KOMMISSIONEN MOT NEDERLÄNDERNA

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 9 oktober 1997 *

Innehåll

I — Inledning ..... I - 3034

II — Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser ..... I - 3034

III — Det administrativa förfarandet ..... I - 3036

IV — Upptagande till sakprövning ..... I - 3037

a) Underlåtenhet att beakta Nederländernas svar på det motiverade yttrandet .... I - 3037

b) Den i artikel 4.1 i direktivet föreskrivna skyldighetens beskaffenhet ..... I - 3038

c) Nya grunder ..... I - 3038

d) Relevansen av en ornitologisk rapport som sammanställts efter det att det motiverade yttrandet utsändes ..... I - 3039

V — I sak ..... I - 3040

a) Parternas argument ..... I - 3040

i) Antal SSO och deras till yta totala omfattning ..... I - 3040

ii) Minskande fågelpopulationer ..... I - 3042

b) Bedömning ..... I - 3042

i) Tolkning av artikel 4.1 i direktivet ..... I - 3042

ii) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning ..... I - 3045

iii) Bevisvärdet av förteckningarna över fågelområden av betydelse ..... I - 3048

iv) Åsidosättande av artikel 4.1 ..... I - 3052

VI — Förslag till avgörande ..... I - 3053

* Originalspråk: engelska.

I — Inledning

1. I detta mål om fördragsbrott enligt artikel 169 i EG-fördraget har kommissionen yrkat att domstolen skall fastställa att Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter, enligt artikel 4.1 i rådets direktiv 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar [1], att avsätta särskilda skyddsområden (nedan kallade SSO) för hotade arter av vilda fåglar. Nederländerna har yrkat att talan skall avvisas och att kommissionens yrkanden skall ogillas.

II — Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

2. Domstolen är väl bekant med den allmänna systematiken och syftena med direktivet [2], och jag skall nedan endast återge de bestämmelser som är av direkt relevans för förevarande mål.

3. Efter en beskrivning av bakgrunden till antagandet av direktivet och dess tillämpningsområde i allmänhet anges i ingressen till direktivet att "[f]ör att bevara samtliga fågelarter är det helt nödvändigt att skydda, upprätthålla och återställa tillräckligt varierande och stora livsmiljöer för fåglar. Vissa fågelarter bör skyddas genom att särskilda åtgärder avseende deras livsmiljöer vidtas för att säkerställa deras överlevnad och fortplantning inom det område där de förekommer. Sådana åtgärder måste också ... samordnas i syfte att åstadkomma en sammanhängande helhet" (nionde övervägandet).

4. Artikel 1 kompletteras av artikel 2, som har följande lydelse:

"Medlemsstaterna skall, med beaktande även av ekonomiska krav och rekreationsbehov, vidta de åtgärder som är nödvändiga för att bibehålla populationen av de arter som avses i artikel 1 på en nivå som svarar särskilt mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov, eller för att återupprätta populationen av dessa arter till denna nivå."

5. De väsentliga bestämmelserna i detta mål är artiklarna 3 och 4. Medlemsstaterna är enligt artikel 3.1 skyldiga att "vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda, bevara och återställa tillräckligt varierande och stora livsmiljöer för samtliga de fågelarter som avses i artikel 1". Denna skyldighet skall uppfyllas "[m]ot bakgrund av kravet i artikel 2". I artikel 3.2 preciseras de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå målen i den

1 — EGT L 103, 1979, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 2, s. 161, nedan kallat direktivet.

2 — En mer detaljerad framställning återfinns i punkt 11—23 i mitt förslag till avgörande i mål C-44/95, Royal Society for the Protection of Birds, nedan kallat RSPB, REG 1996, s. I-3805.

föregående punkten, inklusive "att avsätta skyddade områden" och "att i enlighet med livsmiljöernas ekologiska behov vidta underhålls- och skötselåtgärder inom och utanför de skyddade områdena".

d) andra arter som kräver speciell uppmärksamhet på grund av den särskilda karaktären hos deras livsmiljö.

Vid utvärdering skall hänsyn tas till tendenser och variationer i populationsnivåerna.

6. Artikel 4, som är den centrala bestämmelsen i förevarande mål, förtjänar att återges i sin helhet:

"1. För de arter som anges i bilaga 1 skall särskilda åtgärder för bevarande av deras livsmiljö vidtas för att säkerställa deras överlevnad och fortplantning inom det område där de förekommer.

Medlemsstaterna skall som särskilda skyddsområden i första hand klassificera sådana områden som vad gäller antal och storlek är mest lämpade för bevarandet av dessa arter, med hänsyn till arternas behov av skydd inom det geografiska havs- och landområde som omfattas av detta direktiv.

I samband med detta skall hänsyn tas till

a) utrotningshotade arter,

b) arter som är känsliga för vissa förändringar i livsmiljön,

c) arter som anses som sällsynta på grund av att populationerna är små eller den lokala utbredningen begränsad,

2. Med hänsyn till deras behov av skydd inom det geografiska havs- och landområde som omfattas av detta direktiv, skall medlemsstaterna vidta liknande åtgärder för regelbundet förekommande flyttfåglar som inte anges i bilaga 1 med avseende på deras häcknings-, ruggnings- och övervintringsområden samt rastplatser längs deras färdväg. Medlemsstaterna skall därvid lägga särskild vikt vid skyddet av våtmarker, i synnerhet våtmarker av internationell betydelse.

3. Medlemsstaterna skall sända all relevant information till kommissionen, så att den kan ta lämpliga initiativ för att uppnå den

samordning som är nödvändig för att säkerställa att de områden som anges i punkterna 1 och 2 ovan bildar en sammanhängande helhet som uppfyller behovet av skydd för dessa arter inom det geografiska havs- och landområde som omfattas av detta direktiv.

4. Med avseende på de skyddsområden som avses i punkterna 1 och 2 ovan skall medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att undvika förorening och försämring av livsmiljöer samt störningar som påverkar fåglarna, i den mån denna påverkan inte saknar betydelse för att uppnå syftet med denna artikel. Medlemsstaterna skall även utanför dessa skyddsområden sträva efter att undvika förorening och försämring av livsmiljöer."

7. Artikel 4 i direktivet har ändrats genom artikel 7 i rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter [3], även om den ändringen inte direkt aktualiseras i förevarande mål.

8. I enlighet med artikel 18 var medlemsstaterna skyldiga att "sätta i kraft de lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa detta direktiv inom två år efter dagen för anmälan". För Nederländerna löpte denna period ut den 6 april 1981. [4]

III — Det administrativa förfarandet

9. Den 25 september 1989 sände kommissionen en formell underrättelse till Nederländerna och påtalade tre överträdelser av fördraget och direktivet som Nederländerna gjordes ansvarigt för. Endast den första av dessa, avseende Nederländernas underlåtelse att avsätta ett tillräckligt stort antal SSO, har vidhållits i förevarande förfarande. Nederländerna har bestritt överträdelserna i sitt svar av den 29 december 1989.

