CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 9 octobre 1997 *

Table des matières

I — Introduction ..... I - 3034

II — Les dispositions pertinentes du droit communautaire ..... I - 3034

III — La procédure précontentieuse ..... I - 3036

IV — La recevabilité ..... I - 3037

a) Défaut de prise en compte de la réponse du royaume des Pays-Bas à l'avis motivé ..... I - 3037

b) Nature de l'obligation prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive ..... I - 3038

c) Nouveaux moyens de droit ..... I - 3038

d) Pertinence d'une étude ornithologique établie après l'émission de l'avis motivé ..... I - 3039

V — Le fond ..... I - 3040

a) Arguments des parties ..... I - 3040

i) Le nombre et la superficie totale des ZPS ..... I - 3040

ii) Chute du nombre des populations d'oiseaux ..... I - 3042

b) Analyse ..... I - 3042

i) L'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive ..... I - 3042

ii) La marge d'appréciation des États membres ..... I - 3045

iii) La valeur probante des inventaires des zones ornithologiques importantes ... I - 3048

iv) L'existence d'une violation de l'article 4, paragraphe 1 ..... I - 3052

VI — Conclusion ..... I - 3053

* Langue originale: l'anglais.

I — Introduction

1. Dans la présente procédure d'infraction au titre de l'article 169 du traité CE, la Commission entend faire constater que le royaume des Pays-Bas ne s'est pas suffisamment acquitté de l'obligation, consistant à désigner des zones de protection spéciale (ci-après les « ZPS ») pour les espèces menacées d'oiseaux sauvages, qui lui est imposée par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages [1]. Le royaume des Pays-Bas conteste la recevabilité de l'action et réfute les arguments de la Commission sur le fond.

II — Les dispositions pertinentes du droit communautaire

2. La Cour connaît bien la structure et les objectifs de la directive [2], et nous nous limiterons ci-après à en exposer les seules dispositions qui intéressent directement la présente affaire.

3. Après une description du contexte entourant l'adoption de la directive, et de sa teneur générale, le préambule relève que « la préservation, le maintien ou le rétablissement d'une diversité et d'une superficie suffisantes d'habitats sont indispensables à la conservation de toutes les espèces d'oiseaux ... [que] certaines espèces d'oiseaux doivent faire l'objet de mesures de conservation spéciale concernant leur habitat afin d'assurer leur survie et leur reproduction dans leur aire de distribution ... [et que] ces mesures doivent ... être coordonnées en vue de la constitution d'un réseau cohérent » (neuvième considérant).

4. L'article 1er est complété par l'article 2 qui est ainsi rédigé:

« Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour maintenir ou adapter la population de toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1er à un niveau qui corresponde notamment aux exigences écologiques, scientifiques et culturelles, compte tenu des exigences économiques et récréationnelles. »

5. Les principales dispositions de fond en cause en l'espèce sont les articles 3 et 4. Les États membres sont tenus, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, « de [prendre] toutes les mesures nécessaires pour préserver, maintenir ou rétablir une diversité et une superficie suffisantes d'habitats pour toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1er »; ils doivent s'acquitter de ces obligations « compte tenu des exigences mentionnées à l'article 2 ». L'article 3, paragraphe 2, détaille les mesures de base destinées à

1 — JO L 103, p. 1, ci-après la « directive ».

2 — On trouvera une description plus détaillée aux points 11 à 23 de nos conclusions sous l'arrêt du 11 juillet 1996, Royal Society for the Protection of Birds (C-44/95, Rec. p. I-3805, ci-après l'« arrêt RSPB »).

atteindre les objectifs du paragraphe précédent, dont font partie la « création de zones de protection » et l'« entretien et [l']aménagement conformes aux impératifs écologiques des habitats se trouvant à l'intérieur et à l'extérieur des zones de protection ».

6. L'article 4, disposition clé en l'espèce, mérite d'être cité en entier:

« 1. Les espèces mentionnées à l'annexe I font l'objet de mesures de conservation spéciale concernant leur habitat, afin d'assurer leur survie et leur reproduction dans leur aire de distribution.

A cet égard, il est tenu compte:

a) des espèces menacées de disparition;

b) des espèces vulnérables à certaines modifications de leurs habitats;

c) des espèces considérées comme rares parce que leurs populations sont faibles ou que leur répartition locale est restreinte;

d) d'autres espèces nécessitant une attention particulière en raison de la spécificité de leur habitat.

Il sera tenu compte, pour procéder aux évaluations, des tendances et des variations des niveaux de population.

Les États membres classent notamment en zones de protection spéciale les territoires les plus appropriés en nombre et en superficie à la conservation de ces dernières dans la zone géographique maritime et terrestre d'application de la présente directive.

2. Les États membres prennent des mesures similaires à l'égard des espèces migratrices non visées à l'annexe I dont la venue est régulière, compte tenu des besoins de protection dans la zone géographique maritime et terrestre d'application de la présente directive en ce qui concerne leurs aires de reproduction, de mue et d'hivernage et les zones de relais dans leurs aires de migration. A cette fin, les États membres attachent une importance particulière à la protection des zones humides et tout particulièrement de celles d'importance internationale.

3. Les États membres adressent à la Commission toutes les informations utiles de manière à ce qu'elle puisse prendre les initia-

tives appropriées en vue de la coordination nécessaire pour que les zones visées au paragraphe 1 d'une part, et au paragraphe 2, d'autre part, constituent un réseau cohérent répondant aux besoins de protection des espèces dans la zone géographique maritime et terrestre d'application de la présente directive.

4. Les États membres prennent les mesures appropriées pour éviter dans les zones de protection visées aux paragraphes 1 et 2 la pollution ou la détérioration des habitats ainsi que les perturbations touchant les oiseaux, pour autant qu'elles aient un effet significatif eu égard aux objectifs du présent article. En dehors de ces zones de protection, les États membres s'efforcent également d'éviter la pollution ou la détérioration des habitats. »

7. L'article 4, paragraphe 4, de la directive a été modifié par l'article 7 de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et la flore sauvages [3], mais cette modification n'est pas directement en cause en l'espèce.

8. En vertu de l'article 18, les États membres sont tenus de « [mettre] en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de deux ans à compter de sa notification ». Pour le royaume des Pays-Bas, ce délai a expiré le 6 avril 1981 [4].

III — La procédure précontentieuse

9. Le 25 septembre 1989, la Commission a envoyé au royaume des Pays-Bas une lettre de mise en demeure exposant trois infractions alléguées au traité et à la directive; seule la première de ces infractions, qui porte sur le prétendu manquement du royaume des Pays-Bas à classer un nombre suffisant de ZPS, a été maintenue dans la présente procédure. Le royaume des Pays-Bas a réfuté les infractions alléguées dans sa réponse du 29 décembre 1989.

10. Le 14 juin 1993 a été adressé au royaume des Pays-Bas un avis motivé réitérant le reproche de ne pas avoir défini suffisamment de ZPS pour les espèces menacées énumérées à l'annexe I à la directive. Cette lettre fixe à son destinataire un délai de deux mois à compter de la date de notification de l'avis pour se conformer à ses obligations. Le royaume des Pays-Bas affirme avoir répondu à l'avis motivé (lettre du 1er décembre 1993, annexe 1 au mémoire en défense); la Commission déclare n'avoir jamais reçu de réponse à l'avis motivé. La présente pro-

3 — JO L 206, p. 7, ci-après la « directive habitats ».

