FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 9. oktober 1997 *

Indhold

I — Indledning ..... I - 3034

II — De relevante bestemmelser i fællesskabsretten ..... I - 3034

III — Den administrative procedure ..... I - 3036

IV — Formaliteten ..... I - 3037

a) Undladelse af at tage hensyn til Kongeriget Nederlandenes svar på den begrundede udtalelse ..... I - 3037

b) Arten af den i direktivets artikel 4, stk. 1, fastlagte forpligtelse ..... I - 3038

c) Nye retlige anbringender ..... I - 3038

d) Relevansen af en ornitologisk undersøgelse, der blev offentliggjort efter fremsættelsen af den begrundede udtalelse ..... I - 3039

V — Realiteten ..... I - 3040

a) Parternes argumentation ..... I - 3040

i) SBO's antal og samlede areal ..... I - 3040

ii) Faldet i bestandene ..... I - 3042

b) Analyse ..... I - 3042

i) Fortolkningen af direktivets artikel 4, stk. 1 ..... I - 3042

ii) Medlemsstaternes skønsbeføjelser ..... I - 3045

iii) Bevisværdien af listerne over vigtige ornitologiske områder ..... I - 3048

iv) En eventuel tilsidesættelse af artikel 4, stk. 1 ..... I - 3052

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 3053

* Originalsprog: engelsk.

I — Indledning

1. I nærværende sag, der er anlagt i medfør af EF-traktatens artikel 169, har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene ikke tilbørligt har opfyldt sin pligt til at udlægge særligt beskyttede områder (»SBO«) for truede arter af vilde fugle i overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/409/EØF af 2. april 1979 om beskyttelse af vilde fugle [1]. Kongeriget Nederlandene har påstået sagen afvist og har i realiteten imødegået Kommissionens anbringender.

II — De relevante bestemmelser i fællesskabsretten

2. Domstolen er vel bekendt med direktivets opbygning og målsætning [2], og jeg skal derfor nøjes med her alene at redegøre for de bestemmelser, som direkte er inde i billedet i denne sag.

3. I betragtningerne til direktivet udtales det efter en beskrivelse af forholdene omkring direktivets vedtagelse samt dettes almindelige indhold, at »det er absolut nødvendigt at beskytte, opretholde eller genskabe tilstrækkeligt forskelligartede og vidtstrakte levesteder, hvis samtlige fuglearter skal bevares ...; visse fuglearter bør omfattes af særlige beskyttelsesforanstaltninger for så vidt angår deres levesteder med henblik på at sikre, at disse arter kan overleve og formere sig i deres udbredelsesområder; disse bestemmelser bør ... samordnes med henblik på opretholdelse af et samlet hele« (niende betragtning).

4. Til direktivets artikel 1 knytter sig direktivets artikel 2, der har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne træffer alle nødvendige foranstaltninger til at opretholde eller tilpasse bestanden af samtlige de i artikel 1 omhandlede arter på et niveau, som især imødekommer økologiske, videnskabelige og kulturelle krav og samtidig tilgodeser økonomiske og rekreative hensyn.«

5. De vigtigste materielretlige regler i nærværende sag er artikel 3 og 4. Efter artikel 3, stk. 1, er medlemsstaterne forpligtet til at træffe »alle nødvendige foranstaltninger for at beskytte, opretholde eller genskabe tilstrækkeligt forskelligartede levesteder for alle de i artikel 1 omhandlede fuglearter«. Forpligtelsen hertil skal opfyldes »ud fra de i artikel 2 omhandlede hensyn«. Artikel 3, stk. 2, indeholder en detaljeret oversigt over de basale foranstaltninger, hvormed de i stk. 1 angivne mål skal nås, herunder »opret-

1 — EFT L 103, s. 1 (herefter »direktivet«).

2 — En detaljeret beskrivelse af direktivet findes i punkt 11-23 i mit forslag til afgørelse i sag C-44/94, Royal Society for the Protection of Birds, dom af 11.7.1996, Sml. I, s. 3805, herefter »RSPB-dommen«.

telse af beskyttede områder« og »vedligeholdelse og forvaltning i overensstemmelse med de økologiske krav af levesteder både i og uden for de beskyttede områder«.

d) andre arter, der kræver speciel opmærksomhed på grund af deres levesteders særlige beskaffenhed.

Ved vurderinger i forbindelse hermed skal der tages hensyn til tendenser og variationer vedrørende bestandens størrelse.

6. Artikel 4, der er den bestemmelse, som nærværende sag først og fremmest drejer sig om, bør citeres i sin helhed:

Medlemsstaterne udlægger som særligt beskyttede områder navnlig sådanne områder, som med hensyn til antal og udstrækning er bedst egnede til beskyttelse af disse arter, idet der tages hensyn til behovet for at beskytte arterne i det geografiske sø- og landområde, hvor dette direktiv finder anvendelse.

»1. For arter, som er anført i bilag I, træffes der særlige beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til deres levesteder for at sikre, at de kan overleve og formere sig i deres udbredelsesområde.

I denne forbindelse tages der hensyn til:

2. Under hensyn til beskyttelsesbehovene i det geografiske sø- og landområde, hvor dette direktiv finder anvendelse, træffer medlemsstaterne tilsvarende foranstaltninger med hensyn til regelmæssigt tilbagevendende trækfuglearter, som ikke er anført i bilag I, for så vidt angår de pågældende arters yngle-, fjerskifte- og overvintringsområder samt rasteområderne inden for deres trækruter. Med henblik herpå er medlemsstaterne i særlig grad opmærksomme på, at vådområderne, og især vådområder af international betydning, beskyttes.

a) arter, der trues af udslettelse

b) arter, der er følsomme over for bestemte ændringer af deres levesteder

c) arter, der anses for sjældne, fordi bestanden er ringe eller den lokale udbredelse begrænset

3. Medlemsstaterne fremsender alle relevante oplysninger til Kommissionen, således at denne kan tage passende initiativer til den

samordning, som er nødvendig, for at de i stk. 1 og 2 omhandlede områder kan udgøre et samlet hele, der imødekommer behovet for beskyttelse af de pågældende arter i det geografiske sø- og landområde, hvor dette direktiv finder anvendelse.

4. Medlemsstaterne træffer egnede foranstaltninger med henblik på i de i stk. 1 og 2 nævnte beskyttede områder at undgå forurening eller forringelse af levestederne samt forstyrrelse af fuglene, i det omfang en sådan forurening, forringelse eller forstyrrelse har væsentlig betydning for formålet med denne artikel. Medlemsstaterne bestræber sig på at undgå forurening eller forringelse af levesteder også uden for disse beskyttede områder.«

7. Direktivets artikel 4, stk. 4, blev ændret ved artikel 7 i Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter [3], men denne ændring har ikke direkte betydning i den foreliggende sag.

8. Efter direktivets artikel 18 er medlemsstaterne forpligtet til at sætte »de nødvendige administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv inden for en frist på to år fra dets meddelelse«. Denne frist udløb for Kongeriget Nederlandene den 6. april 1981 [4].

III — Den administrative procedure

9. Den 25. september 1989 tilstillede Kommissionen Kongeriget Nederlandene en åbningsskrivelse, hvori den omtalte tre overtrædelser af traktaten og direktivet. Det er kun den første af de omtalte overtrædelser, der vedrører Kongeriget Nederlandenes påståede undladelse af at udlægge et tilstrækkeligt stort antal SBO, der er blevet fastholdt i denne sag. Kongeriget Nederlandene bestred i sit svar af 29. december 1989, at der forelå overtrædelser som påstået.

10. Den 14. juli 1993 tilstillede Kommissionen Kongeriget Nederlandene en begrundet udtalelse, hvori den gentog den kritik, der gik ud på, at der ikke var fastlagt et tilstrækkeligt stort antal SBO for de truede arter, der er nævnt i bilag I til direktivet. I udtalelsen blev der givet modtageren en frist på to måneder fra forkyndelsen af udtalelsen at regne til at efterkomme sine forpligtelser. Kongeriget Nederlandene gør gældende, at det besvarede den begrundede udtalelse (ved skrivelse af 1.12.1993, der findes som bilag 1 til svarskriftet). Kommis-

3 — EFT L 206, s. 7, herefter »naturtype-direktivet«.