10. Nederländerna tillställdes den 14 juni 1993 ett motiverat yttrande där kommissionen påstod att staten inte hade avsatt tillräckligt många SSO för de hotade arter som förekommer i bilaga 1 till direktivet. I yttrandet anges att staten skall rätta sig efter detta inom en tidsfrist om två månader från delgivningen. Nederländerna påstår sig ha besvarat det motiverade yttrandet (genom skrivelse av den 1 december 1993, bilaga 1 till svaromålet). Kommissionen påstår att den inte har mottagit något svar på det motiverade yttrandet. Detta förfarande inleddes

3 — EGT L 206, 1992, s. 7; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 114, nedan kallat livsmiljödirektivet.

4 — Dom av den 13 oktober 1987 i mål 236/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1987, s. 3989), punkt 2.

genom en ansökan som inkom till domstolens kansli den 5 januari 1996.

IV — Upptagande till sakprövning

11. Nederländerna har bestritt att talan skall prövas i sak och har till stöd härför angivit fyra grunder.

a) *Underlåtenhet att beakta Nederländernas svar på det motiverade yttrandet*

12. Nederländerna har hävdat att kommissionen, genom att inte beakta dess reaktion på det motiverade yttrandet, har underlåtit att iaktta dess rätt till försvar och att talan därför skall avvisas i sin helhet. Kommissionen anser att den enda nya omständigheten i Nederländernas skrivelse av den 1 december 1993 är uppgiften om att tre nya SSO har avsatts — däribland Deurnese Peel som uttryckligen nämndes i det motiverade yttrandet — och att den har beaktat denna nya situation i sin ansökan. Den har vidare hävdat att den tidsfrist som fastställdes i det motiverade yttrandet ger den mottagande medlemsstaten en sista chans att rätta sig efter gemenskapsreglerna i stället för att upprepa sin ståndpunkt. Nederländerna har svarat att skrivelsen också innehöll rättsliga argument, i synnerhet för att motivera att vissa enskilda områden inte avsatts, vilka kommissionen inte har beaktat, och att kommissionen åtminstone skulle ha frågat den nederländska regeringen varför denna, efter att den två gånger begärt förlängning av tidsfristen för att besvara det motiverade yttrandet, inte hade gjort detta.

13. För att Nederländernas yrkande på denna punkt skall vinna bifall, måste staten visa att artikel 169 skall tolkas så, att kommissionen är skyldig att beakta varje svar som en medlemsstat kan komma att inge på ett motiverat yttrande. Jag anser inte att ett sådant krav kan tolkas in i denna bestämmelse. Det är endast då de berörda medlemsstaterna *rättar sig efter* yttrandet inom den tidsperiod som kommissionen bestämt som denna är förhindrad att väcka talan vid domstolen. [5] Även om det är riktigt att domstolen har fastslagit att kommissionen är skyldig att i sitt motiverade yttrande beakta den svarande medlemsstatens yttrande med anledning av den formella underrättelsen, [6] grundas en sådan skyldighet direkt på artikel 169 och stödjer inte Nederländernas sak i förevarande mål. Inte heller påverkar den omständigheten att Nederländerna har definierat syftet med det administrativa förfarandet på rätt sätt, nämligen att "ge den berörda medlemsstaten tillfälle dels att uppfylla de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten, dels att på ett meningsfullt sätt göra gällande de grunder som kan åberopas till försvar mot kommissionens anmärkningar" [7], på något

5 — Se exempelvis dom av den 31 mars 1992 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien (REG 1992, s. I-2353).

6 — Beslut av den 11 juli 1995 i mål C-266/94, kommissionen mot Spanien (REG 1995, s. I-1975).

7 — Dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-3207), punkt 19.

sätt möjligheterna att pröva denna talan i sak. Om Nederländernas inställning vore riktig skulle en medlemsstat i praktiken kunna hindra kommissionen från att väcka talan vid domstolen enbart genom att vägra att besvara det motiverade yttrandet. Jag anser därför att Nederländernas invändning om rättegångshinder skall ogillas på denna punkt.

b) *Den i artikel 4.1 i direktivet föreskrivna skyldighetens beskaffenhet*

14. Nederländernas andra invändning mot att förevarande talan prövas i sak är att den påstådda överträdelsen inte inbegriper en enskild handling eller underlåtenhet utan ett antal fall där enskilda beslut om klassificering borde ha fattats. Nederländerna har gjort gällande att eftersom kommissionen inte har pekat ut särskilda, motiverade överträdelser av skyldigheten att klassificera enligt artikel 4.1 i direktivet, har staten inte kunnat besvara dessa anklagelser i sitt svar på den formella underrättelsen eller det motiverade yttrandet. Denna invändning mot möjligheten att pröva talan i sak avser enligt min mening vilken tolkning av artikel 4.1 i direktivet som är korrekt. Eftersom dessa argument berör kommissionens anmärkningar i sak skall de ingå i sakprövningen.

c) *Nya grunder*

15. Svaranden har för det tredje gjort gällande att kommissionens anmärkningar mot att SSO inte avsatts inom totalt sett tillräckligt stora områden och att områdena är för få, samt vissa klagomål rörande särskilt den frisiska IJsselmeerkust och Hooge Platen på västra Schelde, anfördes första gången i ansökan och att den därför inte kunde besvara dessa under det administrativa förfarandet.

16. I den formella underrättelsen hänvisade kommissionen uttryckligen till Nederländernas skyldighet att säkerställa att antalet områden och storleken på de klassificerade områdena i medlemsstaterna överensstämmer med artikel 4 och gav två exempel på områden (Markermeergebied och Deurnese Peel), vilka enligt kommissionen borde klassificeras. Samtliga dessa ställningstaganden upprepades i det motiverade yttrandet. Jag anser att talan skall prövas i sak i den mån sökanden har påstått att Nederländerna åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 4.1 i direktivet genom att underlåta att klassificera SSO av tillräcklig omfattning. Mot bakgrund av att yrkandet i ansökan är av allmän karaktär, i det att det avser att domstolen skall fastställa att direktivet och artiklarna 5 och 189 i EG-fördraget har åsidosatts enbart på den grunden att Nederländerna inte avsatt SSO i tillräcklig utsträckning, instämmer jag med kommissionen i att hänvisningarna till den frisiska IJsselmeerkusten och Hooge Platen enbart är exempel avsedda att illustrera den påstådda överträdelsen och att domstolen

inte uppmanas att särskilt ta ställning till någotdera området.

17. Jag anser att i den mån kommissionens talan rör den ersättning som Nederländerna har erhållit enligt rådets förordning (EEG) nr 1872/84 av den 28 juni 1984 om gemenskapens handlande på miljöområdet [8] för dessa två områden, kan den inte prövas i sak, eftersom inget av dessa områden nämns vare sig i den formella underrättelsen eller i det motiverade yttrandet. [9]

d) *Relevansen av en ornitologisk rapport som sammanställts efter det att det motiverade yttrandet utsändes*

18. Svarandens sista invändning mot att pröva talan i sak rör den omständigheten att kommissionen stödjer sig på en rapport som innehåller en förteckning över viktiga fågelområden i Nederländerna, vilken publicerades i december 1994 (nedan kallad IBA 94), det vill säga ungefär 18 månader efter det att det motiverade yttrandet tillställts den svarande medlemsstaten. Svaranden har gjort gällande att eftersom den inte kunde yttra sig över förteckningen under det administrativa förfarandet, kan kommissionen inte åberopa IBA 94 till stöd för att svaranden skulle ha åsidosatt direktivet.