4 — Arrêt du 13 octobre 1987, Commission/Pays-Bas (236/85, Rec. p. 3989, point 2).

cédure a été engagée par requête enregistrée à la Cour le 5 janvier 1996.

IV — La recevabilité

11. Le royaume des Pays-Bas conteste la recevabilité du recours pour quatre motifs distincts.

a) *Défaut de prise en compte de la réponse du royaume des Pays-Bas à l'avis motivé*

12. Le royaume des Pays-Bas soutient que, en ne tenant pas compte de sa réaction à l'avis motivé, la Commission n'a pas respecté les droits de la défense et que, partant, le recours est irrecevable dans sa totalité. La Commission soutient que le seul élément nouveau de la lettre du royaume des Pays-Bas du 1er décembre 1993 est la mention que trois ZPS avaient été définies — dont le Deurnese Peel qui avait été expressément mentionné dans l'avis motivé — et qu'elle avait tenu compte dans son recours du nouvel état de fait. Elle soutient en outre que le délai fixé par l'avis motivé a pour fonction de donner à l'État membre destinataire une dernière chance de se conformer aux règles communautaires plutôt que de lui permettre de réaffirmer son point de vue. Le royaume des Pays-Bas rétorque que la lettre exposait aussi des arguments juridiques, dont la Commission n'a pas tenu compte, pour justifier en particulier que certains sites n'aient pas été désignés, et que la Commission aurait dû au moins demander au gouvernement néerlandais pourquoi, alors qu'il avait sollicité deux prolongations du délai de réponse prévu par l'avis motivé, il ne l'avait pas fait.

13. Pour que le royaume des Pays-Bas obtienne gain de cause sur ce point, il lui faudrait démontrer que l'article 169 du traité doit être interprété comme exigeant que la Commission tienne compte de toute réponse à un avis motivé qu'un État membre est susceptible de présenter. Nous ne pensons pas que cette disposition comporte pareille exigence. C'est seulement lorsque l'État membre concerné *se conforme* à l'avis dans la période fixée par la Commission que celle-ci ne peut plus engager de procédure devant la Cour [5]. S'il est exact que la Cour a dit pour droit que la Commission est obligée de tenir compte, dans son avis motivé, des observations d'un État membre défendeur sur la lettre de mise en demeure [6], cette obligation se fonde étroitement sur le texte de l'article 169 et ne conforte pas en l'espèce la thèse du royaume des Pays-Bas. De même, bien que celui-ci ait dit à juste titre que l'objet de la procédure précontentieuse est de « donner à l'État membre concerné l'occasion, d'une part, de se conformer à ses obligations découlant du droit communautaire et, d'autre part, de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs formulés par la Commission » [7], cela

5 — Voir, par exemple, l'arrêt du 31 mars 1992, Commission/Italie (C-362/90, Rec. p. I-2353).

6 — Ordonnance du 11 juillet 1995, Commission/Espagne (C-266/94, Rec. p. I-1975).

7 — Arrêt du 2 juillet 1996, Commission/Luxembourg (C-473/93, Rec. p. I-3207, point 19).

n'affecte aucunement la recevabilité du présent recours. De fait, si la thèse du royaume des Pays-Bas était exacte, un État membre pourrait effectivement empêcher la Commission de porter l'affaire devant la Cour en refusant purement et simplement de répondre à l'avis motivé. Nous sommes donc d'avis que l'exception d'irrecevabilité soulevée par le royaume des Pays-Bas doit être rejetée sur ce point.

b) *Nature de l'obligation prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive*

14. Le deuxième moyen du royaume des Pays-Bas relatif à la recevabilité du présent recours est que l'infraction prétendue ne se compose pas d'un acte ou d'une omission unique, mais plutôt d'un ensemble de manquements à une obligation de prendre des décisions individuelles de classement. Le royaume des Pays-Bas soutient que, étant donné que la Commission n'a ni identifié, ni démontré, des violations particulières de l'obligation de classement prévue à l'article 4, paragraphe 1, de la directive, il a été dans l'incapacité de répondre à ces accusations dans la réplique à la lettre de mise en demeure ou à l'avis motivé. La contestation de la recevabilité sur ce point est liée, selon nous, à l'interprétation exacte de l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Étant donné que ce moyen a trait à l'essence des griefs de la Commission, il convient de le joindre au fond pour examen.

c) *Nouveaux moyens de droit*

15. La partie défenderesse soutient en troisième lieu que le grief de la Commission relatif à l'insuffisance qualitative et en superficie des ZPS ainsi que certains griefs particuliers concernant la côte frisonne de l'IJsselmeer et les Hooge Platen sur l'Escaut occidental ont été soulevés pour la première fois dans la requête, et que, partant, elle était dans l'incapacité d'y répondre au stade précontentieux.

16. Dans sa lettre de mise en demeure, la Commission s'est référée expressément à l'obligation pour le royaume des Pays-Bas de s'assurer de ce que le nombre et la dimension des zones classées dans les États membres sont conformes à l'article 4, et a cité deux exemples de zones (le Markermeergebied et le Deurnese Peel) qui devraient, selon elle, être classées. Ces considérations ont toutes été réitérées dans l'avis motivé. Nous estimons que le recours est recevable dans la mesure où il allègue une violation des obligations imposées au royaume des Pays-Bas par l'article 4, paragraphe 1, de la directive, consistant dans le défaut de classement d'une superficie totale suffisante de ZPS. Compte tenu du caractère général du grief formulé dans la requête, qui invite la Cour à constater une violation de la directive ainsi que des articles 5 et 189 du traité au seul motif que le royaume des Pays-Bas n'a pas désigné suffisamment de ZPS, nous convenons, avec la Commission, que les références à la côte frisonne de l'IJsselmeer et aux Hooge Platen ne sont que des exemples visant à illustrer l'infraction alléguée, et que la Cour n'est pas

appelée à procéder à des constatations spécifiques concernant chacune de ces régions.

17. Or, dans la mesure où les griefs de la Commission concernent le financement que le royaume des Pays-Bas a reçu pour ces deux zones au titre du règlement (CEE) n° 1872/84 du Conseil, du 28 juin 1984, portant sur des actions communautaires pour l'environnement [8], nous estimons que les griefs sont irrecevables, étant donné qu'aucune de ces deux régions n'est citée tant dans la lettre de mise en demeure que dans l'avis motivé [9].

d) *Pertinence d'une étude ornithologique établie après l'émission de l'avis motivé*

18. Le dernier point de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie défenderesse porte sur la pertinence, selon la Commission, d'une étude du Conseil international pour la préservation des oiseaux, recensant les zones ornithologiques importantes aux Pays-Bas, qui a été publiée en décembre 1994 (ci-après le « document IBA94 »), c'est-à-dire quelque dix-huit mois après que l'avis motivé eut été envoyé à l'État membre défendeur. Celui-ci soutient que, étant donné qu'il n'a pas été en mesure de commenter cette liste au stade précontentieux, la Commission ne devrait pas pouvoir s'appuyer sur ce document pour démontrer une violation de la directive.

