

## TOEPASSING VAN DE 1%-NORM BIJ ECOLOGISCHE BEOORDELINGEN

# VRIJSTELLINGSBESLUIT IS EEN DOOIE MUS

De staatssecretaris van Economische Zaken heeft onlangs bekendgemaakt dat in bepaalde gevallen vrijstelling van de Flora- en faunawet wordt verleend van het verbod op het doden van dieren. Dit vereenvoudigt de procedure om een windpark of nieuwe hoogspanningsverbinding te realiseren. Het pad voor dit vrijstellingsbesluit is geëffend door een uitspraak van de Raad van State in februari van dit jaar. Daarbij werd toepassing van de zogenaamde 1%-norm ter beoordeling van effecten op de stand van vleermuispopulaties toelaatbaar geacht, terwijl dit voorheen alleen van toepassing was op vogelpopulaties. In dit artikel leggen we de 1%-norm uit en gaan we in op de Raad van State-uitspraak. We schetsen nieuwe toepassingsmogelijkheden voor de 1%-norm. Ten slotte gaan we in op het vrijstellingsbesluit, waarbij we enkele kanttekeningen plaatsen.

Wim Heijligers, Roland van der Vliet en Carolien Wegstapel



ERIC VAN DER AA

**D**e 1%-norm is afgeleid van de jaarlijkse sterfte van volwassen vogels binnen een populatie<sup>1</sup>. De norm is ontwikkeld door het ORNIS-comité, een internationale groep van deskundigen die de Europese Commissie adviseert op het gebied van de Vogelrichtlijn. De 1%-norm houdt in dat iedere sterfte kleiner dan 1% van de totale jaarlijkse sterfte een zodanig kleine hoeveelheid is, dat dit met zekerheid niet van invloed is op de staat van instandhouding van een soort. Al jarenlang wordt deze norm in effectbeoordelingen toegepast als ondergrens voor het effect op vogelpopulaties. De 1%-norm is overigens niet gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek, maar wordt in Europese jurisprudentie als veilig aangenomen bij gebrek aan wetenschappelijk tegenbewijs. De Nederlandse bestuursrechter heeft zich hierbij aangesloten<sup>2</sup>.

## DE AUTEURS

Wim Heijligers (040-2325507, wim.heijligers@tauw.nl), Roland van der Vliet (030-2824832, roland.vandervliet@tauw.nl) en Carolien Wegstapel (030-2824984, carolien.wegstapel@tauw.nl) zijn als ecologen werkzaam bij Tauw. Zij bedanken collega Niels Jeurink voor de kritische opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

De 1%-norm is eenvoudig te berekenen:

$$1\text{-norm} = \text{populatiegrootte} * \text{jaarlijkse sterfte} * 1/100.$$

Hierbij staat de *populatiegrootte* voor het aantal volwassen dieren van de 'betrokken populatie' van een soort en de *jaarlijkse sterfte* voor de fractie dieren die elk jaar gemiddeld genomen sterft. Dit laatste is een getal tussen 0 en 1. Een simpele formule, maar daarmee is niet gezegd dat het berekenen van de 1%-norm eenvoudig is. Achtereenvolgens doemen namelijk de volgende vragen op:

- Wat is de betrokken populatie?
- Hoe stel je de populatiegrootte vast?
- Hoe stel je de jaarlijkse sterfte binnen een populatie vast?
- Wat is de te verwachten sterfte als gevolg van een plan of project?

## Populatiegegevens

Om de 1%-norm te bepalen is het in de eerste plaats nodig vast te stellen wat er onder de betrokken populatie moet worden verstaan. Zowel ecologische overwegingen als de procedurele kant van de zaak spelen hierbij een rol.

In de ecologie wordt onder een populatie verstaan een groep van dieren van een bepaalde soort die met elkaar in contact staat en onderling genetisch materiaal uitwisselt. De definitie van het ORNIS-comité is beperkter en heeft het over de 'betrokken populatie', waaronder wordt verstaan de populatie van de regio's waaruit de voornaamste contingenten voortkomen die door de regio trekken waar de ingreep plaatsvindt. Maar hoe vertaal je dat naar de praktijk? Neem bijvoorbeeld de Lepelaar<sup>3</sup>, die in Nederland in een stuk of vijftig kolonies broedt. In het broedseizoen bestaat elke kolonie uit een vast stel vogels. Buiten het broedseizoen vindt tussen de kolonies regelmatig uitwisseling plaats, ook met kolonies in Denemarken, Duitsland of Spanje. In dit soort gevallen wordt gesproken van een netwerkpopulatie. Wat is dan de populatie waarvoor de 1%-norm wordt berekend? Zijn dat de vogels van één specifieke kolonie of moet het totale Nederlandse bestand als één populatie worden gezien? Of is er juist een nog groter verband?