19. Kommissionen har hävdat att dess påståenden grundas på IBA 89, och att den inte behöver stödja sig på IBA 94. Den har uttryckt förvåning över att Nederländerna invänder mot att den hänvisar till alla tillgängliga vetenskapliga bevis och särskilt till den nyaste källan, vars vetenskapliga tillförlitlighet inte har ifrågasatts i målet.

20. I enlighet med domstolens fasta rättspraxis skall "en talan om fördragsbrott ... bedömas mot bakgrund av den situation som medlemsstaten befann sig i vid utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet och ... de förändringar som har skett därefter inte ... beaktas av domstolen". [10] Nämnda frist löpte ut två månader från den tidpunkt då det motiverade yttrandet delgavs Nederländerna, eller den 14 augusti 1993. I den mån IBA 94 berör situationen i Nederländerna före den tidpunkten skulle den enligt min mening kunna godtas som bevis för att direktivet har åsidosatts. Kommissionen har emellertid inte sökt hävda att IBA 94, eller någon del därav, berör den tidigare perioden. Jag anser därför att kommissionen inte kan stödja sig på IBA 94 för att visa att

8 — EGT L 176, s. 1.

9 — Under alla omständigheter förefaller kommissionens anklagelse röra underlåtenheten att följa dess beslut av den 27 maj 1987 snarare än ett åsidosättande av direktivet.

10 — Se exempelvis dom av den 12 december 1996 i mål C-302/95, kommissionen mot Italien (REG 1996, s. I-6765), punkt 13.

direktivet åsidosatts, eftersom rapporten omfattar situationen i Nederländerna under en senare tidsperiod än den frist som anges i det motiverade yttrandet.

21. Kommissionen har också hävdat att de SSO som Nederländerna avsatt inte överensstämmer med de kvalitativa kriterier som föreskrivs i direktivet. Den har särskilt påstått att det inte är tillräckligt att inkludera sötvattensjöar, träskmarker och hedar i dessa områden. Den enda bevisning som kommissionen företett till stöd för denna särskilda aspekt av yrkandet är hämtad ur IBA 94 och kan därför, enligt min mening, inte godtas.

V — I sak

a) *Parternas argument*

22. Kommissionens invändningar är allmänna till sin karaktär, det vill säga Nederländerna har inte i tillräcklig mån uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 4.1 i direktivet. Enligt kommissionen är medlemsstaterna enligt denna bestämmelse skyldiga att klassificera tillräckliga SSO för att bevara alla de arter som anges i bilaga 1. Den omständigheten att populationerna av vissa av dessa arter har minskat i en given medlemsstat gör det möjligt att anta att denna skyldighet inte har uppfyllts på vederbörligt sätt. Kommissionen har huvudsakligen stött sig på två omständigheter till stöd för denna ståndpunkt, vilka båda bestritts av svaranden, som fått stöd av Förbundsrepubliken Tyskland.

i) Antal SSO och deras till yta totala omfattning

23. I en rapport som sammanställdes år 1989 av International Council of Bird Preservation (nedan kallad IBA 89) angavs 70 områden i Nederländerna, som tillsammans täckte en areal om 797 920 hektar, vilka kunde klassificeras på ornitologiska grunder. I IBA 94, som är en uppdaterad version av IBA 89 och som utfördes av ett antal nederländska organisationer och publicerades i december 1994, angavs 87 områden som tillsammans täckte en areal om 1 089 357 hektar vara lämpliga för klassificering som SSO. I en förteckning som upprättades av det nederländska jordbruks- och fiskeriministeriet år 1991, och vars tillförlitlighet har ifrågasatts av kommissionen, angavs 53 lämpliga områden som tillsammans täckte 398 180 hektar.

24. Enligt kommissionen har Nederländerna avsatt 23 SSO med en sammanlagd areal om 327 602 hektar. Enligt kommissionens mening understiger detta uppenbart alltför mycket åliggandet i artikel 4.1 i fråga om antal och storlek. De 23 SSO som avsatts omfattar 33 av de områden som anges i IBA 89, det vill säga mindre än hälften av de angivna 70 områdena, medan den avsatta arealen också utgör mindre än hälften av den areal som följer av IBA 89. Eftersom vidare ett enda SSO, nämligen Waddenzee, ensamt omfattar ungefär 250 000 hektar, omfattar de

återstående SSO endast 77 602 hektar, vilket är otillräckligt för att säkerställa ett tillräckligt skydd för ett stort antal av de arter som förekommer i bilaga 1. Omfattningen av Nederländernas bristande uppfyllelse i detta hänseende framstår ännu klarare mot bakgrund av IBA 94. I det fallet har enbart 35 av 87 områden, eller mindre än en tredjedel av den sammanlagda areal som är lämplig, avsatts.

25. Nederländerna har till sitt försvar i huvudsak gjort gällande att artikel 4.1 i direktivet inte fordrar att ett särskilt antal eller en särskild areal klassificeras som SSO. Enligt dess mening är klassificeringen av SSO endast en av de åtgärder som en medlemsstat kan vidta för att följa artikel 4.1. Ett åsidosättande av denna artikel kan endast anses föreligga om en medlemsstat inte alls har vidtagit några särskilda skyddsåtgärder. Det är därför samtliga de åtgärder som vidtagits avseende ett visst område som är avgörande. Svaranden har ingivit en förteckning över de skyddsåtgärder som är relevanta i detta hänseende, såsom Wet houdende voorziening in het belang van de natuurbescherming (naturskyddslag), [11] naturskyddsorganisationers köp av markområden, avtal om skötsel av mark som ingåtts med jordbruksorganisationer, klassificering av våtmarker enligt konventionen om våtmarker av internationell betydelse, särskilt som våtmarksfågelhabitat ("Ramsarkonventionen") [12], samt Nederländernas fågelskyddsplaner.

26. Nederländerna har anfört att 40 procent av den sammanlagda arealen av områdena och 40 av de 87 områden (46 procent) som anges i IBA 94 är föremål för åtgärder för miljöskydd. Genom att ange enbart två enskilda områden som borde ha avsatts har kommissionen inte heller visat att Nederländerna har överskridit det utrymme för skönsmässig bedömning som det förfogar över enligt direktivet beträffande valet av "sådana områden som ... är mest lämpade". Domstolen har medgivit att medlemsstaterna har bättre möjligheter än kommissionen att avgöra vilka av arterna i bilaga 1 som lever inom deras territorium. Kommissionen har inte heller ifrågasatt giltigheten av kriterierna för Nederländernas val av SSO. Att var och en av de tre förteckningarna är annorlunda utformad visar att tillämpningen av sådana kriterier kan ge olika resultat, som kan variera från tid till annan. Svaranden har med stöd av Tyskland på denna punkt hävdat att den regel kommissionen stött sig på, nämligen att medlemsstater måste klassificera åtminstone hälften av de lämpliga områdena inom sitt territorium, inte förekommer i direktivet.

