning kan op grond van de Wnb of - in het geval de vergunning betrekking heeft op een project waarvoor tevens een omgevingsvergunning als

bedoeld in art. 2.1 en art. 2.2 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is vereist - als onderdeel van een omgevingsvergunning worden verleend. In art. 2.25 lid 1 en 2 Wabo is voorzien in een regeling voor de overgang van een omgevingsvergunning op een andere natuurlijke of rechtspersoon. Dit betreft een vorm van afgeleide overdraagbaarheid: alleen met de overdracht van het vergunde project gaat de vergunning over. Een natuurvergunning die is verleend op grond van de Nbw 1998 of de Wnb, is niet overdraagbaar in de zin van art. 3:83 BW.²⁸ De Wabo, Nbw 1998 en Wnb bepalen niets over de eventuele overdraagbaarheid van het stikstofdepositiesaldo als zodanig. Voor de civielrechtelijke overdraagbaarheid is echter niet vereist dat de overdraagbaarheid expliciet is bepaald in een wet in formele zin. Het gaat uiteindelijk om de vraag of de overdraagbaarheid volgt uit de strekking van de wettelijke regeling, waaronder ook lagere wettelijke regelingen worden beschouwd.²⁹ Met enige lenigheid zouden hier de provinciale beleidsregels die extern salderen mogelijk maken, ook onder kunnen worden geschaard. Uit het wettelijke systeem van de Wabo, Nbw 1998 en Wnb in combinatie met de provinciale beleidsregels volgt naar mijn mening echter niet dat het stikstofdepositiesaldo als zodanig overdraagbaar is. De Wabo biedt alleen de mogelijkheid het project (op de betreffende locatie) te doen overgaan. De Nbw 1998 en Wnb bepalen niets over een eventuele overdracht van de vergunning, laat staan het stikstofdepositiesaldo. De provinciale beleidsregels maken weliswaar extern salderen mogelijk, maar naar mijn oordeel betreft dit geen overdracht van het stikstofdepositiesaldo, maar een intrekking van dit saldo door de saldogever ten gunste van de vergunningverlening van de saldo-ontvanger. De voorwaarden voor extern salderen schrijven een 'directe samenhang' voor, geen civielrechtelijke overdracht. Hiervoor vind ik ook steun in uitspraken van de Afdeling, waarin door appellante werd opgeworpen dat er niet aan de voorwaarden van directe samenhang was voldaan, omdat er volgens appellante geen publiekrechtelijke grondslag bestaat voor het overdragen van emissierechten van de saldogever aan de saldo-ontvanger en art. 3:83 BW voor een dergelijke overdracht een wettelijke basis vereist. Volgens de Afdeling komt het al dan niet bestaan van de door appellante bedoelde grondslag voor een overdracht geen doorslaggevende rol toe bij de beoordeling of aan de voorwaarde van directe samenhang wordt voldaan. Het zwaartepunt bij de beoordeling van die voorwaarde ligt bij de verzekering dat een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie

23. Rb Gelderland 6 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4770, JNA 2018/58 m.nt. D. van der Meijden, ro. 4.

24. Rb Den Haag 15 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6375, JGROND 2020/219 m.nt. F.M.A. van der Loo, ro. 4.64.

25. HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1909, NJ 2020/357 m.nt. H.J. Snijders, ro. 3.4.

26. Zie onder meer ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2819, JM 2017/147 m.nt. G.A.J.M. Hoevenaars, ro. 10.1, ABRvS 10 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1227, *Jurisprudentie Grondzaken* 2017/179 m.nt. F.M.A. van der Loo, ro. 5, ABRvS 23 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:782, ro. 4 en ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1931, *M en R* 2014/41 m.nt. M.M. Kaajan.

27. F.J. van Ommeren, 'Overdracht van vergunningen', *Maandblad voor Vermogensrecht*, nr. 7/8, p. 154.

28. ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9525, AB 2012/403 m.nt. C.L. Knijff. Wel kan de vergunning overgaan op een ander door een wijziging van de tenaamstelling (ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:667, AB 2021/270 m.nt. P. Mendelts).