De populatiegrootte is de volgende complicatie. Van opvallende soorten zoals de Lepelaar zijn de aantallen, zeker van broedpopulaties, vaak redelijk tot goed bekend. Zo worden de nesten van de meeste kolonies jaarlijks geteld. Voor een algemene soort als de Meerkoe is een exacte aantalsschatting lastiger en de foutenmarge groter. Ook fluctueert de populatieomvang van deze soort jaarlijks; na strenge winters daalt het broedbestand aanzienlijk. In de trektijd of winter is er meestal sprake van andere populatiegrootten. Zo arriveren er na het broedseizoen grote aantallen Meerkoeten uit oostelijker en noordelijker streken. In de definitie van het ORNIS-comité worden die extra vogels (behorend tot de zogenaamde *flyway*-populatie) meegerekend, echter alleen voor zover ze door de regio trekken waar de ingreep plaatsvindt. Bij twijfel dient de laagste aantalsschatting te worden gebruikt voor de 1%-norm, aangezien deze tot het meest kritische resultaat leidt.

Bij het vaststellen van wat de betrokken populatie is en hoe groot deze is, moet dus met veel, en per soort andere factoren rekening worden gehouden. De initiatiefnemer van een plan of project dat sterfte van vogels tot gevolg heeft, zal zijn gebaat bij een zo ruim mogelijke opvatting van de populatie. Naarmate de populatie groter is, valt de 1%-norm hoger uit en neemt de kans toe dat het effect van een plan of project onder de 1%-norm





valt. Het effect van elk lokaal project valt op wereldschaal voor verreweg de meeste soorten weg tegen de natuurlijke achtergrondsterfte. Het is zaak dat de adviseur die de initiatiefnemer begeleidt via een gedegen onderbouwing komt tot een vaststelling van de populatieomvang.

## Verschil Flora- en faunawet en Natuurbeschermingswet 1998

In de dagelijkse praktijk wordt gekozen voor een pragmatische insteek om de betrokken populatie aan te duiden. Hierbij verschillen de toetsingskaders van Flora- en faunawet (hierna: Ffw) en Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw) aanzienlijk. Bij de Ffw wordt gemakshalve vaak uitgegaan van de landelijke populatiegrootte. Wanneer de omvang van de broedpopulatie afwijkt van die van de winterpopulatie en de ingreep beide beïnvloedt, kan hiervan het gemiddelde worden genomen. Andere afgrenzingen voor een populatie worden ook geaccepteerd, bijvoorbeeld de broedpopulatie binnen een provincie<sup>4</sup>. Bij de Nbw wordt het effect van een ingreep getoetst aan de instandhoudingsdoelstellingen van afzonderlijke Natura 2000-gebieden (die gezamenlijk een netwerk vormen). Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen broedvogels en niet-broedvogels. Een voorbeeld van een instandhoudingsdoelstelling is het behoud van de omvang en kwaliteit van het leefgebied met een draagkracht voor een populatie van ten minste 110 paren van de Lepelaar in het Natura 2000-gebied Voornes Duin. Die doelstelling wordt de laatste jaren ruimschoots gehaald. Om effecten van een ingreep in de omgeving hiervan te toetsen wordt de 1%-norm berekend op basis van de broedpopulatie van Voornes Duin. Het zal duidelijk zijn dat dit tot een veel kritischer beoordeling leidt dan via de Ffw<sup>5</sup>. Voornes Duin kent geen doelstelling voor de Lepelaar als niet-broed-

vogel, maar het aangrenzende Natura 2000-gebied Voordelta wel. Het effect van de ingreep zal afzonderlijk voor de niet-broedende Lepelaars van de Voordelta moeten worden getoetst. In natuurtoetsen en m.e.r.-procedures kan het hierdoor gebeuren dat de effectbeoordeling voor een soort via de sporen van Ffw en Nbw tot verschillende uitkomsten leiden.