4 — Dom af 13.10.1987, sag 236/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 3989, præmis 2.

sionen har udtalt, at den ikke på noget tidspunkt modtog et svar på den begrundede udtalelse. Nærværende sag blev anlagt ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 5. januar 1996.

IV — Formaliteten

11. Kongeriget Nederlandene har påstået sagen afvist og har herved anført fire særskilte grunde.

a) *Undladelse af at tage hensyn til Kongeriget Nederlandenes svar på den begrundede udtalelse*

12. Kongeriget Nederlandene gør gældende, at Kommissionen med undladelsen af at tage hensyn til dets svar på den begrundede udtalelse har tilsidesat retten til kontradiktion, og at sagen derfor i det hele skal afvises. Kommissionen gør gældende, at det eneste nye i Kongeriget Nederlandenes skrivelse af 1. december 1993 er omtalen af, at tre SBO var blevet fastlagt — herunder Deurnese Peel, som var blevet udtrykkelig nævnt i den begrundede udtalelse, og at den i stævningen havde taget hensyn til den nye faktiske situation. Den har desuden gjort gældende, at den frist, der fastsættes i den begrundede udtalelse, har til formål at give modtagermedlemsstaten en sidste chance for at efterkomme fællesskabsbestemmelserne og ikke så meget at gøre det muligt for den endnu engang at give udtryk for sin opfattelse. Kongeriget Nederlandene har svaret, at skrivelsen også redegjorde for retlige argumenter, som Kommissionen ikke har taget hensyn til, og at der dermed blev givet en begrundelse for, at visse lokaliteter ikke var blevet udlagt, og at Kommissionen i al fald burde have forespurgt hos den nederlandske regering om grundene til, at dette ikke var sket, selv om den to gange havde anmodet om en forlængelse af svarfristen ifølge den begrundede udtalelse.

13. Kongeriget Nederlandene må, såfremt der skal kunne gives det medhold på dette punkt, godtgøre, at traktatens artikel 169 skal fortolkes som indeholdende et krav om, at Kommissionen tager hensyn til enhver besvarelse af en begrundet udtalelse, som en medlemsstat kan fremkomme med. Efter min mening indeholder denne bestemmelse ikke et sådant krav. Kun når den pågældende medlemsstat inden for den af Kommissionen fastsatte frist *efterkommer* udtalelsen, kan Kommissionen ikke mere anlægge sag ved Domstolen [5]. Selv om det er korrekt, at Domstolen har fastslået, at Kommissionen er forpligtet til i den begrundede udtalelse at tage hensyn til de bemærkninger, som en sagsøgt medlemsstat har fremsat til åbningsskrivelsen [6], hænger forpligtelsen hertil snævert sammen med ordlyden af artikel 169 og bestyrker ikke her Kongeriget Nederlandenes synspunkt. Og selv om dette korrekt har anført, at formålet med den administrative procedure er »at give den berørte medlemsstat lejlighed til dels at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser, dels effektivt at tage til genmæle over for Kommissionens

5 — Jf. eksempelvis dom af 31.3.1992, sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353.

6 — Domstolens kendelse af 11.7.1995, sag C-266/94, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1975.

klagepunkter« [7], berører dette ingenlunde formalitetsspørgsmålet i nærværende sag. Faktisk kunne en medlemsstat, såfremt Kongeriget Nederlandenes synspunkt var korrekt, forhindre Kommissionen i at anlægge sag ved Domstolen ved blot at besvare den begrundede udtalelse. Jeg er derfor af den opfattelse, at Kongeriget Nederlandenes afvisningspåstand skal forkastes for så vidt angår denne indsigelse.

b) *Arten af den i direktivets artikel 4, stk. 1, fastlagte forpligtelse*

14. Kongeriget Nederlandenes anden afvisningsgrund går ud på, at den påståede overtrædelse ikke så meget består i en enkelt handling eller undladelse som i en flerhed af tilsidesættelser af en forpligtelse til at træffe enkeltafgørelser om områders udvikling. Kongeriget Nederlandene gør gældende, at det ikke, da Kommissionen hverken har angivet eller godtgjort præcise tilsidesættelser af forpligtelsen til udlægning som omhandlet i direktivets artikel 4, stk. 1, har været i stand til at imødegå denne kritik i besvarelsen af åbningsskrivelsen eller den begrundede udtalelse. Denne afvisningsgrund hænger efter min mening sammen med den nøjagtige fortolkning af direktivets artikel 4, stk. 1. Den vedrører det egentlige indhold af Kommissionens klagepunkter og bør derfor behandles i forbindelse med realiteten.

7 — Dom af 2.7.1996, sag C-473/93, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3207, præmis 19.

c) *Nye retlige anbringender*

15. Sagsøgte har for det tredje gjort gældende, at Kommissionens klagepunkter om, at de som SBO udlagte områder havde et utilstrækkelig samlet areal og en utilstrækkelig kvalitet, samt at visse særlige klagepunkter vedrørende den frisiske kyst ved IJsselmeer og Hooge Platen vest for Schelde for første gang blev fremført i stævningen, og at sagsøgte derfor ikke under den administrative procedure har kunnet tage stilling hertil.

16. Kommissionen har i åbningsskrivelsen udtrykkeligt anført, at Kongeriget Nederlandene er forpligtet til at sørge for, at antallet og udstrækningen af de områder, der er udlagt i medlemsstaterne, er i overensstemmelse med direktivets artikel 4, og har nævnt to eksempler på områder (Markermeergebied og Deurnese Peel), som efter dens opfattelse burde udlægges. Disse bemærkninger blev alle gentaget i den begrundede udtalelse. Efter min mening kan sagen antages til realitetsbehandling, for så vidt som det dermed gøres gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af de forpligtelser, der påhviler Kongeriget Nederlandene i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1, nemlig undladelsen af at udlægge et tilstrækkelig samlet areal som SBO. Når henses til, at klagepunktet i stævningen er generelt formuleret, idet Domstolen anmodes om at fastslå, at der foreligger en tilsidesættelse af direktivet samt af traktatens artikel 5 og 189, blot fordi Kongeriget Nederlandene ikke har udlagt tilstrækkelig mange SBO, kan jeg erklære mig enig med Kommissionen i, at omtalen af den frisiske kyst ved IJseelmeer og Hooge Platen kun har karakter af eksempler, der skal bevise den påståede overtrædelse, og at det ikke er Domstolens opgave at fremsætte

udtalelser specielt vedrørende hver enkelt af disse områder.

17. Men med disse klagepunkter skal de, i det omfang de vedrører den finansiering som Kongeriget Nederlandene modtog til disse to områder i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 1872/84 af 28. juni 1984 om fællesskabsaktioner på miljøområdet [8] afvises fra behandling i realiteten, for ingen af disse to områder blev nævnt i åbningsskrivelsen eller i den begrundede udtalelse [9].

d) *Relevansen af en ornitologisk undersøgelse, der blev offentliggjort efter fremsættelsen af den begrundede udtalelse*

18. Sagsøgtes afvisningspåstand støttes endelig på et anbringende vedrørende den betydning, Kommissionen tillægger en undersøgelse, gennemført af Det Internationale Fuglebeskyttelsesråd, der opregner de vigtigere fugleområder i Nederlandene, og som blev offentliggjort i december 1994 (herefter »IBA94-dokumentet«), dvs. henved halvandet år efter at den begrundede udtalelse var blevet tilstillet den sagsøgte stat. Denne gør gældende, at Kommissionen ikke, når den ikke har kunnet fremsætte bemærkninger til denne fortegnelse under den administrative procedure, bør kunne påberåbe sig dette dokument til støtte for påstanden om, at der foreligger en tilsidesættelse af direktivet.