19. La Commission soutient qu'elle fonde ses allégations sur l'étude précédente datant de 1989 (ci-après le « document IBA89 »), et que sa citation du document IBA94 était superflue. Elle se déclare surprise que le royaume des Pays-Bas puisse avoir des objections à ce qu'elle cite toutes les preuves scientifiques disponibles et, notamment, la source la plus récente, dont la valeur scientifique n'est pas contestée en l'espèce.

20. Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, « l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé et les changements intervenus par la suite ne sauraient être pris en compte par la Cour » [10]. Ce délai a expiré deux mois après la date de la notification de l'avis motivé au gouvernement néerlandais, soit le 14 août 1993. Dans la mesure où il traitait de la situation aux Pays-Bas avant cette date, le document IBA94 serait, selon nous, recevable comme preuve de l'existence de la violation alléguée de la directive. Or, la Commission n'a pas tenté de soutenir que ce document, ou telle ou telle de ses parties, se rapporte à la période antérieure. Nous estimons donc que la Commission ne saurait invoquer le document IBA94 comme preuve de l'infraction alléguée, étant donné que

8 — JO L 176, p. 1.

9 — En toute hypothèse, l'allégation de la Commission semble concerner un défaut de conformité aux termes de sa décision du 27 mai 1987 plutôt qu'une violation de la directive.

10 — Voir, par exemple, l'arrêt du 12 décembre 1996, Commission/Italie (C-302/95, Rec. p. I-6765, point 13).

celui-ci porte sur la situation aux Pays-Bas à une période postérieure à celle accordée dans l'avis motivé à la partie défenderesse pour se conformer à ses obligations.

21. La Commission a aussi soutenu que les ZPS classées par le royaume des Pays-Bas ne sont pas conformes aux critères qualitatifs fixés par la directive. Elle soutient notamment que l'inclusion dans ces zones des lacs et marais d'eau douce et des landes à bruyère est insuffisante. La seule preuve avancée par la Commission à l'appui de ce grief particulier est tirée du document IBA94 et, partant, est irrecevable d'après nous.

V — Le fond

a) *Arguments des parties*

22. Les griefs de la Commission sont énoncés de façon générale, à savoir que le royaume des Pays-Bas ne s'est pas suffisamment conformé à l'obligation qui lui incombait en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Elle soutient que cette disposition exige des États membres qu'ils désignent suffisamment de ZPS pour offrir une protection suffisante à toutes les espèces énumérées à l'annexe I. Le fait que la population de certaines de ces espèces a diminué dans un État membre donné laisse à supposer que cette obligation n'a pas été correctement remplie. La Commission fonde sa thèse essentiellement sur deux éléments, qui sont tous les deux réfutés par la partie défenderesse, avec l'appui de la République fédérale d'Allemagne.

i) Le nombre et la superficie totale des ZPS

23. Le document IBA89 a identifié 70 sites aux Pays-Bas, couvrant une superficie de 797 920 hectares, susceptibles d'être classés selon des critères ornithologiques. Le document IBA94, qui est une version mise à jour du document IBA89, élaboré par un certain nombre d'organisations néerlandaises et publié en décembre 1994, a identifié 87 sites, couvrant 1 089 357 hectares, susceptibles d'être classés en ZPS. Une liste établie par le ministère de l'Agriculture et des Pêcheries néerlandais en 1991, dont la fiabilité est contestée par la Commission, identifiait 53 sites appropriés, couvrant 398 180 hectares.

24. Selon la Commission, le royaume des Pays-Bas a classé 23 ZPS couvrant au total 327 602 hectares. A son avis, cela est manifestement inférieur à l'obligation quantitative découlant de l'article 4, paragraphe 1. Les 23 ZPS classées couvrent 33 des sites énumérés dans le document IBA89, c'est-à-dire moins de la moitié des 70 sites identifiés, alors que la superficie classée est aussi inférieure de plus de la moitié à celle qui est mentionnée dans le document IBA89. En outre, étant donné qu'une seule ZPS, le Waddenzee, s'étend à elle seule sur quelque 250 000 hectares, les ZPS restantes ne couvrent que

77 602 hectares, ce qui est insuffisant pour garantir une protection suffisante pour un grand nombre des espèces énumérées à l'annexe I. L'ampleur des manquements du royaume des Pays-Bas à cet égard apparaît encore plus frappante à la lumière du document IBA94: seuls 35 des 87 sites susceptibles d'être classés, représentant moins d'un tiers de la superficie totale concernée, l'ont été.

25. Le royaume des Pays-Bas fait valoir pour sa défense, à titre principal, que l'article 4, paragraphe 1, de la directive n'exige pas de classer un nombre donné ou une superficie totale de ZPS. A son avis, la création de ZPS n'est que l'une des mesures qu'un État membre peut prendre pour l'application de l'article 4, paragraphe 1. Cette disposition ne peut être violée que si un État membre n'a pris aucune mesure de préservation. Ce qui est décisif, c'est donc l'ensemble des mesures arrêtées pour un site donné. La partie défenderesse donne une liste d'autres mesures de préservation pertinentes dans ce contexte, telles que la Wet houdende voorziening in het belang van de natuurbescherming de 1967 (la loi sur la conservation de la nature) [11], l'acquisition de sites par des organismes de conservation de la nature, les contrats de gestion de la nature conclus avec les entreprises agricoles, le classement des zones aquatiques en vertu de la convention sur les zones aquatiques d'intérêt international (la « convention de Ramsar ») [12], et les plans de conservation ornithologique des Pays-Bas.

26. Le royaume des Pays-Bas conclut que 40 % de la superficie totale des territoires et 40 des 87 sites (46 %) énumérés dans le document IBA94 bénéficient de mesures de conservation de la nature. En outre, en ne mentionnant que deux sites particuliers qui auraient dû être classés, la Commission n'a pas démontré que le royaume des Pays-Bas aurait excédé la marge d'appréciation que lui reconnaît la directive pour choisir « les territoires les plus appropriés »: la Cour a admis que les États membres sont mieux placés que la Commission pour déterminer lesquelles des espèces citées à l'annexe I vivent sur leur territoire. La Commission n'a pas non plus contesté le bien-fondé des critères de sélection des ZPS appliqués par le royaume des Pays-Bas: le fait que les trois listes mentionnées ne coïncident pas montre que l'application de pareils critères peut aboutir à des résultats différents et que ces résultats peuvent varier dans le temps. Avec l'appui sur ce point de la République fédérale d'Allemagne, la partie défenderesse soutient que la règle, invoquée par la Commission, selon laquelle les États membres devraient classer au moins la moitié des sites appropriés sur leur territoire, n'apparaît pas dans la directive.

27. La Commission réplique que l'article 4, paragraphe 1, crée une obligation particulière de classer des ZPS, à laquelle on ne saurait substituer d'autres mesures. Elle soutient aussi que le royaume des Pays-Bas n'a pas démontré que les mesures qu'il invoque fournissent un degré suffisant de protection aux espèces concernées.

11 — *Stbl.* 572, 1967.