27. Kommissionen har svarat att artikel 4.1 medför en särskild skyldighet att klassificera SSO, vilken inte kan uppfyllas genom att andra åtgärder vidtas. Den har också gjort gällande att Nederländerna inte har visat att de åtgärder den har åberopat ger ett tillräckligt skydd för de berörda arterna.

11 — *Stb.* 572, 1967.

12 — Förenta nationernas traktatsamling, band 996, s. 245. Se även kommissionens rekommendation 75/66/EEG av den 20 december 1974 till medlemsstaterna rörande skydd för fåglar och deras livsmiljöer (EGT L 21, 1975, s. 24).

ii) Minskande fågelpopulationer

28. Som bevis för att Nederländerna ger ett otillräckligt skydd har kommissionen angivit nio fågelarter vars populationer minskat med 50 procent mellan åren 1981 och 1990 och som normalt återfinns i områden som anges i IBA 94 men som inte skyddas som SSO. Även om det medges att en minskning av en fågelpopulation inte i sig motiverar slutsatsen att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.1, särskilt beträffande stannfåglar, är en sådan slutsats motiverad vad avser övervintrande fåglar, såsom orre (Tetrao tetrix) och rördrom (Botauris stellaris). Kommissionen har stött sig på domen i målet Santoña-våtmarkerna för att visa att skyldigheten att skydda hotade arter föreligger oavsett minskningen av deras antal. [13]

29. Svaranden har hävdat att fågelpopulationer i sig är föremål för fluktuationer och har angivit åtta arter som har ökat kraftigt i antal och en, ägretthägern (Egretta alba), som har observerats i Nederländerna för första gången. Den har vidare, beträffande de arter som upptecknats av kommissionen, hävdat att fyra av dessa övervintrar i de afrikanska träsken i Sahel och att minskningen av antalet fåglar kan bero på situationen där. Populationerna av alla de nämnda arterna minskade i nästan alla europeiska länder och det är inte rättvist att peka ut Nederländerna som ansvarigt. Under alla omständigheter ger klassificeringen av SSO inte några garantier för att populationer inte kommer att minska, vilket framgår av fallet med rördromen. Även om mer än 10 procent av dess population i Nederländerna redan återfinns i SSO minskade dess totala antal avsevärt under referensperioden. Populationerna av fem av de arter som angivits, inklusive orren, har stabiliserats på senare år.

b) *Bedömning*

i) Tolkning av artikel 4.1 i direktivet

30. Det skall först utredas vilken som är den korrekta tolkningen av artikel 4.1 i direktivet. Enligt Nederländerna är klassificeringen av SSO en viktig skyddsåtgärd som dock inte görs obligatorisk genom denna bestämmelse. En medlemsstat kan endast anses ha åsidosatt artikel 4.1 om den inte har vidtagit några särskilda skyddsåtgärder. Av detta synsätt följer att enbart ett konstaterande av att en medlemsstat har klassificerat mindre än hälften av områdena i antal och areal räknat inte skulle vara tillräckligt för att fastställa att

13 — Dom av den 2 augusti 1993 i mål C-355/90, kommissionen mot Spanien, "Santoña-våtmarkerna" (REG 1993, s. I-4221), punkt 15.

medlemsstaten åsidosatt sina skyldigheter enligt direktivet. Nederländerna har beskrivit ett antal andra skyddsåtgärder som staten vidtagit och har hävdat att dessa innebär att direktivet har följts.

31. Kommissionens tolkning av artikel 4.1 är en helt annan. Enligt dess mening medför bestämmelsen en särskild skyldighet att avsätta ett tillräckligt antal och en tillräcklig areal av SSO, för att säkerställa överlevnaden och fortplantningen för de arter som förekommer i bilaga 1. Även om kommissionen anser att det bästa sättet för varje medlemsstat att uppfylla denna skyldighet vore att klassificera alla de områden som anges i IBA 89 och IBA 94, godtar den att skyldigheterna enligt direktivet är mindre långtgående och att medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning i detta hänseende. Underlåtenhet att klassificera ens hälften, i antal och areal räknat, av de områden som anges i förteckningarna över viktiga fågelområden utgör emellertid enligt dess mening ett åsidosättande av artikel 4.1.

32. Det tämligen extrema synsätt som framförts av Nederländerna förefaller mig inte vara berättigat av vare sig direktivets lydelse eller syften och vinner inte stöd av domstolens rättspraxis på detta område. "Skyddet, bevarandet och återställandet av biotoper och livsmiljöer", vilket omfattar avsättandet av skyddade områden, är enligt artikel 3.2 a en skyldighet som avser *alla* arter av vilda fåglar som omfattas av direktivet. Enligt artikel 4.1 fjärde stycket fordras att medlemsstaterna "i första hand [skall] klassificera sådana områden som vad gäller antal och storlek är mest lämpade för bevarandet av [arterna i bilaga 1]". Enligt min mening visar orden "i första hand" att denna mening bör tolkas så, att den innebär att medlemsstaterna, bland de åtgärder de är skyldiga att vidta för att säkerställa överlevnaden och fortplantningen för de hotade fåglarna, som ett minimum måste klassificera de mest lämpade områdena som SSO. För att till fullo uppfylla den mer allmänna skyldighet som föreskrivs i artikel 4.1 första stycket kan de bli skyldiga att klassificera andra områden som SSO och/eller vidta andra särskilda skyddsåtgärder. Vad som är väsentligt i detta mål är att medlemsstaterna har en särskild skyldighet att klassificera de mest lämpade områdena som SSO.

33. Den logiska slutsatsen av Nederländernas tolkning av sina skyldigheter enligt artikel 4.1 vore att en medlemsstat kunde undslippa skyldigheten att klassificera SSO då den ansåg att andra skyddsåtgärder var tillräckliga för att säkerställa överlevnaden och fortplantningen för de hotade arterna. Medlemsstaterna skulle därmed kunna undslippa sina skyldigheter enligt artikel 4.4 att vidta lämpliga åtgärder för att undvika en försämring av livsmiljöer samt störningar som påverkar fåglarna i skyddsområdena. En sådan tolkning skulle också göra artikel 4.3 ändamålslös, eftersom det inte skulle finnas några särskilda skyddsområden som skulle kunna utgöra "en sammanhängande helhet".