29. F.J. van Ommeren, 'Overdracht van vergunningen', *Maandblad voor Vermogensrecht*, nr. 7/8, p. 155.

voortvloeiend uit een eerdere toestemming, niet langer afkomstig zal zijn van de saldogever, maar van de saldo-ontvanger.³⁰

Op basis van het voorgaande concludeer ik – hoewel met enige twijfel – dat het stikstofdepositiesaldo als zodanig geen overdraagbaar vermogensrecht is. Van 'stikstofrechten' kan naar mijn mening in juridische zin niet worden gesproken.

4. Kwalificatie van de overeenkomst

Of er nu wel of geen sprake is van een overdraagbaar vermogensrecht, feit blijft dat – gelet op de voorwaarden voor extern salderen – een overeenkomst tussen saldogever en saldo-ontvanger belangrijk is en dat deze daadwerkelijk in de praktijk wordt gesloten. In deze paragraaf behandel ik de vraag hoe deze overeenkomst moet worden gekwalificeerd. Het belang van de kwalificatie is vooral gelegen in de toepasselijkheid van de bijbehorende wetsbepalingen en dan met name de dwingendrechtelijke bepalingen. Deze bepalingen beperken de keuzevrijheid van de partijen om hun overeenkomst zelf in te richten.

Zoals eerder genoemd, gaat menigeen in de praktijk ervan uit dat sprake is van koop. Art. 7:1 BW omschrijft koop als de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. De toepasselijkheid van de kooptitel is echter niet beperkt tot de koop van zaken als bedoeld in art. 3:2 BW. Uit art. 7:47 BW, waarin is bepaald dat koop ook betrekking kan hebben op vermogensrechten, blijkt dat de wetgever de kooptitel van toepassing heeft geacht op alle goederen als bedoeld in art. 3:1 BW, en dus aan die titel een ruim bereik heeft willen geven wat betreft het voorwerp van de koopovereenkomst.³¹ De Hoge Raad toont in navolging daarvan de nodige souplesse bij de kwalificatie van koop en oordeelde bijvoorbeeld dat de overeenkomsten betreffende goodwill³² en standaardsoftware³³ als koop zijn aan te merken, althans dat de kooptitel daarop van toepassing is. Dat goodwill en software geen vermogensrechten zijn, is volgens de Hoge Raad irrelevant, zo volgt uit voornoemde arresten. De Hoge Raad lijkt vooral voor een praktische benadering te kiezen. Over standaardsoftware oordeelt hij bijvoorbeeld dat toepasselijkheid van titel 7:1 BW wenselijk is omdat de kooptitel een uitgewerkte regeling geeft inzake conformiteit, klachtplicht en verjaring, en omdat met die toepasselijkheid de rechtspositie van de koper wordt

versterkt (met name in het geval van consumentenkoop en koop op afstand). In al deze opzichten bestaat volgens de Hoge Raad geen aanleiding de aanschaf van standaardsoftware te onderscheiden van de koop van zaken en vermogensrechten.³⁴

Men zou tot de conclusie kunnen komen dat de overeenkomst tussen de saldogever en saldo-ontvanger, waarbij de saldogever in zekere zin het stikstofdepositiesaldo 'ter beschikking stelt' aan de saldo-ontvanger, ook moet worden gekwalificeerd als een koopovereenkomst. Echter, een belangrijk verschil tussen het stikstofdepositiesaldo als object van de overeenkomst en bijvoorbeeld standaardsoftware, is dat de overeenkomst over standaardsoftware ertoe strekt de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover hij feitelijke macht kan uitoefenen. Dat is bij de overeenkomst in het kader van extern salderen niet het geval. Zoals hiervoor is uitgewerkt draagt de saldogever geen rechten over. De saldogever trekt zijn milieutoestemming in. Het stikstofdepositiesaldo dat daardoor 'vrij komt' wordt vervolgens aangewend voor de natuurvergunningaanvraag van de saldo-ontvanger. Met de overeenkomst tussen saldogever en saldo-ontvanger tonen partijen aan dat er sprake is van een directe samenhang tussen deze handelingen. De saldo-ontvanger kan niet vrijelijk beschikken over het stikstofdepositiesaldo, maar dit enkel gebruiken voor de aanvraag van een natuurvergunning waarna – indien deze wordt verleend – bepaalde activiteiten mogen worden uitgevoerd. Verder dient de saldogever ervoor te zorgen dat zijn bedrijfsvoering daadwerkelijk is of wordt beëindigd. De kenmerkende prestaties van de overeenkomst betreffen aan de zijde van de saldogever vooral handelingen die zien op zijn eigen bedrijf (het laten intrekken van de milieutoestemming en het beëindigen van het bedrijf) en niet, zoals bij koop wel het geval is, het overdragen van zaken of rechten waarna de koper daar vrijelijk over kan beschikken. Evenmin is het naar mijn mening nodig de rechtspositie van de saldo-ontvanger te beschermen, zoals de Hoge Raad dat wel vond bij de koop van standaardsoftware. Saldogever en saldo-ontvanger zullen vrijwel altijd professionele partijen zijn die zich laten bijstaan door adviseurs, waarbij aan het consumentenrecht (en de bescherming die daaruit voortvloeit) geen rol toekomt.