12 — Volume 996 de la série des traités des Nations unies, p. 245; voir aussi la recommandation 75/66/CEE de la Commission, du 20 décembre 1974, aux États membres relative à la protection des oiseaux et de leurs habitats (JO 1975, L 21, p. 24).

ii) Chute du nombre des populations d'oiseaux

28. A preuve de l'insuffisance des normes de protection arrêtées par le royaume des Pays-Bas, la Commission cite neuf espèces d'oiseaux menacées dont les effectifs ont chuté de 50 % entre 1981 et 1990, qui sont présentes normalement dans des zones énumérées au document IBA94 mais non protégées en tant que ZPS. Elle admet toutefois expressément qu'une chute des effectifs d'oiseaux ne permet pas en soi de conclure qu'un État membre ait failli à ses obligations en vertu de l'article 4, paragraphe 1, notamment en ce qui concerne les espèces hivernantes, mais soutient que pareille conclusion est justifiée en ce qui concerne des espèces sédentaires telles que le tétras lyre (« Tetrao tetrix ») et le butor étoilé (« Botauris stellaris »). La Commission invoque l'affaire des « Marismas de Santoña » pour démontrer que l'obligation de protéger les espèces menacées préexiste à toute diminution de leurs effectifs [13].

29. La partie défenderesse soutient que les populations d'oiseaux sont, par nature, sujettes à variation, et cite huit espèces dont les effectifs ont augmenté dans une proportion importante, et une, la grande aigrette (Egretta alba), qui a été observée aux Pays-Bas pour la première fois. Elle fait valoir en outre, en ce qui concerne les espèces citées par la Commission, que quatre d'entre elles hivernent dans les marécages africains du Sahel, et que la chute des effectifs peut être due à la situation qui règne là-bas: les populations de toutes les espèces mentionnées ont diminué dans la plupart des pays européens et il est injuste d'imputer cette situation aux seuls Pays-Bas. En tout état de cause, le classement en ZPS n'offre aucune garantie contre une diminution des effectifs, ainsi que le montre le cas du butor. Bien que plus de 10 % de leurs effectifs aux Pays-Bas se trouvent déjà dans les ZPS, ses effectifs totaux ont diminué considérablement au cours de la période considérée. La population de cinq des espèces citées, y compris le tétras lyre, s'est stabilisée au cours des dernières années.

b) *Analyse*

i) L'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive

30. Il convient d'abord de dire quelle est la bonne interprétation de l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Selon le royaume des Pays-Bas, le classement en ZPS est une importante mesure de conservation, mais n'est pas rendu obligatoire par cette disposition: une violation de l'article 4, paragraphe 1, ne saurait être reprochée qu'à un État membre qui n'aurait arrêté aucune mesure particulière de conservation. De ce point de vue, la simple constatation qu'un État membre a classé moins de la moitié des territoires en nombre et en superficie ne saurait suffire à établir que cet État membre a méconnu les obligations qui lui incombaient

13 — Arrêt du 2 août 1993, Commission/Espagne (C-355/90, Rec. p. I-4221, point 15).

en vertu de la directive. Le royaume des Pays-Bas décrit un certain nombre d'autres mesures de conservation qu'il a prises et soutient que ces mesures mettent en œuvre la directive.

31. La Commission défend une interprétation radicalement différente de l'article 4, paragraphe 1: à son avis, cette disposition crée une obligation spécifique d'instituer des ZPS en nombre suffisant, et couvrant une superficie totale suffisante, pour garantir la survie et la reproduction dans leur aire de répartition des espèces de l'annexe I. Tout en estimant que le meilleur moyen de se conformer à cette obligation serait que chaque État membre classe toutes les zones citées dans les documents IBA89 et IBA94, elle admet que les obligations imposées par la directive ne vont pas aussi loin et que les États membres disposent d'une certaine marge d'appréciation à cet égard. Toutefois, le fait de ne pas avoir classé au moins la moitié, en nombre et en superficie, des régions citées dans les inventaires des zones ornithologiques importantes constitue manifestement selon elle une violation de l'article 4, paragraphe 1.

32. L'hypothèse assez extrême avancée par le royaume des Pays-Bas ne nous semble ni justifiée par le libellé ou par les objectifs de la directive, ni étayée par la jurisprudence pertinente de la Cour. La « préservation, le maintien et le rétablissement des biotopes et des habitats », y compris la création de zones de protection, sont une obligation qui s'applique à l'égard de *toutes* les espèces d'oiseaux sauvages couvertes par la directive, conformément à l'article 3, paragraphe 2, sous a). Le quatrième alinéa de l'article 4, paragraphe 1, exige que les États membres « [classent] notamment en zones de protection spéciale les territoires les plus appropriés en nombre et en superficie à la conservation [des espèces mentionnées à l'annexe I] ». D'après nous, le mot « notamment » montre qu'il convient de comprendre cette phrase comme signifiant que, pour garantir la survie et la protection de ces espèces menacées, les États membres sont au moins tenus de classer en ZPS les territoires les plus appropriés. Afin de respecter entièrement l'obligation plus générale que comporte le premier alinéa de l'article 4, paragraphe 1, ils peuvent être tenus de classer d'autres territoires en ZPS et/ou d'arrêter d'autres mesures particulières de conservation. Ce qui importe en l'espèce, c'est qu'une obligation spécifique de classer en ZPS *les territoires les plus appropriés* pèse sur les États membres.

33. Si la conception défendue par le royaume des Pays-Bas de ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 1, était poursuivie jusqu'à sa conclusion logique, un État membre pourrait échapper à l'obligation de classer des ZPS, dès lors qu'il estimerait que d'autres mesures particulières de conservation suffisaient à garantir la survie et la reproduction des espèces menacées. Les États membres seraient donc en mesure d'échapper aux obligations qui leur incombent en vertu de l'article 4, paragraphe 4, de prendre les mesures appropriées pour éviter la détérioration des habitats ou des perturbations affectant les oiseaux dans les zones de protection. Cette conception viderait aussi l'article 4, paragraphe 3, de son sens, puisqu'il n'y aurait pas de zones spéciales de protection pour « [constituer] un réseau cohérent ».

34. L'interprétation du royaume des Pays-Bas nous semble incompatible aussi avec la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire des Marismas de Santoña, le royaume d'Espagne a tenté de soutenir que le classement (partiel) de la superficie concernée en réserves naturelles suffisait à l'acquitter de ses obligations au titre de l'article 4, paragraphe 1, et que, en toute hypothèse, il avait classé un grand nombre d'autres ZPS sur son territoire, couvrant une superficie plus importante que dans tout autre État membre [14]. En soutenant dans cette affaire que « le classement [des ZPS] obéit à certains critères ornithologiques, déterminés par la directive, tels que la présence d'oiseaux énumérés à l'annexe I, d'une part, et la qualification d'un habitat comme zone humide, d'autre part » [15], la Cour a, selon nous, indiqué clairement que l'article 4, paragraphe 1, créait une obligation autonome d'instituer des ZPS, et en même temps désigné les conditions dans lesquelles cette obligation naissait. De manière plus générale, la Cour estimait au même arrêt que « [les] articles 3 et 4 de la directive obligent les États membres à préserver, à maintenir et à rétablir les habitats en tant que tels, en raison de leur valeur écologique » [16], ce qui illustre le rôle central de la protection des habitats dans l'économie de la directive.

35. L'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, défendue par le royaume des Pays-Bas ne tient pas davantage compte du caractère spécifique de l'obligation de classer des zones de protection pour les espèces de l'annexe I, et, à cet égard, tendrait à leur appliquer le même régime que celui applicable à d'autres espèces d'oiseaux sauvages (y compris les espèces migratrices) en vertu de l'article 3. La Cour a expressément rejeté cette thèse dans l'affaire RSPB, estimant que « l'article 4 ... prévoit un régime de protection spécifiquement ciblé et renforcé tant pour les espèces énumérées à l'annexe I que pour les espèces migratrices, qui trouve sa justification dans le fait qu'il s'agit respectivement des espèces les plus menacées et des espèces constituant un patrimoine commun de la Communauté » [17].