In de tabel vatten we ter illustratie een aantal gegevens voor Meerkoet en Lepelaar samen. De Meerkoet kent een Nederlands gemiddelde broedpopulatie van 260.000 vogels, terwijl in de winterperiode de stand 410.000 exemplaren telt. Jaargemiddeld komt dit uit op een populatiegrootte van 335.000. Jaarlijks sterft een fractie van ongeveer 30%, overeenkomend met ruim 100.000 vogels. Dit leidt op landelijke schaal tot een 1%-norm van iets meer dan 1000 vogels. De Lepelaar heeft landelijk een veel kleinere broedpopulatie, namelijk een kleine 5000 vogels. De jaarlijkse sterfte bedraagt 17%; elk jaar sterft ongeveer een derde deel van de populatie. Dit leidt landelijk tot een 1%-norm van 8,4. Op lokale schaal is sprake van kleinere 'populaties', bijvoorbeeld 220 broedvogels in Voornes Duin of 10 niet-broedvogels in de Voordelta. De 1%-norm ligt in die gevallen ruim onder de 1,0 vogels.

De impact van een nieuw initiatief, bijvoorbeeld een windpark, kan worden vergeleken met de 1%-norm. Het moet wel heel bont worden als blijkt dat een windpark voor de Meerkoet leidt tot overschrijding van de landelijke 1%-norm bij toetsing aan de Ffw. Dat zou het geval zijn als zo'n windpark jaarlijks meer dan 1000 aanvaringsslachtoffers onder deze soort veroorzaakt. Toetsing aan de Nbw leidt tot een veel kritischer resultaat. Gesteld dat een windpark in de buurt van Voornes Duin jaarlijks één slachtoffer onder Lepelaars zou veroorzaken betekent dit dat de 1%-norm ruimschoots wordt overschreden.

	Populatiegrootte (aantal dieren)	Jaarlijkse sterftefractie	Jaarlijkse sterfte in de populatie	1%-norm
Meerkoet zomerpopulatie landelijk	260.000	0,299	77.740	777,4
Meerkoet winterpopulatie landelijk	410.000	0,299	122.590	1225,9
Meerkoet jaargemiddeld landelijk	335.000	0,299	100.165	1001,7
Lepelaar landelijk	4.960	0,17	843	8,4
Lepelaar Voornes Duin broedvogel	220	0,17	37	0,37
Lepelaar Voordelta niet-broedvogel	10	0,17	1,7	0,017

Tabel 1. Populatiegrootten, sterfte en 1%-norm

## 1%-norm ook mogelijk voor vleermuizen

In een uitspraak van de Raad van State van begin dit jaar is het gebruik van de 1%-norm opgerekt<sup>6</sup>. In bestaande Europese en Nederlandse jurisprudentie was deze beperkt tot vogelsoorten. De bestuursrechter keurde het gebruik van de norm voor vleermuizen ook goed. De uitspraak betreft de uitbreiding van een windpark in de Sabina Henrica Polder aan het Krammer-Volkerak (Noord-Brabant). Omdat werd verwacht dat de nieuwe windmolens in incidentele gevallen tot slachtoffers onder vleermuizen zouden leiden, was een ontheffing nodig van de Ffw. De Raad van State oordeelde dat de 1%-norm voor vogels ook voor vleermuizen kan worden gebruikt om te bepalen of afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding. Interessant is de wijze waarop hier de 1%-norm is bepaald. Verspreidings- en populatiegegevens zijn voor vleermuizen vergeleken met vogels

veel lastiger te verkrijgen. Daarom werd een 'relevante' populatieomvang bepaald op basis van een door mogelijke vliegafstanden bepaalde afstandsmaat rond het windpark en een veronderstelde gemiddelde dichtheid aan vleermuizen binnen dat areaal.

## Toepassing 1%-norm op andere soorten

De 1%-norm is oorspronkelijk ontwikkeld voor vraagstukken aangaande vogels in het kader van de Vogelrichtlijn. Nu de 1%-norm ook op vleermuizen wordt toegepast, staat de weg open om ook voor andere diersoorten die onder de Habitatrichtlijn vallen de 1%-norm toe te passen, zowel bij toetsing onder de Ffw als de Nbw. Essentie is immers dat de 1%-norm uitgaat van een betrokken populatie en de jaarlijkse sterfte daarbinnen. In beginsel zijn die voor elke diersoort te bepalen, waarmee nog niet gezegd is dat







10 het eenvoudig is. Afhankelijk van de soort en van beschikbare gegevens zijn verschillende benaderingen mogelijk. Een mogelijkheid is de benadering die in het hiervoor aangehaalde voorbeeld van vleermuizen in de Sabina Henrica Polder is ontwikkeld. Van veel soorten is misschien de verspreiding wel redelijk bekend, maar ontbreekt het inzicht in de dichtheid en de natuurlijke jaarlijkse sterfte. Om in dergelijke gevallen tot een bij de rechter verdedigbare 1%-norm te kunnen komen is een goede onderbouwing van de uitgangspunten nodig.