Men zou nog kunnen betogen dat er – gelet op de handelingen die de saldogever moet uitvoeren – sprake is van een overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW. De opdracht is een overeenkomst tot dienstbetoon. Kenmerkend is dat de ene partij bepaalde verrichtingen aan de andere partij opdraagt. Men denke aan overeenkomsten met een advocaat, notaris, architect of makelaar. Om de overeenkomst in het kader van extern salderen onder 'opdracht' te scharen, is enige lenigheid van geest

30. Zie onder meer ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1063, *JM* 2015/71 m.nt. J.M.I.J. Zijlmans en ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2928, *JOM* 2015/965.

31. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *JOR* 2012/313 m.nt. J.W.A. Biemans, ro. 3.5.

32. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, *NJ* 2013/256 m.nt. J. Hijma.

33. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *JOR* 2012/313 m.nt. J.W.A. Biemans.

34. HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301, *JOR* 2012/313 m.nt. J.W.A. Biemans, ro. 3.5.

vereist naar mijn mening, met name om de handelingen die de saldogever moet verrichten (het laten intrekken van de milieutoestemming en het beëindigen van het bedrijf) als 'werkzaamheden' in de zin van art. 7:400 BW aan te merken. Van lastgeving in de zin van art. 7:414 BW is naar mijn mening evenmin sprake. Lastgeving is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten. Een wettelijke definitie van het begrip 'rechtshandeling' ontbreekt. De wet karakteriseert de rechtshandeling aan de hand van hetgeen daartoe wordt vereist: een op rechtsgevolg gerichte wil, die zich door een verklaring heeft geopenbaard (art. 3:33 BW). Rechtsgevolg kan worden gedefinieerd als het gevolg dat de rechtsorde verbindt aan een feit of handeling.³⁵ Het beëindigen van het bedrijf door de saldogever, betreft een feitelijke handeling, geen rechtshandeling. Voor het intrekken van een milieutoestemming is doorgaans een besluit tot intrekking nodig van het bestuursorgaan dat de betreffende toestemming heeft verleend. De saldogever dient daartoe een verzoek in te dienen bij het betreffende bestuursorgaan. Anders dan het besluit tot intrekking, kan een verzoek daartoe niet als een rechtshandeling worden beschouwd. De saldogever kan immers door zijn verzoek het beoogde rechtsgevolg (de intrekking) niet tot stand brengen. Daartoe is, als hiervoor genoemd, een besluit van het beoogde bestuursorgaan noodzakelijk.³⁶