36. A la lumière de ce qui précède, nous estimons que le quatrième alinéa de l'article 4, paragraphe 1, impose aux États membres l'obligation autonome de classer en ZPS les territoires les plus appropriés, en tenant compte des exigences de la protection des espèces mentionnées à l'annexe I à l'intérieur du territoire auquel la directive s'applique. Cette obligation s'étend, d'après nous, à la *totalité* des « territoires les plus appropriés », mais pas nécessairement à tous les sites qui fournissent des conditions de vie convenables aux espèces de l'annexe I: le Conseil n'a ni accordé aux États membres le pouvoir discrétionnaire de *ne pas* classer des sites définis comme étant parmi les plus appropriés, ni de fixer un nombre minimal de ZPS à classer, ainsi qu'il avait été proposé pour la directive sur les habitats [18]. Cela nous semble cohérent avec le caractère particulier du régime applicable aux espèces de l'annexe I décrit ci-dessus: ainsi qu'il ressort du neuvième considérant du préambule, ce sont là des espèces dont la survie même est en

14 — Arrêt précité note 13, conclusions de l'avocat général M. Van Gerven, point 14 (Rec. p. I-4249).

15 — Ibidem, point 26.

16 — Point 15.

17 — Arrêt précité note 2, point 23.

18 — Arrêt du 28 février 1991, Commission/Allemagne, dit des « digues de la Leybucht » (C-57/89, Rec. p. I-883 et p. I-914), conclusions de l'avocat général M. Van Gerven, point 26, note 24.

cause. Ainsi que nous le verrons ci-après, c'est aux États membres qu'il revient de définir les territoires qui sont les plus appropriés, en nombre et en superficie, en se fondant sur des critères ornithologiques.

37. Le royaume des Pays-Bas a aussi soutenu que l'article 4, paragraphe 1, plutôt que de créer une obligation de caractère général, lui impose de prendre une série de décisions individuelles sur le classement des sites. La Commission n'ayant pas pu démontrer, dans le cas d'un quelconque site particulier, une violation de l'obligation de classement, il conclut que le recours est dépourvu de fondement.

38. A notre avis, l'article 4, paragraphe 1, crée à la fois des obligations à caractère général et des obligations particulières concernant des sites donnés. Notamment, l'exigence que les territoires les plus appropriés « en nombre » soient classés en ZPS ne peut être appréciée qu'en tenant compte du niveau général du respect par un État membre du quatrième alinéa de l'article 4, paragraphe 1: la version anglaise de ce critère (« most suitable ... in size ») est légèrement ambiguë et semble incompatible avec le neuvième considérant du préambule ainsi qu'avec certaines des autres versions linguistiques. Le texte français, par exemple, indique « les plus appropriés ... en superficie », alors que la version néerlandaise, qui indique « naar ... oppervlakte ... meest geschikte », comporte une connotation similaire [19]. Interprété comme se rapportant à la superficie, ce critère peut s'appliquer pour apprécier d'un point de vue tant général que particulier le respect de l'article 4, paragraphe 1. De même, l'exigence que les États membres tiennent compte des tendances et des variations des niveaux de population, ainsi que des degrés de protection des espèces mentionnées à l'annexe I sur tout le territoire auquel la directive s'applique, est aussi en faveur de la thèse selon laquelle la Commission peut engager des poursuites contre un État membre pour une violation tant générale que particulière de l'obligation de créer des ZPS: les tendances de la population ou les degrés de protection européens sont pertinents pour les deux types d'obligation.

ii) La marge d'appréciation des États membres

39. Il a été avancé de nombreux arguments sur la portée du pouvoir discrétionnaire dévolu à l'État membre dans le choix des ZPS. Selon le royaume des Pays-Bas, l'application de l'article 4, paragraphe 1, se fonde sur une appréciation concrète du point de savoir si un site donné fait partie des territoires les plus appropriés, et les précédents dont la Cour a eu à connaître portaient tous sur le point de savoir si un État membre

19 — Les textes danois (« til ... udstraekning er bedst egnede »), allemand (« die ... flächenmäßig geeignetsten Gebiete »), italien (« i ... più idonei ... in superficie »), grec (« τα πιο κατταλληλα, σε ... επιφανεια »), espagnol (« los ... más adecuados ... en superficie »), portugais (« os ... mais apropriados ... em extensão »), finnois (« kooltaan sopivimmat ») et suédois (« storlek är mest lämpade ») ... se réfèrent tous à la « superficie » ou emploient un mot qui peut signifier « superficie » ou « taille ».

aurait dû classer en ZPS un site donné. D'après lui, il n'est pas possible de démontrer la violation de cette disposition à moins qu'un État membre n'ait outrepassé les limites de son pouvoir d'appréciation, par exemple en ne classant pas en ZPS un site d'une importance ornithologique particulière.

40. Dans son mémoire en intervention, la République fédérale d'Allemagne, s'appuyant sur la marge d'appréciation, soutient que l'article 4, paragraphe 1, laisse à l'État membre le choix des ZPS et que le seul élément déterminant est que les zones doivent être, en nombre et en superficie, appropriées à la conservation des espèces concernées et aptes, avec les zones classées par les autres États membres, à constituer un réseau cohérent de zones de protection. Selon elle, cette disposition n'exige pas le classement d'un nombre particulier de zones, mais oblige plutôt les États membres à veiller à ce que les ZPS créées soient appropriées à la conservation des espèces d'oiseaux menacées.

41. Même si l'article 4, paragraphe 1, ne cite nulle part de marge d'appréciation, la Cour a relevé, dans l'affaire des digues de la Leybucht, que « les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils doivent choisir les territoires les plus appropriés pour un classement en zones de protection spéciale » [20]. Dans l'affaire Commission/Italie, la Cour avait expliqué que « la gestion du patrimoine commun est confiée aux États membres... », précisant ce qui suit:

« Il ressort de [la] répartition des responsabilités [prévues par la directive] que c'est aux États membres qu'il incombe d'identifier les espèces qui doivent faire l'objet des mesures particulières de protection et de conservation exigées par l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Ces derniers dont d'ailleurs mieux placés que la Commission pour savoir quelles sont, parmi les espèces énumérées à l'annexe I de la directive, celles qui se trouvent sur leur territoire » [21].

42. En l'espèce, il n'y a pas de litige sur l'identification des espèces d'oiseaux sauvages qui doivent être protégées sur le territoire des Pays-Bas. Ainsi que le gouvernement allemand le soutenait dans l'affaire des digues de la Leybucht, le choix d'une ZPS implique la pondération très complexe des faits et circonstances les plus divers et exige un travail scientifique notable [22]. En l'espèce, la Commission a reconnu que les États membres ne sont pas tenus de constituer une ZPS distincte pour chacune des espèces mentionnées à l'annexe I. Certaines d'entre elles ont besoin d'une plus grande protection que d'autres, et le classement en ZPS d'un site donné pourrait offrir une protection simultanée à différentes espèces menacées. Il nous semble que le pouvoir discrétionnaire des États membres intervient pour l'appréciation, selon des critères orni-

20 — Arrêt précité note 18, point 20.