34. Nederländernas tolkning förefaller mig också vara oförenlig med domstolens rättspraxis. I målet Santoña-våtmarkerna sökte Spanien göra gällande att klassificeringen av (en del av) det berörda området som naturreservat innebar att staten i tillräcklig mån hade uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 4.1, och att den under alla omständigheter hade klassificerat ett stort antal andra SSO inom sitt territorium och därmed täckt ett större område än någon annan medlemsstat. [14] Genom att i målet Santoña-våtmarkerna fastslå att "klassificeringen av SSO sker enligt vissa ornitologiska kriterier som fastställs i direktivet, såsom förekomsten av de fåglar som förekommer i bilaga 1 å ena sidan, och betecknandet av livsmiljön som ett våtmarksområde å andra sidan", [15] tolkade domstolen enligt min mening artikel 4.1 tydligt på så sätt att den skapar en självständig skyldighet att avsätta SSO, och angav samtidigt villkoren för att denna skyldighet skall uppstå. Mer allmänt uttalade domstolen i samma dom att "enligt artiklarna 3 och 4 i direktivet skall medlemsstaterna skydda, bevara och återställa livsmiljöer som sådana, på grund av deras ekologiska värde", [16] och visade därmed vilken central placering skyddet för livsmiljöerna har i direktivets systematik.

35. Genom den tolkning av artikel 4.1 som Nederländerna har framfört beaktas inte heller den särskilda karaktären av skyldigheten att klassificera skyddsområden för arter i bilaga 1, och enligt denna skulle samma system tillämpas på dessa arter som tillämpas på andra arter av vilda fåglar (utom flyttfåglar) i enlighet med artikel 3. Detta avvisades uttryckligen av domstolen i domen i målet RSPB, där domstolen fastslog att "artikel 4 i fågeldirektivet innehåller föreskrifter om ett skyddssystem som är specifikt inriktat på och utökat för såväl de arter som anges i bilaga 1 som flyttfåglar, och som berättigas av att det rör sig om de arter som är mest utrotningshotade respektive de arter som utgör ett för gemenskapens medlemsstater gemensamt arv". [17]

36. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att artikel 4.1 fjärde stycket ålägger medlemsstaterna en självständig skyldighet att som SSO klassificera de mest lämpade områdena, med beaktande av kraven på skydd för arterna i bilaga 1 inom det territorium där direktivet är tillämpligt. Skyldigheten omfattar enligt min mening *samtliga* "mest lämpade territorier" men inte nödvändigtvis alla områden som erbjuder lämpliga livsvillkor för arterna i bilaga 1. Rådet gav inte heller medlemsstaterna rätt att *inte* klassificera något område som angivits vara bland de mest lämpade och inte heller att fastställa ett lägsta antal SSO som skulle klassificeras, som hade föreslagits beträffande livsmiljödirektivet. [18] Jag anser att detta överensstämmer med särdragen i systemet för arterna i bilaga 1, vilket beskrivits ovan. Som framgår av nionde övervägandet i ingressen är detta

14 — Mål C-355/90, ovan fotnot 13, generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande, (s. I-4249), punkt 14.

15 — Ibidem, punkt 26 i domen.

16 — Punkt 15.

17 — Mål C-44/95, ovan fotnot 2, punkt 23 i domen.

18 — Dom av den 28 februari 1991 i mål C-57/89, kommissionen mot Tyskland (nedan kallat "Leybucht-skyddsvallarna"), generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande, punkt 26, fotnot 24 (REG 1991, s. I-883, särskilt s. I-914).

arter vars överlevnad är hotad. Som skall visas nedan skall bedömningen av vilka områden som är mest lämpade till antal och storlek utföras av medlemsstaterna på grundval av ornitologiska kriterier.

37. Nederländerna har också hävdat att artikel 4.1 i stället för att skapa en skyldighet av allmän karaktär fordrar att staten vidtar ett antal enskilda beslut vid klassificeringen av områden. Eftersom kommissionen inte har kunnat visa att skyldigheten att klassificera har åsidosatts beträffande något enskilt område, har Nederländerna dragit slutsatsen att talan saknar grund.

nande innebörd. [19] Om det tolkas som om det avsåg storlek kan kriteriet tillämpas både på allmänna och särskilda bedömningar av huruvida en stat följer artikel 4.1. Även kravet att medlemsstaterna skall beakta tendenser och variationer i populationsnivåerna och skyddsnivåerna för arterna i bilaga 1 inom direktivets tillämpningsområde ger stöd för att kommissionen kan vidta åtgärder mot en medlemsstat för ett åsidosättande av såväl en allmän som en särskild skyldighet att klassificera SSO. Populationstendenserna eller europeiska skyddsnivåer är relevanta för båda slagen av skyldigheter.

ii) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning

38. Enligt min mening skapar artikel 4.1 både skyldigheter av allmän karaktär och särskilda skyldigheter beträffande enskilda områden. Särskilt kravet att de mest lämpade områdena "vad gäller antal" skall klassificeras som SSO kan enbart bedömas mot bakgrund av i vilken utsträckning en medlemsstat i allmänhet handlar i enlighet med artikel 4.1 fjärde stycket. Vad beträffar ett enskilt område saknar det relevans om kriteriet vad gäller antal är uppfyllt. Den engelska språkversionen av kriteriet "most suitable ... in size" är något tvetydig och förefaller inte överensstämma med nionde övervägandet i ingressen eller med någon av de övriga språkversionerna. Den franska versionen har exempelvis följande lydelse: "les plus appropriés ... en superficie", vilket motsvarar "most suitable ... in *area*", medan den nederländska versionen, som lyder: "naar ... oppervlakte ... meest geschikte" har en lik-

39. Omfattningen av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid avsättandet av SSO har varit föremål för mycken diskussion. Nederländerna har hävdat att tillämpningen av artikel 4.1 grundas på en konkret bedömning av huruvida ett visst område är ett av de mest lämpade områdena och har påpekat att föregående mål vid domstolen alla har avsett frågan huruvida en medlemsstat skulle ha klassificerat ett visst

19 — Danskans ("til ... udstrækning er bedst egnede"), tyskans ("die ... flächenmäßig geeignetsten"), italienskans ("i ... più idonei ... in superficie"), grekiskans ("τα πιο κατάλληλα, σε ... επιφάνεια"), spanskans ("los ... más adecuados ... en superficie"), portugisiskans ("os ... mais apropriados ... em extensão"), finskans ("kooltaan sopivimmat") och svenskans ("storlek är mest lämpade") ... avser alla antingen "area" eller använder ett begrepp som kan betyda "område" eller "storlek".

område som SSO. Enligt dess mening kan det inte visas att denna bestämmelse har åsidosatts om inte en medlemsstat har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att exempelvis underlåta att som SSO klassificera ett område av särskild ornitologisk betydelse.

40. I sin interventionsinlaga har Tyskland stött sig på utrymmet för skönsmässig bedömning och anfört att det enligt artikel 4.1 ankommer på medlemsstaterna att välja ut SSO, och att den enda avgörande omständigheten är att områdena, vad beträffar antal och storlek, måste vara lämpade för bevarande av de berörda arterna och tillsammans med områden som klassificerats av andra medlemsstater kunna ingå i en sammanhängande helhet av skyddsområden. Enligt dess mening fordrar denna bestämmelse inte att ett särskilt antal SSO klassificeras utan snarare att medlemsstaterna säkerställer att de SSO som klassificeras är lämpade för bevarandet av hotade fågelarter.