Hiervoor zagen we dat de Hoge Raad in geval van standaardsoftware het wenselijk vond aan te knopen bij de kwalificatie van 'koop', onder meer omdat de kooptitel een uitgewerkte regeling geeft inzake conformiteit, klachtplicht en verjaring. De wettelijke regeling over opdracht en lastgeving in titel 7.7 BW kent echter meerdere artikelen die naar mijn mening niet goed passen bij de aard van de overeenkomst in het kader van extern salderen. Zo geeft de opzegregeling van 7:408 BW de opdrachtgever de mogelijkheid altijd op te zeggen, hetgeen mijns inziens niet past bij de aard van de overeenkomst in het kader van extern salderen, waarin de saldo-ontvanger er een groot belang bij heeft tijdig over zijn vergunning te kunnen beschikken en er van een persoonlijke relatie geen sprake is.³⁷ Tussentijdse opzegging zou bovendien grote complicaties kunnen geven wanneer bijvoorbeeld de intrekking van de

milieutoestemming onomkeerbaar al in gang is gezet.³⁸

Naar mijn mening moeten we ervoor waken niet door te schieten in de ijver een overeenkomst onder het regime van een benoemde overeenkomst te brengen, gelet op het gevaar dat daardoor dwingendrechtelijke bepalingen van toepassing zijn die niet passen bij de aard van de betreffende overeenkomst.³⁹ De hiervoor genoemde typische kenmerken van de overeenkomst in het kader van extern salderen duiden mijns inziens op een onbenoemde overeenkomst, ook wel innominaatcontract genoemd, waarop boek 7 BW niet van toepassing is.⁴⁰ Er is geen bijzondere overeenkomst uit boek 7 BW waar de overeenkomst in het kader van extern salderen sterk op lijkt gelet op de kenmerkende prestaties. Bovendien is er geen reden de rechtspositie van de saldo-ontvanger (verregaand) te beschermen.

5. Uitwerking van de overeenkomst

Ervan uitgaande dat het stikstofdepositiesaldo het 'object' van de overeenkomst is tussen de saldogever en saldo-ontvanger, dat dit geen vermogensrecht betreft en de overeenkomst een overeenkomst van eigen aard is, doen de saldogever en saldo-ontvanger er goed aan de verplichtingen over en weer voldoende uitgebreid en vooral ook duidelijk te omschrijven in het contract. In deze paragraaf bespreek ik hoe een dergelijke overeenkomst naar mijn mening er in de praktijk uit zou moeten zien en welke onderdelen bijzondere aandacht verdienen, zonder uitputtend te willen zijn.

Of de saldo-ontvanger het stikstofdepositiesaldo zal kunnen inzetten voor de aanvraag van zijn natuurvergunning, is onder meer afhankelijk van de vraag of en in hoeverre de saldogever stikstofdepositie veroorzaakt op hetzelfde Natura 2000-gebied als de saldo-ontvanger voornemens is te doen. Verder zal saldogever moeten beschikken over een geldige milieutoestemming voor de stikstofdepositie die hij veroorzaakt en mag het stikstofdepositiesaldo van de saldogever niet al gebruikt zijn in het kader van het

35. C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (Serie Onderneming en Recht, deel 89), Deventer: Kluwer 2016, p. 10.

36. CRvB 19 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3023, AB 2011/258 m.nt. R. Ortlep. In de noot bij deze uitspraak is Ortlep kritisch op het oordeel van de Centrale Raad van Beroep dat een verzoek tot het intrekken van het recht op bijstand, geen rechtshandeling betreft.

37. Die persoonlijke relatie is wel relevant bij veel overeenkomsten van opdracht, waarbij een vertrouwensbreuk een reden kan zijn tot opzegging (MvT, *Parl. Gesch. Ow* 7, p. 325).

38. Het intrekken van de milieutoestemming onder de opschortende voorwaarden dat de natuurvergunningen voor de uitbreiding van de saldo-ontvanger onherroepelijk is geworden, past volgens de Afdeling niet binnen de voorwaarden voor extern salderen (ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2928, JOM 2015/965).

39. Vgl. I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 3, waarin Houben wijst op het gevaar dat de rechterlijke macht en de wetenschap doorschieten in hun ijver overeenkomsten onder het dwingendrechtelijke regime van een benoemde overeenkomst te brengen.

40. I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1 e.v.

PAS. Om te kunnen toetsen of aan dergelijke voorwaarden is voldaan, is de saldo-ontvanger sterk afhankelijk van de informatie die hij door de saldogever krijgt aangereikt. Partijen doen er daarom goed aan voldoende uit te werken op wie en in welke mate een onderzoeks- dan wel mededelingsplicht rust, hoe hier uitvoering aan kan worden gegeven en wat de gevolgen zijn wanneer één van partijen hier niet aan heeft voldaan.