21 — Arrêt du 17 janvier 1991, Commission/Italie (C-334/89, Rec. p. I-93, points 8 et 9).

22 — Arrêt précité note 18, rapport d'audience, Rec. p. I-896 et I-897.

thologiques objectifs, du caractère approprié de ZPS potentielles: dès lors qu'un site a été reconnu comme faisant partie des plus appropriés pour la conservation des espèces en cause, son classement en ZPS est obligatoire. Cela découle de la façon la plus claire de l'affaire RSPB, où le fait que le Lappel Bank faisait partie indiscutablement des « territoires les plus appropriés » a amené la Cour, en effet, à conclure que le Royaume-Uni était tenu de le classer [23].

43. Quelle que soit la portée du pouvoir d'appréciation d'un État membre lorsqu'il s'agit de classer un site donné, nous ne voyons pas en quoi cette question aiderait en l'espèce la partie défenderesse. La Commission s'efforce de prouver que le royaume des Pays-Bas n'a pas classé un nombre et une superficie suffisants de ZPS pour remplir les obligations générales qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive. Le royaume des Pays-Bas ne soutient pas avoir, de façon générale, le pouvoir de se soustraire à ces obligations.

44. En outre, le royaume des Pays-Bas invoque son pouvoir d'appréciation d'une manière incohérente en l'espèce: d'une part, il soutient que les États membres sont mieux placés que la Commission pour identifier les sites qui méritent d'être protégés; d'autre part, il affirme que la directive ne peut être mise en œuvre que si la Commission identifie les sites particuliers qui doivent être classés, et entame des procédures d'infraction contre les États membres pour chacun de ces sites pris séparément. Ainsi que la Commission l'a observé, outre que le procédé suggéré par le royaume des Pays-Bas susciterait des difficultés pratiques considérables, il serait moins respectueux de la marge d'appréciation des États membres que sa propre démarche en l'espèce.

45. Le royaume des Pays-Bas ajoute que les États membres sont tenus, lorsqu'ils arrêtent des mesures particulières de conservation, de tenir compte des exigences économiques et récréationnelles visées à l'article 2. Il a quelque peu tempéré cette affirmation dans son mémoire en réplique, à la suite du prononcé de l'arrêt de la Cour dans l'affaire RSPB [24], pour soutenir que la portée des obligations découlant de l'article 4, paragraphe 1, doit être interprétée à la lumière des articles 1er et 2 de la directive. Cette conception est, selon nous, en contradiction flagrante avec le point 1 du dispositif de l'arrêt en question, qui déclare que « l'article 4, paragraphe 1 ou 2, de la directive ... doit être interprété en ce sens qu'un État membre n'est pas autorisé à tenir compte des exigences économiques mentionnées à son article 2 lors du choix et de la délimitation d'une zone de protection spéciale » [25].

23 — Arrêt précité note 2, point 26. Voir aussi l'arrêt du 24 octobre 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, Rec. p. I-5403) où la Cour a adopté un point de vue similaire quant au pouvoir d'appréciation dévolu aux États membres en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (JO L 175, p. 40). La juridiction de renvoi, le Nederlandse Raad van State, a tenté d'établir un lien entre ces deux types de pouvoir discrétionnaire: voir les points 44, 49 et 50.

24 — Arrêt précité note 2.

25 — Arrêt précité note 2, Rec. p. I-3856 et I-3857.

iii) La valeur probante des inventaires des zones ornithologiques importantes

46. La directive ne fixe ni une liste des territoires des États membres les plus appropriés pour le classement en ZPS, ni des critères détaillés pour le choix de ces sites. L'article 4, paragraphe 1, fournit néanmoins un certain nombre de lignes directrices dont les États membres doivent tenir compte lorsqu'ils décident quels sites sont éventuellement les plus appropriés [26]. Ainsi que la Cour l'a relevé dans l'affaire RSPB, « il s'agit de critères de nature ornithologique, et ce nonobstant les divergences existant entre les différentes versions linguistiques de l'article 4, paragraphe 1, dernier alinéa » [27]. Il en découle, selon nous, qu'il y a lieu aussi de tenir compte de critères de nature ornithologique lorsqu'il s'agit de savoir si un État membre s'est acquitté ou non de son obligation générale de créer des ZPS.

47. En cherchant à démontrer que le royaume des Pays-Bas a partiellement failli à remplir ses obligations à cet égard, la Commission s'appuie essentiellement sur le document IBA89, même si elle cite aussi la liste, modifiée et mise à jour, du document IBA94. Le document IBA89 est lui-même une version mise à jour d'un inventaire établi, à la demande de la Commission, par le Muséum national d'histoire naturelle de Paris, en 1987. Dans le document IBA89, « pour la première fois dans chaque pays européen, des sites particuliers ont été examinés de façon normalisée, et il a été identifié, à l'échelle continentale, un réseau de sites qui, s'il était protégé, garantirait la survie d'une importante proportion des populations européennes de nombreuses espèces » [28]. Les annotations à l'inventaire pour les Pays-Bas, exposées en annexe 7 à la requête, identifient les trois catégories suivantes de critères justifiant l'inclusion des sites dans le document IBA89: les critères numériques, l'insertion sur la liste des cent sites les plus importants dans la Communauté pour une espèce ou sous-espèce vulnérable, ou le fait de figurer parmi les cinq sites les plus importants pour une espèce ou sous-espèce vulnérable dans une région donnée de la Communauté. Cinq autres sites ont été portés à l'inventaire pour d'autres raisons, par exemple le Zwin, en raison de sa contiguïté avec une importante zone ornithologique en Belgique, ou le Krammer et Volkerak, parce que, « bien aménagé, il pourrait former le noyau d'un important écosystème d'eau douce ». Les sept catégories distinctes de critères numériques concernant les sites de reproduction, et les cinq catégories relatives à d'autres zones, figurent dans un tableau joint en annexe 7 à la requête: les premières incluent des sites qui subviennent aux besoins d'1 % ou plus des couples de la population biogéographique d'une espèce ou sous-espèce [29], sont fondées sur les caractéristiques spécifiques de dispersion et les préférences de l'espèce en matière d'habitat, et comprennent tous les sites réguliers de reproduction d'espèces rares ou menacées ou de populations biogéographiques distinctes peu nom-

26 — Voir le point 6 des présentes conclusions.

27 — Arrêt précité note 2, point 26.

28 — Tucker et al.: « Birds in Europe: Their conservation status » (ouvrage cité par la Commission à l'annexe 7 à sa requête), *BirdLife International*, Cambridge, 1994, p. 20.

29 — L'expert de la Commission a expliqué à l'audience que cette phrase avait trait aux populations distinctes d'espèces d'oiseaux migrateurs allant de leurs sites de reproduction jusqu'à leurs zones d'hivernage, ce qui peut inclure des zones situées en dehors du territoire auquel la directive s'applique. Les mesures favorisant la protection d'une population de ce type n'ont sans doute pas d'effet sur d'autres populations similaires.

breuses et menacées (2 500 couples ou moins), ainsi que les importants sites de reproduction de trois ou plus des espèces citées à l'annexe I.