### Aanleiding voor het vrijstellingsbesluit

De Ffw kent in artikel 9 een verbod op het doden van dieren, ongeacht of dit opzettelijk of per ongeluk gebeurt. Waarschijnlijk onbedoeld is de wet strenger dan de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn, die beide spreken van opzettelijk doden. Van 'echte' opzet is sprake als moedwillig dieren worden gedood. Onder opzettelijk doden valt echter ook voorwaardelijke opzet. Dit houdt in dat men activiteiten uitvoert of omstandigheden veroorzaakt waarbij men van tevoren kan weten dat dit de sterfte van dieren tot gevolg kan hebben. Voorbeelden hiervan zijn de realisatie van een windpark of de aanleg van een bovengrondse hoogspanningsverbinding. Daarbij is het doden van dieren geen doel, maar het kan wel een bijkomstigheid zijn. Er zijn nogal wat soorten vogels die slachtoffer kunnen worden van aanvaring met een windmolen of hoogspanningsverbinding. Voor sommige soorten kan het aanzienlijke aantallen betreffen, maar voor veel soorten betreft het incidentele gevallen. Voor die incidentele gevallen hanteerde het bevoegd gezag (de minister van Economische Zaken) een uitzonderingsregel. In onthefingen werd als vaste zin opgenomen dat incidentele slachtoffers niet vallen onder het verbod van artikel 9 van de Ffw. Met de Raad van State-uitspraak uit 2014 is dit van tafel geveegd: "met elke doding van een dier dat behoort tot een beschermde, inheemse diersoort, daargelaten of die doding voorzienbaar dan wel incidenteel is" wordt het verbod van artikel 9 overtreden.<sup>7</sup>

Het gevolg van deze uitspraak is dat voor alle soorten waarvan aanvarings-slachtoffers van een windpark of hoogspanningsverbinding te verwachten zijn, ook al betreft het incidentele gevallen, ontheffing nodig is.

### Het vrijstellingsbesluit

In de toelichting op het vrijstellingsbesluit van september 2015<sup>8</sup> wordt geconstateerd dat de aanleg en exploitatie van windparken en hoogspanningsverbindingen per definitie betekent dat er een risico is dat artikel 9 van de Ffw wordt overtreden door de kans op aanvaringen van vogels en vleermuizen. Door het strikte kader van de wet is ontheffingverlening voor windparken en hoogspanningsverbindingen geen sinecure en is er een grote kans op vertraging door langdurige procedures. Het vrijstellingsbesluit beoogt een oplossing te bieden door het niet-opzettelijk doden van dieren door windparken en hoogspanningsverbindingen vrij te stellen van het verbod van artikel 9.

Met het vrijstellingsbesluit slaat het bevoegd gezag twee vliegen in een klap. In de eerste plaats wordt de uitvoeringslast verminderd door het vervallen van de ontheffingplicht voor niet-opzettelijk doden. Dit geldt alleen voor windparken en hoogspanningsverbindingen op land, zodat voor alle andere plannen, projecten, handelingen en activiteiten die, ook al is het per ongeluk, tot het doden van dieren kunnen leiden, de ontheffingplicht van kracht blijft. In de tweede plaats wordt, na de jurisprudentie, in de regelgeving de 1%-norm opgerekt naar vleermuizen. Het vrijstellingsbesluit kan tot gevolg hebben dat procedures voor windparken en hoogspanningsverbindingen soepeler verlopen.

### Houdbaarheid vrijstellingsbesluit

De vraag is echter of het vrijstellingsbesluit stand houdt vanwege mogelijke strijdigheid met de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn. Strijdigheid is in de eerste plaats aan de orde omdat de grens tussen opzettelijk en niet-opzette-