41. Även om utrymmet för skönsmässig bedömning inte nämns någonstans i artikel 4.1, fastslog domstolen i målet Leybuchtskyddsvallarna att "medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning beträffande valet av de områden som är mest lämpade för klassificering som SSO". [20] I målet kommissionen mot Italien förklarade domstolen att "skötseln av det gemensamma arvet har anförtrotts medlemsstaterna ..." och fortsatte:

"Det följer av ansvarsfördelningen [enligt direktivet] att det ankommer på medlemsstaterna att bestämma vilka arter som skall bli föremål för de särskilda åtgärder för skydd och bevarande som är nödvändiga enligt artikel 4.1 i direktivet. Dessutom är det lättare för medlemsstaterna än för kommissionen att avgöra vilka av de arter som är upptagna i bilaga 1 till direktivet som förekommer inom deras territorier." [21]

42. I förevarande mål är det ostridigt vilka arter av vilda fåglar som fordrar skydd inom Nederländernas territorium. Som den tyska regeringen påpekade i målet Leybuchtskyddsvallarna ger valet av ett SSO upphov till en extremt komplex bedömning av de mest skilda omständigheter och fordrar ett avsevärt vetenskapligt arbete. [22] I förevarande mål har kommissionen uppgivit att medlemsstaterna inte är skyldiga att klassificera ett separat SSO för varje art i bilaga 1. Somliga arter fordrar mer skydd än andra, och klassificeringen av ett särskilt område som SSO skulle kunna utgöra ett skydd för olika hotade arter på samma gång. Det förefaller som om medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning främst aktualiseras i samband med bedömningen enligt

20 — Mål C-57/89, ovan fotnot 18, punkt 20.

21 — Dom av den 17 januari 1991 i mål C-334/89, kommissionen mot Italien (REG 1991, s. I-93), punkterna 8 och 9.

22 — Mål C-57/89, kommissionen mot Tyskland, ovan fotnot 18, förhandlingsrapport, s. I-896 och följande sida.

objektiva ornitologiska kriterier av huruvida ett eventuellt SSO är lämpligt. Så snart ett område har placerats bland de mest lämpade för bevarande av den ifrågavarande arten uppstår en skyldighet att klassificera den som ett SSO. Detta följer tydligast av domen i målet RSPB, där den omständigheten att Lappel Bank otvivelaktigt var bland "de mest lämpade områdena" föranledde domstolen att fastslå att Förenade kungariket var skyldigt att klassificera området. [23]

43. Oavsett hur stort utrymme för skönsmässig bedömning en medlemsstat har beträffande klassificeringen av ett enskilt område kan jag inte se hur svaranden kan stödja sig på detta i förevarande mål. Kommissionen har sökt visa att Nederländerna inte har klassificerat vare sig ett tillräckligt antal SSO eller ett tillräckligt stort område för att uppfylla sina allmänna skyldigheter enligt artikel 4.1 i direktivet. Nederländerna har inte hävdat att staten har rätt att allmänt underlåta att uppfylla dessa skyldigheter.

44. Det sätt på vilket Nederländerna stödjer sig på sitt utrymme för skönsmässig bedömning i förevarande fall är motstridigt. Nederländerna har å ena sidan hävdat att medlemsstaterna bättre än kommissionen kan välja ut de områden som bör skyddas, å andra sidan gjort gällande att direktivet enbart kan genomföras genom att kommissionen utser särskilda områden som borde klassificeras samt väcker talan mot medlemsstaterna beträffande dessa områden var för sig. Som kommissionen har påpekat skulle den inställning som Nederländerna gjort gällande, förutom att den skulle skapa praktiska svårigheter, leda till att medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning iakttogs i mindre utsträckning än enligt den ställning som kommissionen intagit i förevarande mål.

45. Nederländerna har tillagt att medlemsstaterna är skyldiga att då de vidtar särskilda skyddsåtgärder beakta de ekonomiska krav och rekreationsbehov som hänvisas till i artikel 2. Staten ändrade detta påstående något i sin replik, där den följde domen i målet RSPB [24] och hävdade att omfattningen av de skyldigheter som följer av artikel 4.1 skall tolkas mot bakgrund av artiklarna 1 och 2 i direktivet. Ett sådant påstående strider enligt min mening uppenbart mot första punkten i domslutet i fråga, där det anges att "Artikel 4.1 eller 4.2 i [direktivet] skall tolkas så, att en medlemsstat inte har rätt att beakta de ekonomiska krav som nämns i artikel 2 i samma direktiv vid valet och avgränsningen av ett särskilt skyddsområde". [25]

23 — Mål C-44/95, ovan fotnot 2, punkt 26. Se även dom av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld m. fl. (REG 1996, s. I-5403), där domstolen intog en liknande hållning till medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning enligt artikel 4.2 i rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT L 175, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226). Nederländernas Raad van State, den hänskjutande domstolen, föreslog en analogi mellan dessa två typer av skönsmässig bedömning (REG 1996, s. I-5403, punkterna 44, 49 och 50).

24 — Mål C-44/95, ovan fotnot 2.

25 — Ibidem, REG 1996, s. I-3856, särskilt s. I-3857.

iii) Bevisvärdet av förteckningarna över fågelområden av betydelse

46. Direktivet innehåller varken en förteckning över de mest lämpade områdena i medlemsstaterna vilka skall klassificeras som SSO eller detaljerade kriterier för hur dessa skall väljas ut. I artikel 4.1 uppställs inte desto mindre ett antal riktlinjer som medlemsstaterna skall beakta då de beslutar vilka områden som är mest lämpade. [26] Domstolen uttalade i målet RSPB att "det rör sig om kriterier av ornitologisk karaktär, oaktat de olikheter som förekommer mellan de olika språkversionerna av artikel 4.1 sista stycket". [27] Enligt min mening följer det härav att ornitologiska kriterier också måste tillämpas vid bedömningen av huruvida en medlemsstat i tillräcklig mån har uppfyllt sin allmänna skyldighet att klassificera SSO.