19. Kommissionen gør gældende, at den baserer sine synspunkter på den tidligere undersøgelse fra 1989 (herefter »IBA89-dokumentet«), og at det var unødvendigt for den at nævne IBA94-dokumentet. Det må efter Kommissionens opfattelse overraske, at Kongeriget Nederlandene kan have indvendinger mod, at den nævner hele det til rådighed stående videnskabelige bevismateriale, og navnlig den nyeste kilde, hvis videnskabelige værdi ikke er omtvistet i sagen.

20. Ifølge Domstolens faste praksis må »spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, uden at ændringer af forholdene i tiden derefter kan tages i betragtning af Domstolen« [10]. Nævnte frist udløb to måneder efter, at den begrundede udtalelse var blevet forkyndt for den nederlandske regering, dvs. den 14. august 1993. IBA94-dokumentet kan efter min mening anerkendes som bevis for, at der foreligger en overtrædelse af direktivet som påstået, for så vidt som dokumentet vedrører forholdene i Nederlandene før denne dato. Men Kommissionen har ikke forsøgt at vise, at dette dokument eller dele heraf vedrører tidsrummet før denne dato. Jeg mener derfor, at Kommissionen ikke kan benytte IBA94-dokumentet som bevis for, at der foreligger en overtrædelse som påstået, idet dokumentet vedrører forholdene i

8 — EFT L 176, s. 1.

9 — Det af Kommissionen anførte synes i al fald nok så meget at vedrøre en manglende overensstemmelse med Kommissionens beslutning af 27.5.1987 som en tilsidesættelse af direktivet.

10 — Jf. eksempelvis dom af 12.12.1996, sag C-302/95, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6765, præmis 13.

Nederlandene i et tidsrum, der ligger efter det tidsrum, der i den begrundede udtalelse blev givet sagsøgte til at efterkomme direktivet.

21. Kommissionen har desuden gjort gældende, at de SBO, som Kongeriget Nederlandene har udlagt, ikke opfylder de kvalitetskriterier, der er fastsat i direktivet. Den gør navnlig gældende, at inddragelsen af ferskvandssøerne og -marskerne samt hedestrækninger i disse områder er utilstrækkelig. Kommissionens eneste bevis for dette klagepunkt er hentet i IBA94-dokumentet, og dette skal derfor afvises.

V — Realiteten

a) *Parternes argumentation*

22. Kommissionens klagepunkter er generelt formuleret, idet de går ud på, at Kongeriget Nederlandene ikke i tilstrækkeligt omfang har opfyldt sin forpligtelse i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1. Den gør gældende, at der i denne bestemmelse stilles krav til medlemsstaterne om at udpege tilstrækkelig mange SBO for at sikre, at alle de fuglearter, der er nævnt i bilag I til direktivet, kan være tilstrækkelig beskyttet. Den omstændighed, at bestandene af nogle af disse arter er gået ned i en bestemt medlemsstat, skaber en formodning om, at denne forpligtelse ikke er blevet korrekt opfyldt. Kommissionen har navnlig bygget sit synspunkt på to forhold, som begge er blevet gendrevet af sagsøgte, der på dette punkt støttes af Forbundsrepublikken Tyskland.

i) SBO's antal og samlede areal

23. IBA89-dokumentet angiver 70 områder i Nederlandene med et areal på 797 920 ha, der kan udlægges på grundlag af ornitologiske kriterier. IBA94-dokumentet, der er en ajourført udgave af IBA89-dokumentet, og som er udarbejdet af en række nederlandske organisationer og offentliggjort i december 1994 angiver 87 områder med et areal på 1 089 357 ha, der kan udlægges til SBO. En fortegnelse, som det nederlandske Landbrugs- og Fiskeriministerium har udarbejdet i 1991, men hvis pålidelighed Kommissionen bestrider, angav 53 egnede områder med et areal på 398 180 ha.

24. Ifølge Kommissionen har Kongeriget Nederlandene udlagt 23 SBO med et samlet areal på 327 602 ha. Dette er efter dens opfattelse kvantitativt klart mindre end nødvendigt efter direktivets artikel 4, stk. 1. De 23 udlagte SBO omfatter 33 af de i IBA89-dokumentet nævnte områder, dvs. under halvdelen af de 70 nævnte områder, mens det udlagte areal også udgør langt under halvdelen af det areal, der nævnes i IBA89-dokumentet. Desuden omfatter et enkelt SBO, nemlig Waddenzee, alene ca. 250 000 ha, således at de øvrige SBO kun er på 77 602 ha, hvad der er utilstrækkeligt til at sikre den fornødne beskyttelse af et stort antal arter, der er nævnt i bilag I. Kongeriget

Nederlandenes pligtforsømmelse på dette punkt er endnu mere iøjefaldende efter en bedømmelse på grundlag af IBA94-dokumentet; kun 35 af de 87 områder, der kan udlægges, dvs. under en tredjedel af det samlede areal, der kan komme i betragtning, er faktisk blevet udlagt.

25. Kongeriget Nederlandene har principielt gjort gældende, at der ikke i direktivets artikel 4, stk. 1, stilles krav om udlægning af et bestemt antal SBO eller et bestemt samlet areal. Det har anført, at udlægningen som SBO kun er en af de foranstaltninger, hvormed en medlemsstat kan opfylde sin forpligtelse i medfør af direktivets artikel 4, stk. 1. Der kan kun foreligge en tilsidesættelse af denne bestemmelse, såfremt en medlemsstat ikke har truffet beskyttelsesforanstaltninger. Det afgørende er de foranstaltninger, der under ét er truffet for et bestemt område. Sagsøgte har opregnet forskellige andre i denne forbindelse relevante beskyttelsesforanstaltninger som f.eks. naturfredningsloven (Wet houdende voorziening in het belang van de natuurbescherming fra 1967) [11], overdragelse af områder til naturfredningsorganisationer, naturbeskyttelsesaftaler indgået med landbrugsbedrifter, udlægning af vandzoner i henhold til konventionen om vandzoner af international betydning (»Ramsar-konventionen«) [12] samt Nederlandenes fuglebeskyttelsesprogrammer.

26. Kongeriget Nederlandene har fastslået, at 40% af det samlede areal af de områder og 40 af de 87 lokaliteter (46%), der er nævnt i IBA94-dokumentet, er omfattet af naturfredningsforanstaltninger. Kommissionen har desuden ved kun at nævne to særlige lokaliteter, som burde have været fredet, ikke godtgjort, at Kongeriget Nederlandene har overskredet grænserne for det skøn, det ifølge direktivet har, ved valget af »de bedste egne [områder]«. Domstolen har anerkendt, at medlemsstaterne bedre end Kommissionen kan afgøre, hvilke af de i bilag I nævnte arter der lever på deres område. Kommissionen har heller ikke bestridt rigtigheden af de kriterier for udvælgelse af SBO, som Kongeriget Nederlandene har anvendt. Den omstændighed, at de tre nævnte lister ikke er sammenfaldende, viser, at anvendelsen af sådanne kriterier kan give forskellige resultater, og at disse kan ændre sig i tidens løb. Sagsøgte har støttet af Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at den af Kommissionen påberåbte regel om, at medlemsstaterne i al fald skal udlægge halvdelen af de lokaliteter på deres territorium, som er egnede, ikke findes i direktivet.

27. Kommissionen har på sin side anført, at der ifølge artikel 4, stk. 1, består en særlig forpligtelse til at udlægge SBO, som ikke kan opfyldes ved, at der træffes andre foranstaltninger. Den gør desuden gældende, at Kongeriget Nederlandene ikke har godtgjort, at de foranstaltninger, den har påberåbt sig, giver de pågældende fuglearter en tilstrækkelig grad af beskyttelse.

11 — Stbl. 572, 1967.