lijk handelen afhankelijk wordt gesteld van de geschatte kans dat dieren gedood worden en die grens wordt blijkens de toelichting bij de 1%-norm gelegd. De toelichting beroept zich er dus op dat bij een sterfte onder de 1%-norm sprake is van niet-opzettelijk doden. Hier is sprake van een onjuiste interpretatie van het opzetbegrip. Onder opzet valt ook voorwaardelijke opzet. Europese jurisprudentie geeft aan dat daarvan sprake is als degene die de handeling verricht de dood van een exemplaar van een beschermde diersoort heeft gewild, althans de mogelijkheid van die dood heeft aanvaard<sup>9</sup>. Bij ingebruikname van een windpark of hoogspanningsverbinding kan niet anders dan sprake zijn van voorwaardelijke opzet. Men weet immers of behoort te kunnen weten dat dit kan leiden tot de dood van verschillende beschermde soorten, ook al is het voor iedere soort slechts één enkel exemplaar. In de tweede plaats lijkt het erop dat de vrijstelling op voorhand geldt voor de ingebruikname van nieuwe windparken en hoogspanningsvoorzieningen, dat wil zeggen zonder een toetsing van geval tot geval aan de 1%-norm. De toelichting op het besluit hinkt op twee gedachten. De eerste gedachte is de stelling dat het verwachte aantal slachtoffers voor iedere diersoort ruim onder de 1%-norm blijft. Kennelijk wordt hier gedoeld op de effecten van willekeurig elk nieuw windpark en elke nieuwe hoogspanningsverbinding. Dit kan initiatiefnemers op het verkeerde been zetten en ze ertoe verleiden af te zien van een deugdelijke beoordeling. Stel dat een windpark ongunstig wordt gesitueerd waardoor regelmatig een exemplaar van een zeldzame soort zoals de Zeearend wordt gedood. In een dergelijk geval wordt de 1%-norm al snel ruimschoots overschreden<sup>10</sup>. De tweede gedachte is dat voor opzettelijk handelen, inclusief voorwaardelijke opzet, de ontheffingplicht van kracht blijft. Indachtig de hiervoor aangehaalde Europese jurisprudentie houdt dat feitelijk in dat het vrijstellingsbesluit een dooie mus is. Ons advies is bij nieuwe windparken en hoogspanningsverbindingen een deugdelijke effectbeoordeling naar de kans op aanvaringen uit te voeren. Voor de soorten waarvan het verwachte aantal slachtoffers boven de 1%-norm uitkomt dient in ieder geval een Ffw-ontheffingprocedure te worden doorlopen. Voor de soorten die onder de 1%-norm blijven, staat vast dat de populatieomvang niet wordt beïnvloed. Dan nog is sprake van voorwaardelijke opzet, ondanks dat het vrijstellingsbesluit uitgaat van niet-opzettelijk doden. De veiligste weg is daarom ook voor deze soorten ontheffing aan te vragen.

## Conclusie

De 1%-norm wordt veel in ecologische effectbeoordelingen gebruikt als ondergrens voor het effect van een plan of project op de staat van instandhouding van 'betrokken populaties' van beschermde vogelsoorten. Beoordeling via het spoor van de Flora- en faunawet wijkt daarbij aanzienlijk af van dat via de Natuurbeschermingswet 1998. Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen wat onder een 'betrokken populatie' moet worden verstaan. Toepassing van de 1%-norm wordt sinds enige tijd ook geaccepteerd voor vleermuizen. Daarmee staat de weg open voor het gebruik van de 1%-norm bij effectbepaling op andere Habitatrichtlijnsoorten. Van veel soorten is de verspreiding redelijk bekend, maar ontbreekt inzicht in de dichtheid en de natuurlijke jaarlijkse sterfte. Om in dergelijke gevallen tot een bij de rechter verdedigbare 1%-norm te kunnen komen, is een goede onderbouwing van de uitgangspunten nodig.

Recent is een vrijstellingsbesluit van kracht geworden, waarmee op basis van de 1%-norm de effecten van nieuwe windparken en hoogspanningsverbindingen door aanvaringen van vogels en vleermuizen vrijgesteld zijn van de ontheffingplicht ingevolge de Flora- en faunawet. Het besluit beoogt procedures voor windparken en hoogspanningsverbindingen soepeler te doen verlopen. Er zijn kanttekeningen te plaatsen vanwege strijdigheid van het vrijstellingsbesluit met de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn. De toelichting op het vrijstellingsbesluit suggereert dat bij nieuwe windparken en hoogspanningsverbindingen voor geen enkele soort de 1%-norm wordt overschreden en dat dan sprake is van niet-opzettelijk doden. Het lijkt ons veiliger hier niet op voorhand vanuit te gaan, de effecten voor de relevante soorten altijd via een deugdelijke beoordeling te toetsen en een ontheffingprocedure te doorlopen. ■

Omwille van de leesbaarheid zijn verwijzingen naar wetsartikelen, jurisprudentie, bronnen en toelichtingen niet in de tekst opgenomen, maar met een voetnoot aangegeven. De lijst met voetnoten is te vinden op [www.toets-online.nl](http://www.toets-online.nl).