47. För att försöka visa att Nederländerna inte i tillräcklig mån har uppfyllt sina skyldigheter i detta hänseende har kommissionen i huvudsak stött sig på IBA 89, men också hänvisat till den ändrade och uppdaterade förteckningen IBA 94. Även IBA 89 är en uppdaterad version av en förteckning som upprättats på kommissionens begäran av Muséum National d'histoire naturelle de Paris år 1987. I IBA 89 "utvärderades för första gången enskilda områden i varje europeiskt land enligt en viss standard och en sammanhängande helhet av områden som omfattar hela kontinenten nedtecknades, vilket om den skyddades skulle bevara en avsevärd andel av den europeiska populationen av många arter". [28] Av de uppgifter om inventeringen beträffande Nederländerna som anges i bilaga 7 till kommissionens ansökan framgår följande tre kategorier av kriterier på grundval av vilka områden upptogs i IBA 89: numeriska kriterier, upptagande i förteckningen över de 100 viktigaste områdena i gemenskapen för en känslig art eller ras och upptagande bland de fem viktigaste områdena för känsliga arter eller raser i en viss region i gemenskapen. Ytterligare fem områden upptogs i förteckningen, exempelvis Het Zwin, eftersom det är förbundet med ett viktigt fågelområde i Belgien, eller Krammer och Volkerak, eftersom detta område "om det sköttes på rätt sätt skulle kunna utvecklas till ett betydelsefullt färskvattenekosystem". De sju separata kategorierna av numeriska kriterier för häckningsområden och de fem kategorierna för andra områden än häckningsområden förekommer i en tabell som vidhäftats bilaga 7 till ansökan. De förstnämnda kategorierna omfattar områden där en procent eller mer av de häckande paren av en biogeografisk population av en art eller ras återfinns. [29] Kriterierna är baserade på de särskilda kännetecknen för arternas utbredning och val av livsmiljö, alla sedvanliga häckningsområden för ovanliga eller hotade arter eller för små och hotade enskilda biogeografiska populationer

26 — Se punkt 6 i detta förslag till avgörande.

27 — Mål C-44/95, ovan fotnot 2, punkt 26 i domen.

28 — Tucker m. fl., *Birds in Europe: Their conservation status* (hänvisas till av kommissionen i bilaga VII till dess ansökan), *BirdLife International*, Cambridge, 1994, s. 20.

29 — Kommissionens expert förklarade vid sammanträdet att denna mening hänvisade till särskilda populationer av fåglar som flyttade från sina häckningsområden till rastplatser och övervintringsområden, vilket kan omfatta områden utanför det territorium som direktivet är tillämpligt på. Åtgärder för skydd av en sådan population antas inte ha någon inverkan på andra sådana populationer.

(2 500 par eller färre), samt sedvanliga häckningsområden för ett stort antal av tre eller fler av arterna i bilaga 1.

48. Tyskland har med emfas hävdat att IBA 89 och IBA 94 enbart innehåller en förteckning över områden som i enlighet med vetenskapliga kriterier *skulle kunna* bidra till bevarandet av hotade arter. Dessa förteckningar är varken en del av direktivet eller rättsligt bindande. Vidare är varken de kriterier som förteckningen är baserad på eller de förteckningar som följer härav resultatet av överenskommelser på gemenskapsnivå. Tyskland har tillagt att det vore godtyckligt att sätta en lägsta gräns om 50 procent av klassificerade områden, och att detta inte är vetenskapligt belagt.

49. Detta argument förefaller grundas på en sammanblandning av den rättsliga skyldigheten och bevisningen för att direktivet inte har följts. Det är naturligtvis riktigt att IBA 89 inte i sig är bindande för medlemsstaterna. Om den vore det kunde detta mål ha avgjorts mycket snabbare. Även om IBA 89 sammanställts av Eurogroup for the Conservation of Birds and Habitats i samarbete med International Council of Bird Preservation (numera BirdLife) i stället för genom något av de exklusiva gemenskapsförfarandena, upprättades den för kommissionens behöriga generaldirektorat och i samarbete med kommissionen och nationella experter. Förteckningen var åtminstone till viss del utformad för att vara till hjälp för medlemsstaterna vid genomförandet av direktivet. Genom att exempelvis peka ut de känsliga arter och raser som beaktas, hänvisas i IBA 89 uttryckligen till bilaga 1 till direktivet i dess lydelse enligt direktiv 85/411/EEG, med tillägg av de arter och raser som "sannolikt kommer att läggas till bilaga 1 till följd av att Spaniens och Portugals anslutning till Europeiska gemenskapen beaktas".

50. Av detta följer enligt min mening att IBA 89 inte bara utgör vetenskaplig bevisning utan också uttryckligen utformades för att användas vid tillämpningen av direktivet. Tyskland förefaller för övrigt principiellt godta att det är nödvändigt med vetenskaplig bevisning. IBA 89 är i sig inte avgörande eller rättsligt förpliktande, men kan användas som stöd för att visa i vilken utsträckning en medlemsstat har uppfyllt såväl sina allmänna som särskilda skyldigheter. [30] En medlemsstat kan själv förebringa bättre vetenskaplig bevisning för att visa att ett enskilt område inte är bland de "mest lämpade" för bevarandet av arterna i bilaga 1. En medlemsstat kan även förebringa motbevisning för att visa att det sammanlagda antalet SSO och deras sammanlagda storlek, som följer av IBA 89 eller varje annan sådan förteckning som kommissionen stödjer sig på, är felaktiga.

30 — Kommissionen förklarade vid sammanträdet att den hade stött sig på IBA 89 i målet Santoña-våtmarkerna, även om detta inte framgår av förhandlingsrapporten.

51. I förevarande fall har Nederländerna inte direkt bestritt den vetenskapliga tillförlitligheten hos IBA 89, förutom vad beträffar frågan om definitionen av en minsta godtagbar storlek för ett SSO. I sin inlaga har Nederländerna påpekat att IBA 94 ger viss ledning i fråga om definitionen av en biotop, vilket saknades i tidigare förteckningar. Nederländerna har hävdat att den förteckning som upprättats av dess jordbruks- och fiskeriministerium år 1991 grundades på samma tre kriterier som IBA 89 och IBA 94. Nederländerna har emellertid gjort gällande att tillämpningen av dessa kriterier inte leder till entydiga resultat och har hänvisat till dels skillnaderna mellan IBA 89 och IBA 94, dels skillnaderna mellan IBA-förteckningarna och jordbruksministeriets förteckning från år 1991. Staten har påstått att skillnaderna mellan förteckningarna över områden som skall klassificeras enligt IBA-inventeringarna och dem som verkligen har klassificerats kan förklaras av den ornitologiska informationens beskaffenhet. Staten har också anfört att skillnaden i antal SSO följer av en skillnad i avgränsningen och grupperingen av områden, medan skillnaden i storlek beror på avsaknaden av lämpliga kriterier för att definiera gränserna för områden att klassificera.

52. Nederländerna har till en början inte på ett övertygande sätt visat varför en nationell förteckning över områden att avsätta, vilken upprättats efter det att det administrativa förfarandet i detta mål hade inletts, skulle vara mer tillförlitlig än en inventering som gjorts av ornitologiska experter från olika medlemsstater, inklusive Nederländerna, före det administrativa förfarandet. Det första av de tre kriterier som anges i Nederländernas svaromål, som enbart består av att åtminstone en procent av den biogeografiska populationen av våtmarksfågelarter regelbundet förekommer inom ett område, förefaller mig vara mycket mindre omfattande och detaljerad än den förteckning över kategorier av numeriska kriterier som IBA 89 var grundad på (tabell 1 i bilaga 7 till kommissionens ansökan). Oavsett om Nederländerna i sin inlaga begränsat detta numeriska kriterium endast till våtmarksfåglar på grund av ett förbiseende är det sannolikt att de betydande skillnaderna mellan de numeriska kriterier som tillämpas i IBA 89 och Nederländernas förteckning från år 1991 i sig är tillräckliga för att förklara skillnaderna mellan de förteckningar som följer härav.