12 — *United Nations Treaties Series* volume 996, s. 245; jf. endvidere Kommissionens henstilling 75/66/EØF af 20.12.1974 til medlemsstaterne om beskyttelse af fugle og deres levesteder (EFT 1975 L 21, s. 24).

ii) Faldet i bestandene

28. Kommissionen anser utilstrækkeligheden af de beskyttelsesnormer, som Kongeriget Nederlandene har vedtaget, for bevist derved, at bestandene af ni truede fuglearter er faldet med 50% i perioden 1981-1990, mens det drejer sig om arter, der normalt er til stede i de i IBA94-dokumentet nævnte områder, der imidlertid ikke er beskyttet som SBO. Den har dog udtrykkelig anerkendt, at et fald i bestandene ikke i sig selv tillader en slutning om, at en medlemsstat har undladt at opfylde sine forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 1, navnlig for så vidt angår overvintrende arter, men gør gældende, at denne slutning er helt på sin plads for så vidt angår standfuglearter som f.eks. urfugl (»Tetrao tetrix«) og rørdrum (»Botauris stellaris«). Kommissionen har henvist til sagen om »Marismas de Santoña«, der efter dens opfattelse viser, at forpligtelsen til at beskytte de truede arter består, også uden at der har været tale om nogen nedgang i bestandene [13].

29. Sagsøgte har gjort gældende, at fuglebestandene efter deres art må variere, og har nævnt otte arter med bestande, der er steget væsentligt og en art, nemlig sølvhejre (»Egretta alba«), der er blevet iagttaget i Nederlandene for første gang. Sagsøgte har desuden anført, at fire af de af Kommissionen nævnte arter overvintrer i marskområderne i Sahel i Afrika, og at faldet i bestandene muligvis skyldes de dér herskende forhold; bestandene af alle de nævnte arter er gået ned i de fleste europæiske lande, og denne nedgang kan ikke blot tilregnes Kongeriget Nederlandene. Under alle omstændigheder giver udlægningen til SBO ingen sikkerhed for, at bestandene ikke går ned, hvilket fremgår af situationen for rørdrum. For selv om mere end 10% af bestandene af disse fugle i Nederlandene allerede findes i SBO, er den samlede bestand af denne fugl gået væsentligt tilbage i den omhandlede periode. Bestandene af fem af de nævnte arter, herunder urfugl, har stabiliseret sig i de sidste år.

b) *Analyse*

i) Fortolkningen af direktivets artikel 4, stk. 1

30. Det må først afgøres, hvad der er den rigtige fortolkning af direktivets artikel 4, stk. 1. Ifølge Kongeriget Nederlandene er udlægningen som SBO en vigtig beskyttelsesforanstaltning, men den er ikke efter nævnte bestemmelse en obligatorisk foranstaltning; en medlemsstat kan kun kritiseres for en tilsidesættelse af artikel 4, stk. 1, såfremt den ikke har truffet særlige beskyttelsesforanstaltninger overhovedet. For at godtgøre, at en medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet, er det ikke tilstrækkeligt blot at fastslå, at den har udlagt under halvdelen af de nødvendige

13 — Dom af 2.8.1993, sag C-355/90, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4221, præmis 15.

områder og arealer. Det Forenede Kongerige har redegjort for forskellige andre beskyttelsesforanstaltninger, som den har truffet, og gør gældende, at disse foranstaltninger udgør en gennemførelse af direktivet.

31. Kommissionen går ind for en stik modsat fortolkning af artikel 4, stk. 1. Ifølge den skaber denne bestemmelse en særlig forpligtelse til at udlægge et tilstrækkelig stort antal SBO med et tilstrækkeligt samlet areal med henblik på at sørge for, at de i bilag I nævnte arter kan overleve og yngle i deres udbredelsesområder. Det er dens opfattelse, at den bedst mulige måde at opfylde denne forpligtelse på er, at hver medlemsstat udlægger alle de områder, der er nævnt i IBA89- og IBA94-dokumentet, men anerkender samtidig, at de forpligtelser, der pålægges ved direktivet, ikke er så vidtgående, og at medlemsstaterne råder over et vist skøn i denne forbindelse. Men den omstændighed, at en stat ikke har udlagt i al fald halvdelen af de områder og det areal, der er nævnt i fortegnelsen over vigtige fugleområder, udgør efter dens opfattelse klart en overtrædelse af artikel 4, stk. 1.

32. Kongeriget Nederlandenes temmeligt yderliggående synspunkt kan efter min mening hverken begrundes med direktivets ordlyd eller formål og støttes heller ikke af den i den forbindelse relevante retspraksis. »Beskyttelse, opretholdelse og genskabelse af biotoper og levesteder«, herunder oprettelsen af beskyttede områder, er en forpligtelse, der gælder samtlige af direktivet omfattede fuglearter, jf. direktivets artikel 3, stk. 2, litra a). I artikel 4, stk. 1, stilles der krav om, at medlemsstaterne »udlægger som særligt beskyttede områder navnlig sådanne områder, som med hensyn til antal og udstrækning er bedst egnede til beskyttelse [af de i bilag I nævnte arter]«. Jeg mener, at ordet »navnlig« viser, at denne sætning skal forstås på den måde, at medlemsstaterne for at sikre, at de truede arter kan overleve og være beskyttet, i al fald er forpligtet til at udlægge de bedst egnede områder som SBO. For fuldt ud at opfylde den mere almindelige forpligtelse ifølge artikel 4, stk. 1, første afsnit, kan de være forpligtet til at udlægge andre områder som SBO og/eller træffe andre særlige beskyttelsesforanstaltninger. Det, der her har betydning, er, at der påhviler medlemsstaterne en særlig forpligtelse til at udlægge *de bedst egnede områder* som SBO.

33. Såfremt Kongeriget Nederlandenes forståelse af, hvilke forpligtelser det har, logisk blev ført helt igennem, kunne en medlemsstat komme fri af forpligtelsen til at udlægge områder som SBO, såfremt andre særlige beskyttelsesforanstaltninger efter dens opfattelse var tilstrækkelige til at sikre, at de truede arter kan overleve og yngle. Medlemsstaterne kunne således frigøre sig fra deres forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 1, til at træffe egnede foranstaltninger med henblik på at undgå forringelse af levestederne eller forstyrrelse af fuglene i de beskyttede områder. Denne opfattelse ville også gøre artikel 4, stk. 3, meningsløs, eftersom der ikke ville blive tale om særligt beskyttede områder, der kunne udgøre »et samlet hele«.

34. Kongeriget Nederlandenes fortolkning stemmer efter min mening heller ikke overens med Domstolens praksis. I Marismas de Santoña-sagen ville Kongeriget Spanien gøre gældende, at den (delvise) udlægning af det pågældende areal som naturreservater udgjorde en tilstrækkelig opfyldelse af dets forpligtelser i henhold til artikel 4, stk. 1, og at det i al fald havde udlagt et tilstrækkelig stort antal andre SBO på sit område med et større areal end det, der var tale om i alle andre medlemsstater [14]. Domstolen udtalte i denne sag, at »udlæggelsen af disse områder [SBO] er ikke desto mindre underkastet visse ornitologiske kriterier, der er fastlagt i direktivet, nemlig på den ene side, at der skal forefindes fugle, som er anført i bilag I, og på den anden side, at levestedet skal have status som vådområde« [15], og angav dermed klart, at der med artikel 4, stk. 1, skabes en selvstændig forpligtelse til at udlægge SBO, og angav samtidig de forhold, hvorunder forpligtelsen hertil opstår. I samme dom udtalte Domstolen mere generelt, at »direktivets artikel 3 og 4 forpligter medlemsstaterne til at beskytte, opretholde og genskabe levestederne som sådanne på grund af deres økologiske værdi« [16], hvilket viser, hvilken central placering beskyttelsen af levestederne har i direktivets system.

35. Den af Kongeriget Nederlandene forfægtede fortolkning af artikel 4, stk. 1, tager heller ikke højde for, at forpligtelsen til at udlægge beskyttede områder for de i bilag I omhandlede arter har en særlig karakter, og synes i så henseende at gå ud på, at de skal være omfattet af den ordning, der også gælder for andre vilde fuglearter (herunder trækfugle) i henhold til artikel 3. Denne opfattelse forkastede Domstolen udtrykkeligt i RSPB-dommen, hvori det udtales, »at ... artikel 4 indeholder bestemmelser om beskyttelse, der har en specielt målrettet karakter og er særligt udbygget såvel for de i bilag I nævnte arter som for trækfuglearterne, hvilket må begrundes med, at der er tale om henholdsvis de mest truede arter og arter, der udgør et fælles eje for Fællesskabet« [17].

