



De 1%-norm

De Nederlandse rechter hanteert bij de soortenbescherming steeds vaker de 1%-mortaliteitsnorm. Je ziet het vooral bij windturbines en hun aanvaringsslachtoffers (vogels en vleermuizen). Deze 1%-norm is ook wel bekend als het ORNIS-criterium, omdat het ORNIS-comité dit criterium ooit eens formuleerde ten behoeve van het begrip 'kleine hoeveelheden' uit de Vogelrichtlijn (om precies te zijn: art. 9 lid 1 sub c Vogelrichtlijn). De 1%-norm werd aanvankelijk door het EU Hof van Justitie gehanteerd bij invulling van de ontheffingsgrond 'kleine hoeveelheden'. Zo werd in een Finse vogeljachtzaak dit criterium ooit in 2005 gebruikt ter invulling van een limitatieve ontheffingsgrond van de soortentoets (art. 9 lid 1 sub c Vogelrichtlijn). Hierbij werd trouwens onmiddellijk door het EU-Hof aangetekend dat deze 1%-norm bovendien 'juridisch niet verbindend' zou mogen zijn.

Toch hanteert onze eigen Nederlandse bestuursrechter deze norm als vaste jurisprudentie bij de soortenbescherming en windturbineslachtoffers. Alhoewel het criterium door het Hof niet bedoeld was als aanduiding of als invulling voor het *gunstige staat van instandhoudingscriterium* (gsi-criterium), wordt het door de Nederlandse rechter daarvoor toch ook gebruikt.¹ Strict rechtsdogmatisch geredeneerd zou men kunnen verdedigen dat de 1%-norm alleen relevant zou mogen zijn bij een limitatieve ontheffingsgrond, namelijk 'kleine hoeveelheden' ex art. 9 lid 1 sub c Vogelrichtlijn

en niet bij het gsi-criterium.

Bij de EU-soortentoets kan ontheffing immers alleen verleend worden als voldaan wordt aan drie cumulatieve vereisten (het is immers een *nee, tenzij*-toets)²:

1 er zijn geen alternatieven (alternatieventoets);
2 er wordt voldaan aan het gsi-criterium, en
3 er kan één van de limitatief opgesomde ontheffingsgronden aan de ontheffing ten grondslag worden gelegd (zoals bijvoorbeeld 'kleine hoeveelheden').

Het EU-Hof gebruikt het 1%-criterium dus bij onderdeel 3, terwijl de Nederlandse bestuursrechter het bij onderdeel 2 gebruikt. De Nederlandse bestuursrechter, de Raad van State dus, gebruikt het ORNIS-criterium als norm om aan te nemen of de te verwachten vogelslachtoffers en vleermuisslachtoffers door windturbines aanvaardbaar zijn te achten in het kader van de gunstige staat van instandhouding van de soort. Men zou kunnen verdedigen dat daarmee de 1%-norm oneigenlijk gebruikt wordt, omdat hij thuishoort bij een andere stap in de *nee, tenzij*-toets. De 1%-norm wordt immers gebruikt bij het gsi-criterium terwijl hij bij de limitatieve ontheffingsgrond van 'kleine hoeveelheden' een rol zou kunnen spelen en dan ook nog eens, aldus het Europese Hof, als 'juridisch niet verbindend'.

Het belangrijkste discussiepunt bij ontheffingsverlening bij windmolens is in de Nederlandse jurisprudentie het gsi-criterium en daarmee nu

dus dat 1%-criterium. Het 1%-criterium wordt in Nederland doorgaans niet gebruikt als limitatieve ontheffingsgrond: daartoe wordt meestal 'openbare veiligheid' of 'belang flora en fauna' gebruikt in verband met klimaatverandering.

In juridische kring is voorts ook kritiek op zo'n statische maatstaf en *one-size-fits-all* norm als het ORNIS-criterium; het zou immers juist om populatiedynamica, concreet maatwerk, mitigatie en voortdurende monitoring moeten gaan. Zo'n 1%-norm is dan veel te simplistisch. Als ik mijn collega-juristen in ons omringende landen als Duitsland, Engeland en Denemarken vraag of ze ook zo'n vast percentage in hun (windmolen)jurisprudentie tegenkomen, antwoorden ze allemaal van niet en uit Engeland komen zelfs reacties als: 'no, of course not, sounds like a stupid figure to adopt!'.

In onze buurlanden kennelijk geen vast percentage, maar wat doen ze dan wel? Nou, veel meer maatwerk, cumulatieve effecten meenemen, absolute aantallen in de gaten houden, mitigaties zoals stilstand-voorzieningen aan turbines als er veel vogels of vleermuizen rondvliegen en vooral dus goede, zeer strenge en longitudinale monitoring. Misschien maken wij in Nederland ons het te gemakkelijk door simpelweg een *one-size-fits-all* norm aan te houden uit een oude Finse vogeljacht-zaak...?

Fred Kistenkas
Wageningen University en Wageningen Environmental Research
fred.kistenkas@wur.nl

¹ Mooi voorbeeld: Raad van State 6 mei 2015, 201409222/1/R6 (Windturbines A15 nabij Valburg).

² F.H. Kistenkas, H.C. Borghers, M.E.A. Kistenkas, *Recht voor de groene ruimte*, Wageningen Academic Publishers, Wageningen 2017, p. 105.