De uitvoeringshandelingen aan de zijde van de saldo-ontvanger zijn vrij beperkt. Dit betreft vooral het betalen van de tegenprestatie (in de praktijk zal dit meestal een geldbedrag zijn). Aangezien er veel geld mee gemoeid kan zijn en de belangen groot kunnen zijn, kunnen partijen er verstandig aan doen de betaling via een derdengeldenrekening te laten lopen (bijvoorbeeld via de notaris). Op deze wijze verkrijgt de saldogever zekerheid dat er geld beschikbaar is om hem uit te betalen en kan de saldo-ontvanger zekerheden inbouwen door het moment van uitbetaling te koppelen aan bijvoorbeeld het moment dat de milieutoestemming werkelijk is ingetrokken.

Het zwaartepunt van de uitvoeringshandelingen ligt bij de saldogever. Hij zal ervoor moeten zorgen dat de milieutoestemming tijdig wordt ingetrokken en dat zijn bedrijfsvoering daadwerkelijk tijdig wordt beëindigd. Om ervoor te zorgen dat de saldogever de juiste stappen op het juiste tijdstip en in de juiste volgorde zet, doen partijen er goed aan deze gedetailleerd uit te werken.

Bij de behandeling van de natuurvergunningaanvraag door de saldo-ontvanger zal het betreffende bestuursorgaan toetsen of aan alle voorwaarden is voldaan. Wanneer niet aan een voorwaarde voor extern salderen is voldaan, zal dat in de praktijk vaak in deze fase duidelijk worden. Zo kan het zijn dat op zo'n moment blijkt dat het stikstofdepositiesaldo van de saldogever al gebruikt was in het kader van het PAS. Om te toetsen of de saldogever in zo'n geval de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst is nagekomen, doen partijen er goed aan duidelijk in de overeenkomst te bepalen welke garanties saldogever hierover afgeeft.

Het traject van extern salderen brengt de nodige risico's met zich mee. De ontwikkelingen in de wetgeving, het beleid en de rechtspraak hierover volgen elkaar in rap tempo op. Zo kan het zijn dat de saldogever aan al zijn verplichtingen heeft voldaan door onder meer zijn milieutoestemming in te trekken en zijn bedrijf te beëindigen, dat de natuurvergunning is verleend, maar dat deze in rechte geen stand houdt om een reden die partijen niet hadden voorzien. Op zo'n moment is de milieutoestemming van de saldogever al onherroepelijk ingetrokken.⁴¹ Partijen doen

er goed aan uit te werken voor wiens rekening dergelijke risico's komen.

6. Conclusie

Sinds extern salderen in veel provincies weer is toegestaan, is er in de praktijk weer een handel op gang gekomen tussen saldogevers en saldo-ontvangers. In de praktijk wordt daarbij gesproken over de koop van de stikstofrechten. Stikstofrechten bestaan echter niet. Het 'object' van de overeenkomst tussen de saldogever en saldo-ontvanger betreft het stikstofdepositiesaldo dat voortvloeit uit de milieutoestemming van de saldogever. Van een overdraagbaar vermogensrecht is naar mijn mening, hoewel na enige aarzeling, geen sprake. De overeenkomst tussen saldogever en saldo-ontvanger komt er (veelal) in de kern op neer dat de saldogever zijn milieutoestemming laat intrekken en zijn bedrijfsvoering beëindigt ten gunste van de saldo-ontvanger, tegen betaling van een bedrag door saldo-ontvanger aan saldogever. Deze overeenkomst is moeilijk in een hokje te plaatsen. Van koop of opdracht is naar mijn mening geen sprake. Eerder gaat het om een onbenoemde overeenkomst, een overeenkomst van eigen aard. Het is dus vooral aan partijen om hun rechtsverhouding goed contractueel uit te werken.

41. Het intrekken van de milieutoestemming onder de opschortende voorwaarden dat de natuurvergunningen voor de uitbreiding van de saldo-ontvanger onherroepelijk is geworden, past volgens de Afdeling niet binnen de voorwaarden voor extern salderen (ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2928, JOM 2015/965).