36. Af de anførte grunde pålægges der efter min mening ved artikel 4, stk. 1, fjerde afsnit, medlemsstaterne en selvstændig forpligtelse til at udlægge de bedst egnede områder som SBO, og til herved at tage hensyn til de krav til beskyttelse for så vidt angår de i bilag I nævnte arter inden for det område, hvor direktivet finder anvendelse. Denne forpligtelse omfatter efter min mening *alle* »de bedst egnede områder«, dog ikke nødvendigvis alle de lokaliteter, som giver de i bilag I nævnte arter passende leveforhold; Rådet har hverken givet medlemsstaterne en beføjelse til efter et skøn at undlade at udlægge områder, der pr. definition må antages at være blandt de bedst egnede, eller til at fastlægge et mindste antal SBO, der skal udlægges, således som det var blevet foreslået for direktivet om levesteder [18]. Det forekommer mig at være i god overensstemmelse med den særlige karakter, som de ovenfor beskrevne regler for de i bilag I nævnte arter har. Som det fremgår af niende betragtning til direktivet, er der tale om arter, som endog

14 — Den ovenfor i note 13 nævnte dom; jf. generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse, punkt 14 (Sml. I, s. 4249).

15 — A.st., præmis 26.

16 — Præmis 15.

17 — Den ovenfor i note 2 nævnte dom, præmis 23.

18 — Dom af 28.2.1991, sag C-57/89, Kommissionen mod Tyskland, den såkaldte »Leybucht-dige-sag«, Sml. I, s. 883; jf. generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse, punkt 26, note 24, Sml. I, s. 914.

har vanskeligt ved at overleve. Som det vil fremgå af det følgende, er det medlemsstaternes opgave at fastlægge, hvilke områder der med hensyn til antal og udstrækning er bedst egnede, og til herved at benytte ornitologiske kriterier.

37. Kongeriget Nederlandene har videre gjort gældende, at det efter artikel 4, stk. 1, mere er forpligtet til at træffe forskellige enkeltafgørelser om udlægning af områder end til at opfylde en generel forpligtelse. Da Kommissionen ikke for det ene eller det andet specielle område har kunnet godtgøre, at forpligtelsen til at udlægge områder er overtrådt, er traktatbrudspåstanden efter dets opfattelse grundløs.

38. Efter min mening indfører artikel 4, stk. 1, både forpligtelser af generel art og specielle forpligtelser vedrørende bestemte lokaliteter. Navnlig kan kravet om, at de »med hensyn til antal« bedst egnede områder udlægges som SBO kun vurderes under hensyntagen til, i hvilken grad en medlemsstat overholder artikel 4, stk. 1, fjerde afsnit. Formuleringen på engelsk af dette kriterium (»most suitable ... in size«) er en lille smule uklar og stemmer tilsyneladende ikke overens med niende betragtning til direktivet eller med formuleringen på visse andre sprog. På fransk hedder det f.eks. »les plus appropriés ... en superficie«, mens hollandsk, der har »naar ... oppervlakte ... meest geschikte« leder tanken i samme retning [19]. Dette kriterium kan, når det fortolkes som vedrørende arealet, benyttes ved vurderingen af, om artikel 4, stk. 1, overholdes såvel i almindelighed som i særdeleshed. Desuden taler også kravet om, at medlemsstaterne tager hensyn til tendenser og variationer vedrørende bestandens størrelse samt til behovet for at beskytte de i bilag I nævnte arter i hele det område, hvor direktivet finder anvendelse, for det synspunkt, at Kommissionen kan skride ind over for en medlemsstat, både når der er tale om, at forpligtelsen til at udlægge SBO tilsidesættes i almindelighed og i særdeleshed; tendenser vedrørende bestandene eller beskyttelsesbehovet i Europa er relevant for begge slags forpligtelser.

ii) Medlemsstaternes skønsbeføjelser

39. Mange argumenter om en medlemsstats skønsbeføjelser ved valget af SBO er blevet fremført. Ifølge Kongeriget Nederlandene bygger anvendelsen af artikel 4, stk. 1, på en konkret vurdering af, om en givet lokalitet er et af de bedst egnede områder, og de forhold, Domstolen tidligere har taget stilling til, drejer sig alle om, hvorvidt en medlemsstat burde have udlagt et bestemt område som SBO. Det er efter Kongeriget Nederlandene

19 — Formuleringen på dansk (»til ... udstrækning er bedst egnede«), på tysk (»die ... Flächenmäßig geeignetsten Gebiete«), på italiensk (»i ... più idonei ... in superficie«), på græsk (»τα πιο κατάλληλα σε ... επιφάνεια«), på spansk (»los ... más adecuados ... en superficie«), på portugisisk (»os ... mais apropriados ... em extensão«), på finsk (»koolltaan sopivimmat«) og på svensk (»storlek är mest lämpade«) ... vedrører alle »udstrækning« eller anvender et ord, der betyder eller kan betyde »areal« eller »størrelse«.

ikke muligt at påvise, at denne bestemmelse er tilsidesat, medmindre en medlemsstat har tilsidesat grænserne for sit skøn, f.eks. ved ikke at udlægge et område, der har særlig stor ornitologisk betydning til SBO.

40. Forbundsrepublikken Tyskland har i sit interventionsindlæg under henvisning til de skønsbeføjelser, som medlemsstaterne besidder på dette punkt, gjort gældende, at medlemsstaten efter artikel 4, stk. 1, foretager valget af SBO, og at det herved alene er afgørende, at områderne med hensyn til antal og udstrækning er egnede til at beskytte de pågældende arter og sammen med de områder, som de øvrige medlemsstater har udlagt, kan udgøre et samlet hele af beskyttelsesområder. Efter dens opfattelse stilles der ikke i denne bestemmelse krav om, at et specielt antal områder udlægges; derimod forpligter den medlemsstaterne til at påse, at de udlagte SBO er egnede for beskyttelsen af de truede fuglearter.

41. Selv om der ikke i artikel 4, stk. 1, er tale om noget skøn for medlemsstaterne, har Domstolen i Leybucht-dige-sagen udtalt, at medlemsstaterne »har et vist skøn, når de i henhold til artikel 4, stk. 1, skal fastlægge de områder, der er bedst egnede til udlægning som særligt beskyttede områder« [20]. I dommen i sag C-334/89, Kommissionen mod Italien, udtalte Domstolen, at »forvaltningen af det fælles eje er betroet medlemsstaterne ...«, og tilføjede herved:

»Af denne opgavefordeling følger, at det er medlemsstaterne, der skal angive de arter, der skal være omfattet af særlige beskyttelsesforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1. Medlemsstaterne har i øvrigt bedre mulighed end Kommissionen for at være bekendt med, hvilke af de i bilag I til direktivet anførte arter der findes på deres område« [21].

42. Spørgsmålet om, hvilke vilde fuglearter der skal beskyttes på Kongeriget Nederlandenes område, er ikke omtvistet i den foreliggende sag. Som den tyske regering anførte i Leybucht-dige-sagen, indebærer valget af et SBO en meget indviklet afvejning af de mest forskelligartede forhold og stiller krav om en betydelig videnskabelig indsats [22]. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen anerkendt, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at udlægge et særligt SBO for hver af de i bilag I nævnte arter. Nogle af disse har behov for en større beskyttelse end andre, og udlægningen som SBO af en given lokalitet kan medføre, at der gives flere truede arter beskyttelse på en gang. Efter min mening kommer medlemsstaternes skønsbeføjelser på tale, når det gælder vurderingen på grundlag af objektive ornitologiske kriterier af spørgsmålet, om visse områder er velegnet

20 — Den ovenfor i note 18 nævnte dom, præmis 20.

21 — Dom af 17.1.1991, sag C-334/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 93, præmis 8 og 9.