48. La République fédérale d'Allemagne a soutenu vigoureusement que les documents IBA89 et IBA94 ne contiennent que des listes de sites qui, selon des critères scientifiques, pourraient *potentiellement* servir à la conservation d'espèces menacées: ces listes ne sont ni incluses dans la directive, ni légalement contraignantes. De plus, il n'y a eu accord au niveau communautaire ni sur les critères sur lesquels les listes reposent, ni sur les listes qui en ont résulté. Le gouvernement allemand ajoute que la fixation d'un minimum de 50 % de sites classés est arbitraire et dépourvue de base scientifique.

49. Cet argument semble confondre l'obligation juridique et la preuve requise pour prouver le défaut de mise en œuvre. Il est certes vrai que le document IBA89 n'est pas, en soi, contraignant pour les États membres: si tel était le cas, la présente affaire aurait pu être traitée beaucoup plus brièvement. Bien qu'élaboré par le Groupe européen pour la conservation des oiseaux et des habitats, en liaison avec le Conseil international de la préservation des oiseaux (maintenant « BirdLife ») plutôt que par le biais d'une procédure exclusivement communautaire, le document IBA89 a été préparé à l'intention de la direction générale compétente de la Commission, en coopération avec des experts de la Commission et des experts nationaux; l'inventaire devait servir au moins en partie à aider les États membres à mettre en œuvre la directive. En identifiant les espèces et sous-espèces vulnérables dont il y avait lieu de tenir compte, par exemple, le document IBA89 se réfère explicitement à l'annexe I à la directive, telle que modifiée par la directive 85/411/CEE de la Commission, du 25 juillet 1985 (JO L 233, p. 33), qui ajoute certaines espèces et sous-espèces « qu'il convient sans doute d'ajouter à l'annexe I pour tenir compte de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Communauté ».

50. Il en découle, selon nous, que non seulement le document IBA89 constitue une preuve scientifique, dont le gouvernement allemand semble admettre en principe la nécessité, mais qu'il a été expressément conçu pour servir dans le cadre de l'application de la directive. En soi, il ne constitue pas une obligation juridique, ni ne permet de conclure à l'existence d'une telle obligation, mais il peut être invoqué pour démontrer dans quelle mesure un État membre respecte ses obligations, tant générales que concernant des sites particuliers [30]. En ce qui concerne un site particulier, un État membre a tout loisir de produire des preuves scientifiques supérieures démontrant que ce site ne fait pas partie des « plus appropriés » à la conservation d'espèces de l'annexe I. Il peut aussi produire des éléments contraires démontrant que les chiffres totaux de ZPS, en nombre et en superficie, tels qu'ils apparaissent à partir du document IBA89, ou de toute autre liste analogue invoquée par la Commission, sont erronés.

30 — La Commission a déclaré à l'audience qu'elle s'était appuyée sur le document IBA89 dans l'affaire des Marismas de Santoña, mais cela n'apparaît pas dans le rapport d'audience.

51. En l'espèce, le royaume des Pays-Bas ne conteste pas directement la valeur scientifique du document IBA89, sauf sur la question de la définition de la superficie minimale de viabilité d'une ZPS. Dans son mémoire, il relève que le document IBA94 donne quelques éléments de définition d'un biotope qui faisait défaut dans le précédent inventaire. Il affirme de fait que la liste établie par son ministère de l'Agriculture et des Pêcheries en 1991 était fondée sur les trois mêmes critères que ceux sur lesquels reposent les documents IBA89 et IBA94. Le royaume des Pays-Bas soutient toutefois que l'application de ces critères n'aboutit pas à des résultats clairs, citant, d'une part, les différences entre les documents IBA89 et IBA94 et, d'autre part, les différences entre les listes IBA et la liste éditée par le ministère de l'Agriculture en 1991. Il fait valoir que la différence entre la liste des sites à classer selon les inventaires IBA et ceux qui l'ont été réellement peut s'expliquer par la nature des données ornithologiques. Il soutient aussi que la divergence quant au nombre de ZPS est le résultat de différences dans la délimitation et le regroupement de sites, alors que la différence des superficies est due au défaut de critères adéquats pour définir les limites des zones à classer.

52. Sur le premier point, le royaume des Pays-Bas n'a pas démontré de façon convaincante pourquoi une liste nationale de sites à désigner, élaborée après le début de la phase précontentieuse de la présente affaire, serait plus fiable qu'un inventaire établi par des experts ornithologues de différents États membres, dont le royaume des Pays-Bas, avant cette phase. En particulier, la définition du premier des trois critères telle que figurant dans le mémoire en défense du royaume des Pays-Bas, qui ne parle que de la présence régulière sur un site d'au moins 1 % de la population biogéographique d'une espèce d'oiseaux aquatiques, nous semble beaucoup moins extensive et détaillée que la liste des catégories de critères numériques sur lesquelles repose le document IBA89 (tableau 1 à l'annexe 7 à la requête de la Commission). Que l'application de ce critère numérique aux seuls oiseaux aquatiques dans la plaidoirie du royaume des Pays-Bas soit ou non le résultat d'une inadvertance, il semble que les différences importantes entre les critères numériques utilisés dans le document IBA89 et ceux retenus dans la liste néerlandaise de 1991 suffiraient en soi à expliquer les différences entre les listes en résultant.

53. Alors que le royaume des Pays-Bas n'a pas été en mesure de faire la preuve de la supériorité objective de sa propre liste nationale, la Commission en a contesté le fondement scientifique. Dans une annexe à sa réplique, la Commission présente un tableau comparant les résultats (théoriques) de l'application des trois critères sur lesquels repose la liste néerlandaise et le classement réel des ZPS pour 26 espèces de l'annexe I présentes aux Pays-Bas: en aucun cas le résultat obtenu par le royaume des Pays-Bas ne correspond en fait au chiffre qui résulterait de l'application de ses critères, et, dans la plupart des cas, la divergence est très importante [31]. Le royaume des Pays-Bas n'a pas expliqué la disparité entre les deux séries de chiffres.

31 — La Commission ne précise pas la source des chiffres de population. Toutefois, le tableau est invoqué non pas pour démontrer spécialement que le royaume des Pays-Bas viole l'article 4, paragraphe 1, mais pour contester la pertinence de la liste des Pays-Bas, établie en 1991.

54. La liste néerlandaise de 1991 comporte quelque 53 sites correspondant, selon la Commission [32], à la totalité ou à des parties de 57 des 70 sites identifiés dans le document IBA89, bien que ne couvrant qu'environ la moitié de la superficie totale des sites recensés dans ce document comme étant les plus appropriés. Même s'il était démontré que cette liste nationale comportait les territoires les plus appropriés, la partie défenderesse n'a pas tenté de prouver qu'elle les avait classés en ZPS, probablement en grande partie parce qu'elle réfute l'existence d'une obligation en ce sens.

55. Le royaume des Pays-Bas a aussi cherché à s'appuyer sur les divergences existant entre les documents IBA89 et IBA94 pour démontrer que l'application de critères ornithologiques aboutit à des résultats incertains. La Commission a contesté avec vigueur cette affirmation. Sept des douze sites de la seconde liste, qui étaient absents du document IBA89, ont été inclus pour tenir compte de l'ajout de nouvelles espèces à l'annexe I de la directive, alors que les cinq autres découlent de divers éléments objectifs, tels qu'une différence de découpage ou de regroupement des sites, un accroissement des connaissances ou une évolution des populations d'oiseaux aux Pays-Bas. Les explications de la Commission sur ce point semblent convaincantes; de plus, le royaume des Pays-Bas a lui-même souligné que la situation des espèces d'oiseaux évolue constamment dans le temps.