22 — Den ovenfor i note 18 nævnte dom, retsmøderapporten, Sml. I, s. 896, jf. s. 897.

som SBO. Når en lokalitet er blevet anerkendt som en af de bedst egnede med hensyn til beskyttelsen af de omhandlede arter, skal den udlægges som SBO. Det fremgår med al tydelig af RSPB-sagen, hvor den omstændighed, at Lappel Bank indiskutabelt var et af de »bedst egnede områder« gav Domstolen anledning til at fastslå, at Det Forenede Kongerige skulle udlægge det [23].

43. Hvilken udstrækning en medlemsstats skøn ved afgørelsen om udlægning af en bestemt lokalitet end har, er det vanskeligt at se, hvorledes spørgsmålet herom vil kunne være til hjælp for sagsøgte. Kommissionen bestræber sig på at godtgøre, at Kongeriget Nederlandene ikke har udlagt SBO med så stort et areal, at det har opfyldt sine almindelige forpligtelser i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1. Kongeriget Nederlandene har ikke gjort gældende, at det generelt er beføjet til at unddrage sig disse forpligtelser.

44. Kongeriget Nederlandene har også i denne sag på en måde, der ikke hænger sammen, påberåbt sig sine skønsbeføjelser; det gøres på den ene side gældende, at medlemsstaterne bedre end Kommissionen kan fastlægge de lokaliteter, der fortjener at blive beskyttet; på den anden side, at direktivet kun kan iværksættes, såfremt Kommissionen bestemmer de særlige lokaliteter, der skal udlægges, og indleder traktatbrudsprocedure over for medlemsstaterne vedrørende hver enkelt af disse lokaliteter. Som anført af Kommissionen vil den af Kongeriget Nederlandene foreslåede fremgangsmåde ikke blot give anledning til store praktiske vanskeligheder, men den vil også være ensbetydende med, at der blev taget mindre hensyn til medlemsstaternes skønsbeføjelser, end det har været tilfældet i den foreliggende sag.

45. Kongeriget Nederlandene har tilføjet, at medlemsstaterne, når de vedtager særlige beskyttelsesforanstaltninger, er forpligtet til at tilgodese de i artikel 2 omhandlede økonomiske og rekreative hensyn. Det har i nogen grad tonet dette synspunkt ned i replikken efter afsigelsen af Domstolens dom i RSPB-sagen [24], for dernæst at gøre gældende, at rækkevidden af de i artikel 4, stk. 1, lydende forpligtelser må forstås på baggrund af direktivets artikel 1 og 2. Denne opfattelse er i skarp modstrid med punkt 1 i domskonklusionen i nævnte dom, hvori det hedder, at »artikel 4, stk. 1 eller 2 [i direktivet] ... skal fortolkes således, at en medlemsstat ved valget og afgrænsningen af et særligt beskyttet område ikke er beføjet til at tage de økonomiske hensyn, der er nævnt i direktivets artikel 2, i betragtning« [25].

23 — Den ovenfor i note 2 nævnte dom, præmis 26. Jf. endvidere dom af 24.10.1996, sag C-72/95, Kraaijeveld m.fl., Sml. I, s. 5403, hvori Domstolen indtog en lignende holdning til spørgsmålet om medlemsstaternes skønsbeføjelser i henhold til artikel 4, stk. 2, i Rådets direktiv 85/337/EØF af 27.6.1985 om vurderingen af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (EFT L 175, s. 40). Den forelæggende ret, Nederlandse Raad van State, forsøgte at etablere en sammenhæng mellem disse to typer skønsbeføjelser; jf. præmis 44, 49 og 50.

24 — Den ovenfor i note 2 nævnte dom.

25 — Den i note 2 nævnte dom, Sml. I, s. 3856, jf. s. 3856-57.

iii) Bevisværdien af listerne over vigtige ornitologiske områder

46. Der fastlægges i direktivet hverken en fortegnelse over de områder i medlemsstaterne, der er bedst egnede til at udlægges som SBO, eller præcise kriterier for valget af disse områder. I artikel 4, stk. 1, gives dog forskellige retningslinjer, som medlemsstaterne skal følge, når de træffer afgørelse om de områder, der eventuelt må anses for de mest egnede [26]. Som fastslået af Domstolen i RSPB-sagen »er ... [der] ... ganske uanset de bestående forskelle mellem de forskellige sproglige versioner af artikel 4, stk. 1, sidste afsnit ... tale om kriterier af ornitologisk art« [27]. Heraf følger efter min mening, at der også må tages hensyn til kriterier af ornitologisk art, når det skal afgøres, om en medlemsstat har overholdt sin almindelige forpligtelse til at oprette SBO.

47. Kommissionen har med henblik på at godtgøre, at Kongeriget Nederlandene delvis har undladt at opfylde sine forpligtelser i så henseende, navnlig støttet sig på IBA89-dokumentet, selv om den også har omtalt den ændrede og ajourførte fortegnelse i IBA94-dokumentet. IBA89-dokumentet er på sin side en ajourført udgave af en fortegnelse, som efter anmodning fra Kommissionen blev udarbejdet i 1987 af Naturhistorisk Museum i Paris. I IBA89-dokumentet »er der for første gang i hvert europæisk land gennemført en ensartet undersøgelse af de særlige lokaliteter, ligesom der for hele kontinentet er blevet fastlagt et net af lokaliteter, der, såfremt det beskyttes, vil sikre, at mange af de europæiske bestande af et stort antal arter kan overleve« [28]. Noterne til fortegnelsen for Nederlandene, der gengives i bilag 7 til stævningen, fastlægger følgende tre grupper af kriterier for medtagelsen af lokaliteter i IBA89-dokumentet: Talmæssige kriterier, optagelsen på listen af de hundrede vigtigste lokaliteter i Fællesskabet for en sårbar art eller underart, eller det forhold, at der er tale om et af de fem vigtigste områder for en udsat art eller underart i et givet område i Fællesskabet. Fem andre lokaliteter er blevet optaget i fortegnelsen af andre grunde, således Zwin, fordi dette støder op til et vigtigt ornitologisk område i Belgien, eller Krammer og Velkerak, fordi det, »såfremt det indrettes ordentligt kan udgøre centrum i et vigtigt ferskvandsøkosystem«. De syv særlige grupper talmæssige kriterier for ynglesteder, og de fem grupper for andre områder figurerer i en oversigt, der er vedlagt bilag 7 til stævningen; De første omfatter områder, der tilfredsstiller behovene hos 1% eller mere af parrene i en arts eller en underarts biogeografiske bestand [29] og bygger på den spredning, der særligt karakteriserer en art samt dennes foretrukne levesteder, omfattende alle de sædvanlige ynglepladser for sjældne eller truede arter eller særskilte,

26 — Jf. punkt 6 i dette forslag til afgørelse.

27 — Den i note 2 nævnte dom, præmis 26.

28 — Tucker et al.: »Birds in Europe: Their conservation status« (hvorfra Kommissionen har citeret i bilag 7 til stævningen), *BirdLife International*, Cambridge, 1994, s. 20.

29 — Kommissionens sagkyndige har i retsmødet forklaret, at denne sætning gælder særskilte bestande af trækfugle, der tager fra deres ynglesteder til overvintringssteder, hvilket kan omfatte områder, der ligger uden for det territorium, som direktivet finder anvendelse på. Foranstaltninger, hvorved en bestand af denne type beskyttes, har bestemt ikke virkninger for andre lignende bestande.

fåtallige biogeografiske bestande, der er truet (2 500 par eller mindre) samt sædvanlige ynglepladser for større mængder af de i bilag I nævnte tre eller flere fuglearter.

48. Forbundsrepublikken Tyskland har eftertrykkeligt fremhævet, at IBA89- og IBA94-dokumenterne kun indeholder fortegnelser over områder, der på videnskabeligt grundlag potentielt kan tjene til beskyttelse af truede arter; disse fortegnelser er hverken medtaget i direktivet eller retligt bindende. Der har desuden på fællesskabsplan hverken været enighed om de kriterier, som disse fortegnelser bygger på, eller om de fortegnelser, der er blevet resultatet. Den tyske regering har tilføjet, at angivelsen af et minimum på 50% af udlagte områder er vilkårlig og savner videnskabeligt grundlag.

49. Med denne argumentation sammenblandes tilsyneladende den retlige forpligtelse og det fornødne bevis for manglende gennemførelse. Det er ganske vist rigtigt, at IBA89-dokumentet ikke i og for sig binder medlemsstaterne. Gjorde det det, kunne denne sag have været afgjort langt hurtigere. IBA89-dokumentet blev, selv om det var Den Europæiske Gruppe for Beskyttelse af Fugle og Levesteder, der sammen med Det Internationale Råd for Fuglebeskyttelse (i dag »Birdlife«) udarbejdede det, affattet til brug for det kompetente generaldirektorat i Kommissionen i samarbejde med Kommissionen og de nationale sagkyndige. Fortegnelsen skulle i al fald delvis være en hjælp for medlemsstaterne ved direktivets gennemførelse. Med angivelsen af de udsatte arter og underarter, som der skulle tages hensyn til, henholder IBA-dokumentet sig således udtrykkeligt til bilag I til direktivet, som ændret ved Kommissionens direktiv 85/411/EØF af 25. juli 1985 (EFT L 233, s. 33), der tilføjer en række andre arter og underarter, »som bestemt må medtages i bilag I som følge af Spaniens og Portugals tiltrædelse af Fællesskabet«.

50. Heraf følger efter min mening, at IBA89-dokumentet ikke blot udgør et videnskabeligt bevis, hvis nødvendighed den tyske regering tilsyneladende principielt anerkender, men at det udtrykkeligt blev til for at kunne tjene som vejledning i forbindelse med gennemførelsen af direktivet. Det udgør ikke i og for sig et retligt bindende dokument, og man kan heller ikke på grundlag af det fastslå, at der foreligger en forpligtelse i overensstemmelse hermed, men det kan påberåbes som bevis for, i hvilket omfang en medlemsstat opfylder sine forpligtelser såvel i almindelighed som med hensyn til særlige lokaliteter [30]. Når det gælder et enkelt særligt område, kan en medlemsstat frit fremlægge mere avancerede videnskabelige beviser, hvoraf det fremgår, at dette område ikke er et af de »bedst egnede«, når det gælder beskyttelsen af de i bilag I nævnte arter. Den kan også fremkomme med oplysninger, der går ud på det modsatte og viser, at det samlede antal SBO og disses areal, som de fremgår af IBA89-dokumentet eller andre tilsvarende fortegnelser, som Kommissionen har påberåbt sig, er forkert.

30 — Kommissionen har i retsmødet anført, at den støttede sig på IBA89-dokumentet i Maris de Santoña-sagen, men dette fremgår ikke af retsmøderapporten.

51. I det foreliggende tilfælde har Kongeriget Nederlandene ikke direkte bestridt IBA89-dokumentets videnskabelige værdi, undtagen for så vidt angår spørgsmålet om fastlæggelsen af det mindste areal, et SBO må have for at kunne fungere. Det har i svarskriftet henvist til, at IBA89-dokumentet giver visse holdepunkter for fastlæggelsen af et biotop, der ikke fandtes i den tidligere fortegnelse. Det gør faktisk gældende, at den af Nederlandenes Landbrugs- og Fiskeriministerium i 1991 udarbejdede fortegnelse byggede på de tre samme kriterier som dem, der ligger til grund for IBA89- og IBA94-dokumenterne. Kongeriget Nederlandene gør alligevel gældende, at anvendelsen af disse kriterier ikke giver klare resultater, og har herved dels henvist til forskellene mellem IBA89-dokumentet og IBA94-dokumentet, dels til forskellen mellem IBA-fortegnelserne og den fortegnelse, Landbrugsministeriet udgav i 1991. Det gør gældende, at forskellen mellem den fortegnelse over områder, der skal udlægges i henhold til IBA-fortegnelserne, og de områder, der faktisk er blevet udlagt, kan forklares med beskaffenheden af de ornitologiske oplysninger. Det gør også gældende, at uoverensstemmelsen for så vidt angår antallet af SBO er en følge af forskelle i afgrænsningen og grupperingen af områder, mens den arealmæssige forskel skyldes manglen på egnede kriterier, når det gælder grænserne for de områder, der skal udlægges.

52. Kongeriget Nederlandene har ikke i førstnævnte henseende kunnet godtgøre, hvorfor en national fortegnelse over områder, der skulle fastlægges, som var udarbejdet, efter at den administrative procedure i nærværende sag var indledt, skulle være mere pålidelig end en fortegnelse, der er udarbejdet af sagkyndige fra forskellige medlemsstater, herunder Kongeriget Nederlandene, før nævnte tidspunkt. Navnlig er efter min mening definitionen af det første af de tre kriterier i den udformning, det har i Kongeriget Nederlandenes svarskrift, og hvormed der kun bliver tale om normal tilstedeværelse i området af mindst 1% af den biogeografiske bestand af en art svømme- eller vadefugle, langt mindre omfattende og detaljeret end den fortegnelse over grupper af talmæssige kriterier, som IBA89-dokumentet bygger på (oversigt 1 i bilag 7 til Kommissionens stævning). Hvad enten anvendelsen af dette talmæssige kriterium i Kongeriget Nederlandenes indlæg alene på vade- og svømmefugle skyldes uopmærksomhed eller ej, må tilsyneladende de store forskelle mellem de talmæssige kriterier, der ligger til grund for IBA89-dokumentet, og de kriterier, der er benyttet i den nederlandske fortegnelse fra 1991, i og for sig tilstrækkeligt kunne forklare de forskelle mellem fortegnelserne, der bliver følgen.

53. Mens Kongeriget Nederlandene ikke har kunnet føre beviset for, at dets egen fortegnelse objektivt er den bedste, har Kommissionen bestridt denne fortegnelses videnskabelige gyldighed. Kommissionen har i et bilag til replikken givet en oversigt, der (teoretisk) sammenligner resultaterne af anvendelsen af de tre kriterier, som den nederlandske fortegnelse bygger på, og den virkelige udlægning af SBO for så vidt angår 26 i bilag I nævnte arter, der findes i Nederlandene. Det resultat, Kongeriget Nederlandene er nået til, svarer i intet tilfælde faktisk til det tal, som anvendelsen af dets kriterier skulle give, og i de fleste tilfælde er forskellen meget stor [31]. Kongeriget Nederlandene har ikke givet nogen forklaring på den manglende overensstemmelse mellem de to talrækker.

31 — Kommissionen har ikke oplyst, hvorfra tallene for bestandene stammer. Imidlertid påberåbes oversigten ikke specielt med henblik på at godtgøre, at Kongeriget Nederlandene tilsidesætter artikel 4, stk. 1, men derimod for at anfægte relevansen af Nederlandenes i 1991 udarbejdede fortegnelse.

54. Den nederlandske fortegnelse fra 1991 omfatter 53 lokaliteter, der ifølge Kommissionen [32] svarer til alle eller dele af 57 af de 70 lokaliteter, der er angivet i IBA89-dokumentet, selv om deres areal kun er ca. det halve af det samlede areal for de områder, der i dette dokument angives som de bedst egnede. Selv om det skulle kunne godtgøres, at denne nationale fortegnelse omfatter de bedst egnede områder, har sagsøgte ikke gjort noget forsøg på at bevise, at de blev udlagt som SBO, formentlig i høj grad fordi det afvises, at der består en forpligtelse hertil.

55. Kongeriget Nederlandene har også forsøgt at henholde sig til forskellene mellem IBA89-dokumentet og IBA94-dokumentet for herigennem at bevise, at anvendelsen af ornitologiske kriterier fører til usikre resultater. Dette synspunkt er blevet stærkt kritiseret af Kommissionen. Syv af de tolv lokaliteter i den anden fortegnelse, der ikke fandtes i IBA89-dokumentet, er blevet medtaget som følge af optagelsen i direktivets bilag I af andre arter, mens de fem øvrige følger af forskellige objektive forhold, såsom en forskellig opdeling eller samling af områder, forøget viden eller en udvikling i fuglebestandene i Nederlandene. Kommissionens redegørelse på dette punkt må siges at være overbevisende; desuden har Kongeriget Nederlandene selv fremhævet, at fuglearternes situation hele tiden er i udvikling.