56. Il ressort de la réponse de la Commission à une question d'un membre du Parlement européen que, « en collaboration avec les États membres, la Commission a établi une méthode qui permet d'évaluer objectivement dans quelle mesure les différentes espèces d'oiseaux dans la Communauté sont menacées d'extinction et de déterminer, pour chaque population, quelle proportion d'oiseaux devrait vivre à l'intérieur d'une zone de protection spéciale dans chaque région » [33]. En réponse à une question posée à l'audience, l'agent de la Commission a expliqué que, si le critère de la vulnérabilité était l'un des éléments dont il convenait de tenir compte pour évaluer le degré de protection requis pour chaque espèce, il n'était pas utile d'identifier les sites qui devaient être classés en ZPS. De plus, les obligations découlant de l'article 4, paragraphe 1, couvrent tous les oiseaux mentionnés à l'annexe I, y compris ceux qui sont moins vulnérables.

57. La dernière partie de la réponse de la Commission à la question du parlementaire concerne le point de savoir s'il est possible de déterminer la proportion d'une espèce donnée qui devrait se trouver à l'intérieur d'une ZPS sur le territoire d'un État membre. Dans l'annexe à sa réplique, précitée, la Commission présente un tableau qui indique la proportion de toutes les espèces de l'annexe I aux Pays-Bas qui est présente dans les cinq sites les plus appropriés, ainsi que la proportion de ces espèces présente dans les ZPS. Les chiffres sont éloquents: par exemple, six espèces dont le pourcentage de population sur les cinq meilleurs sites s'échelonne entre 19 % et 100 % n'ont aucun

32 — Sommaire de l'annexe 9 à la requête.

33 — Question écrite n° 131/93 de M. Florus Wijsenbeek (JO 1993, C 258, p. 7).

(0 %) représentant dans les ZPS. Or, si le fait pour un État membre d'omettre d'inclure une proportion suffisante d'oiseaux mentionnés à l'annexe I à l'intérieur des ZPS situées sur son territoire pourrait constituer un indice, facile à quantifier, de son respect de l'un des éléments de l'article 4, paragraphe 1, nous sommes disposé à admettre, en l'absence de toute preuve du contraire, que cela ne permet pas en soi d'apprécier de façon globale le respect de l'obligation de constituer des ZPS qui découle de cette disposition.

iv) L'existence d'une violation de l'article 4, paragraphe 1

58. A l'époque où la Commission a déposé le recours, le royaume des Pays-Bas avait classé 23 ZPS, couvrant une superficie totale de 327 602 hectares. Étant donné que le document IBA89 recense 70 sites couvrant 797 920 hectares, la Commission estime qu'il est manifeste que le royaume des Pays-Bas a manqué à l'obligation, découlant de l'article 4, paragraphe 1, de constituer des ZPS.

59. En cherchant à démontrer que cet état de fait constitue une violation manifeste des obligations que la directive impose au royaume des Pays-Bas, la Commission s'est référée à maintes reprises à cette notion de la moitié, en nombre et en superficie totale, des sites. Le royaume des Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne ont souligné que ce chiffre ne figure pas dans la directive, et qu'il est arbitraire et sans valeur scientifique. Mais cette observation est dépourvue de pertinence. Les rapports IBA, ainsi que nous l'avons dit, servent, pour la Commission, à démontrer scientifiquement ce que sont les « territoires les plus appropriés » pour le classement de ZPS aux Pays-Bas. Le royaume des Pays-Bas n'a pas vraiment contesté leur valeur probante. Le fait de n'avoir pas classé ne serait-ce que 50 % des zones proposées permet de tirer la conclusion que le royaume des Pays-Bas a failli à son obligation générale de classer, et l'évocation de ce chiffre par la Commission est une question de présentation plutôt qu'une définition de l'obligation imposée par l'article 4, paragraphe 1, de la directive.

60. Ainsi que nous l'avons déjà dit, les États membres ont l'obligation, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, quatrième alinéa, de classer la *totalité* des territoires les plus appropriés, tels qu'identifiés par le recours à des critères scientifiques, objectifs et fiables. Dans une procédure telle que la présente, le rôle de la Commission est d'indiquer le nombre total et la superficie totale des ZPS qu'un État membre devrait classer sur le fondement de ces critères, et de les comparer au nombre et à la superficie de ZPS qu'il a réellement classées. L'État membre en cause peut certes contester l'existence d'une quelconque divergence entre les deux séries de chiffres. Si elle est prouvée à la satisfaction de la Cour, la divergence suffit à établir une violation des obligations que la directive met à la charge de la partie défenderesse. En concluant, sur la base des preuves avancées, que le royaume des Pays-Bas n'a pas classé suffisamment de ZPS, en nombre et en superficie, la Commission suit le cours normal du raisonnement juridique et ne se base pas sur une quelconque présomption.

61. A l'audience, le royaume des Pays-Bas a soutenu que la Commission ne lui avait vraiment pas facilité la tâche de découvrir ce qu'il devait faire exactement pour se conformer aux obligations de l'article 4, paragraphe 1, de la directive, alors que la République fédérale d'Allemagne s'est demandé comment la Cour accueillerait un deuxième recours, hypothétique, contre le royaume des Pays-Bas, sur le fondement de l'article 171 du traité. Il ressort clairement selon nous de l'analyse des dispositions pertinentes à laquelle nous avons procédé que les difficultés rencontrées par le royaume des Pays-Bas pour s'acquitter de ses obligations de l'article 4, paragraphe 1, sont avant tout le résultat de sa fausse interprétation de celles-ci, et qu'il dispose de données ornithologiques suffisantes, et suffisamment fiables, pour lui permettre d'arrêter les mesures qu'il est tenu de prendre pour appliquer correctement cette disposition. Nous ne jugeons ni nécessaire, ni souhaitable, de traiter en détail d'arguments fondés sur un recours hypothétique. Étant donné que la Commission souhaite obtenir une déclaration de portée générale, nous sommes d'avis que pareille déclaration, si elle est prononcée, ne saurait être invoquée pour démontrer que le royaume des Pays-Bas a violé son obligation de classer un site particulier: la déclaration ne saurait donc fonder à elle seule une procédure de l'article 171 concernant pareil site. En tout état de cause, le point soulevé par la République fédérale d'Allemagne visait d'abord à contester le critère des 50 % de zones classées, dont nous avons déjà traité.

62. En conséquence, la Cour devrait, selon nous, suivre la Commission dans ses conclusions. La Commission a demandé que le royaume des Pays-Bas soit condamné aux dépens. Comme les points sur lesquels nous recommandons à la Cour de retenir l'argumentation du royaume des Pays-Bas sont de faible portée et n'affectent pas le fond de l'affaire, nous estimons que la Cour devrait aussi accueillir la demande de la Commission relative aux dépens.

VI — Conclusion

A la lumière de ce qui précède, nous recommandons à la Cour de:

1) déclarer que, en omettant de classer un nombre suffisant et une superficie suffisante de zones de protection spéciale, conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE;

2) condamner le royaume des Pays-Bas aux dépens.