56. Det hedder i en besvarelse fra Kommissionen af et spørgsmål fra et medlem af Europa-Parlamentet, at »Kommissionen har i samarbejde med medlemsstaterne udformet en metode, ved hjælp af hvilken det objektivt kan afgøres, i hvor høj grad de forskellige fuglearter i Fællesskabet risikerer at forsvinde, og for de enkelte bestande fastlægges, hvor mange fugle der bør findes på et særligt beskyttet område i hver region« [33]. Kommissionens befuldmægtigede har som svar på et spørgsmål, der blev stillet i retsmødet, forklaret, at selv om sårbarheden var en af de faktorer, som der skulle tages hensyn til ved vurderingen af den for hver art nødvendige beskyttelsesgrad, var denne faktor uden betydning for afgørelsen af, hvilke lokaliteter der skulle udlægges som SBO. Desuden gælder forpligtelserne ifølge artikel 4, stk. 1, for alle de i bilag I nævnte fugle, herunder de fugle, hvis sårbarhed er mindre.

57. Sidste del af Kommissionens besvarelse af spørgsmålet fra medlemmet af Europa-Parlamentet vedrører spørgsmålet, om det er muligt at angive, hvilken mængde fugle af en given art der bør forekomme i et SBO på en medlemsstats område. Kommissionen har i bilaget til replikken, hvorfra jeg har citeret ovenfor, givet en oversigt, der viser de relative mængder i Nederlandene af alle de i bilag I nævnte arter på de fem bedst egnede lokaliteter, samt mængderne af disse arter i SBO. Tallene er meget oplysende: Således forekommer seks arter, af hvilke bestandene på de fem bedste lokaliteter udgør mellem 19 og 100% ikke (0%) i SBO. Men selv om den omstændighed, at en medlemsstat ikke kan få

32 — Sammendraget af bilag 9 til stævningen.

33 — Skriftlig forespørgsel nr. 131/93 fra Florus Wijsenbeek (EFT 1993 C 258, s. 7).

en tilstrækkelig relativ mængde af fugle omfattet af bilag I på SBO på sit område, kan være et kvantitativt håndterligt bevis for, i hvor høj grad den har lagt en af de i artikel 4, stk. 1, angivne faktorer til grund, er jeg, når det modsatte overhovedet ikke er blevet bevist, indstillet på at anerkende, at det ikke alene på grundlag heraf er muligt globalt at afgøre, om forpligtelsen til at udlægge SBO i overensstemmelse med denne bestemmelse er opfyldt.

iv) En eventuel tilsidesættelse af artikel 4, stk. 1

58. Dengang Kommissionen anlagde sag, havde Kongeriget Nederlandene udlagt 23 SBO med et samlet areal på 327 602 ha. Da IBA89-dokumentet opregner 70 lokaliteter med et areal på 797 920 ha, er det efter Kommissionens opfattelse klart, at Kongeriget Nederlandene ikke har opfyldt sin forpligtelse ifølge artikel 4, stk. 1, til at udlægge SBO.

59. I sit forsøg på at bevise, at denne faktiske situation udgør en klar tilsidesættelse af de forpligtelser, der ved direktivet er pålagt Kongeriget Nederlandene, har Kommissionen gentagne gange benyttet sig af størrelsen: halvdelen talmæssigt og arealmæssigt af områderne. Kongeriget Nederlandene og Forbundsrepublikken Tyskland har fremhævet, at denne størrelse ikke forekommer i direktivet, og at den er vilkårlig og uden videnskabelig værdi. Dette synspunkt er imidlertid helt irrelevant. IBA-opgørelserne benyttes som tidligere nævnt af Kommissionen som et videnskabeligt bevis for, hvad der må anses for »de bedst egnede områder«, når det gælder udlægning som SBO i Nederlandene. Kongeriget Nederlandene har ikke virkelig bestridt deres bevisværdi. Den omstændighed, at ikke engang 50% af de foreslåede områder er blevet udlagt, kan danne grundlag for en slutning om, at Kongeriget Nederlandene har undladt at opfylde sin almindelige forpligtelse til udlægning, og Kommissionens henvisning til denne størrelse må opfattes mere som et middel for fremstillingen end som en definition af den forpligtelse, der følger af direktivets artikel 4, stk. 1.

60. Som tidligere nævnt er medlemsstaterne i henhold til artikel 4, stk. 1, fjerde afsnit, forpligtet til at udlægge *alle* de bedst egnede områder, således som disse er fastlagt på grundlag af videnskabelige, objektive og pålidelige kriterier. I en sag som den her foreliggende er det Kommissionens opgave at angive det samlede antal og det samlede areal af de SBO, som en medlemsstat skal udlægge i overensstemmelse med disse kriterier, samt at sammenligne dem med antallet og arealet af de SBO, som den faktisk har udlagt. Den pågældende medlemsstat kan ganske vist gøre gældende, at der ikke er nogen som helst forskel mellem de to talmæssige opgørelser, der herved fremkommer. Såfremt Domstolen finder forskellen bevist, er der tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at de forpligtelser, som ved direktivet er pålagt sagsøgte, er tilsidesat. Kommissionen har med sin konstatering på grundlag af de fremlagte beviser af, at Kongeriget Nederlandene ikke har udlagt tilstrækkeligt mange og tilstrækkeligt udstrakte områder til SBO fulgt et normalt juridisk ræsonnement og støtter sig ikke på formodninger af nogen art.

61. Kongeriget Nederlandene har i retsmødet gjort gældende, at Kommissionen i høj grad gjorde det vanskeligt for den at finde ud af, hvad den helt præcist burde gøre for at opfylde sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 4, stk. 1, mens Forbundsrepublikken Tyskland har stillet sig spørgende med hensyn til, hvorledes Domstolen ville afgøre en eventuel ny sag mod Kongeriget Nederlandene på grundlag af traktatens artikel 171. Efter min mening fremgår det klart af gennemgangen af de relevante bestemmelser, jeg her har givet, at de vanskeligheder, Kongeriget Nederlandene har været ude for i forbindelse med opfyldelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 4, stk. 1, først og fremmest følger af dets fejlagtige fortolkning af disse forpligtelser, og at det råder over tilstrækkelig mange og tilstrækkeligt pålidelige ornitologiske oplysninger til at kunne træffe de foranstaltninger, som det er forpligtet til for korrekt at anvende denne bestemmelse. Jeg finder det hverken nødvendigt eller ønskeligt i detaljer at behandle argumenter, der har deres baggrund i et hypotetisk søgsmål. Da Kommissionen ønsker at opnå en konstatering med almindelig rækkevidde, vil efter min mening en sådan konstatering, såfremt den fremsættes, ikke kunne påberåbes til støtte for en påstand om, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sin forpligtelse til at udlægge et bestemt område; konstateringen kan således ikke alene danne grundlag for en sag i henhold til artikel 171 vedrørende et sådant område. Under alle omstændigheder havde det af Forbundsrepublikken Tyskland fremførte først og fremmest til formål at bestride det 50%'s kriterium for udlagte områder, som jeg tidligere har været inde på.

62. Domstolen må således efter min mening tage Kommissionens påstande til følge. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Nederlandene tilpligtes at afholde sagens omkostninger. Da de spørgsmål i sagen, med hensyn til hvilke jeg foreslår Domstolen at lægge Kongeriget Nederlandenes argumenter til grund, har mindre betydning og ikke berører sagens realitet, skal Domstolen derfor også tage Kommissionens påstand vedrørende sagens omkostninger til følge.

VI — Forslag til afgørelse

På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i henhold til EF-traktaten, idet det ikke i tilstrækkeligt omfang har udlagt særligt beskyttede områder i overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/409/EØF af 2. april 1979 om beskyttelse af vilde fugle.

2) Kongeriget Nederlandene betaler sagens omkostninger.