53. Medan Nederländerna inte har kunnat visa att dess egen förteckning objektivt sett skall ges företräde, har kommissionen ifrågasatt den vetenskapliga grunden för Nederländernas förteckning. Som bilaga till sitt svaromål har kommissionen ingivit en tabell över en jämförelse mellan de (teoretiska) resultaten av tillämpningen av de tre kriterier som Nederländernas förteckning är baserad på, och de faktiska klassificeringarna av SSO avseende 26 av de arter i bilaga 1 som återfinns i Nederländerna. Inte i något fall motsvarar det resultat som Nederländerna uppnått det antal som skulle ha uppnåtts enligt Nederländernas kriterier, och i de flesta fall är skillnaden mycket stor. [31] Nederländerna har inte givit någon förklaring till skillnaden mellan dessa båda sifferuppställningar.

31 — Kommissionen har inte närmare angivit källan till populationssiffrorna. Tabellen används emellertid inte för att särskilt visa att Nederländerna har åsidosatt artikel 4.1 utan för att vederlägga underlaget för Nederländernas egen förteckning från år 1991.

54. Nederländernas förteckning från år 1991 innehåller omkring 53 områden som enligt kommissionen [32] helt eller delvis motsvarar 57 av de 70 områden som anges i IBA 89, även om den endast omfattar omkring hälften av den sammanlagda storleken på de områden som angivits som mest lämpade i IBA 89. Även om denna nationella förteckning skulle visa sig innehålla de mest lämpade områdena har svaranden inte sökt visa att den har klassificerat dessa som SSO — förmodligen till stor del på grund av att svaranden bestritt att det föreligger en skyldighet att klassificera dem.

55. Nederländerna har också sökt stödja sig på skillnaderna mellan IBA 89 och IBA 94 för att visa att tillämpningen av ornitologiska kriterier ger osäkra resultat. Kommissionen har med kraft invänt mot detta påstående. Sju av de tolv områdena i den senare förteckningen, vilka saknas i IBA 89, infördes för att beakta att nya arter lades till bilaga 1 till direktivet, medan de övriga fem följer av olika objektiva omständigheter såsom olika fördelningar eller grupperingar av områden och en ökad kunskap eller en utveckling av fågelpopulationerna i Nederländerna. Kommissionens förklaringar på denna punkt förefaller övertygande. Vidare har Nederländerna självt påpekat att situationen för fågelarter ständigt förändras över tid.

56. Det framgår av kommissionens svar på en fråga från en ledamot av Europaparlamentet att "kommissionen tillsammans med medlemsstaterna har utvecklat en metod för att på ett objektivt sätt utvärdera i vad mån olika fågelarter är hotade i gemenskapen och för att avgöra vilken proportion av varje fågelpopulation som borde förekomma i ett SSO i varje region". [33] Som svar på en fråga vid sammanträdet förklarade kommissionens ombud att även om graden av känslighet var en omständighet att beakta vid bedömningen av vilket skydd som fordrades för varje art, var denna inte till hjälp vid bedömningen av vilka områden som skulle klassificeras som SSO. Vidare omfattar skyldigheterna i artikel 4.1 samtliga fåglar i bilaga 1, inklusive dem som ansetts vara mindre känsliga.

57. Den senare delen av kommissionens svar på den parlamentariska frågan rör frågan huruvida det är möjligt att avgöra hur stor andel av en viss art som skall förekomma i ett SSO i en viss medlemsstat. I bilagan till kommissionens svaromål under det skriftliga förfarandet, till vilket hänvisas ovan, förekommer den tabell av vilken framgår med vilken procentandel samtliga fåglar i bilaga 1 förekommer i de fem mest lämpade områdena, och med vilken procentandel dessa arter förekommer i SSO i Nederländerna. Siffrorna är verkligen talande. Exempelvis har sex arter, vars populationsandel i de fem bästa områdena varierar mellan 19 och 100 procent, ingen (noll procent) population i

32 — Sammanfattning av bilaga 9 till ansökan.

33 — Skriftlig fråga nr 131/93 av Florus Wijsenbeek (EGT C 258, 1993, s. 7).

SSO. Även om en medlemsstats underlåtenhet att inkludera en tillräckligt stor andel fåglar i bilaga 1 i SSO inom sitt territorium kan utgöra ett enkelt kvantifierbart kriterium på i vad mån den uppfyllt en av skyldigheterna i artikel 4.1, kan jag i brist på bevis för motsatsen godta att detta inte i sig är tillräckligt för att det skall kunna fastställas att en medlemsstat inte uppfyllt skyldigheten att klassificera SSO i enlighet med denna bestämmelse.

iv) Åsidosättande av artikel 4.1

58. Vid tiden för kommissionens ansökan i detta mål hade Nederländerna klassificerat 23 SSO, vilka omfattade en sammanlagd areal om 327 602 hektar. Då motsvarande siffror som följer av IBA 89 är 70 områden om sammanlagt 797 920 hektar, anser kommissionen att det är uppenbart att Nederländerna åsidosatt sina skyldigheter att klassificera SSO enligt artikel 4.1.

59. Då kommissionen sökt visa att denna situation utgör ett uppenbart åsidosättande av Nederländernas skyldigheter enligt direktivet har den upprepade gånger hänfört sig till siffror som motsvarar hälften av antalet områden och av områdenas storlek. Nederländerna och Tyskland har båda påpekat att en sådan angivelse inte förekommer i direktivet och att den är godtycklig och ovetenskaplig. Detta är emellertid irrelevant. IBA-rapporterna har, som jag har sagt, förebringats av kommissionen som vetenskaplig bevisning för vad som är de "mest lämpade områdena" för klassificering som SSO i Nederländerna. Nederländerna har inte nämnvärt bestritt deras bevisvärde. Dess underlåtenhet att klassificera ens femtio procent av de föreslagna områdena har anförts till stöd för att Nederländerna skulle ha underlåtit att uppfylla sin allmänna skyldighet att klassificera SSO, även om kommissionen stött sig på sifferangivelsen i pedagogiskt syfte och inte för att definiera skyldigheten i artikel 4.1 i direktivet.

60. Som jag redan har anfört innebär artikel 4.1 fjärde stycket en skyldighet för medlemsstaterna att klassificera *samtliga* mest lämpade områden, vilka utses genom tillämpning av tillförlitliga objektiva vetenskapliga kriterier. Kommissionens skyldighet i förfaranden som detta är att ange det sammanlagda antalet av och den sammanlagda storleken på SSO som en medlemsstat skall klassificera på grundval av dessa kriterier, jämfört med det antal av och den storlek på SSO som staten redan har klassificerat. Förekomsten av skillnader mellan dessa två sifferuppsättningar kan naturligtvis ifrågasättas av den ifrågavarande medlemsstaten. Om skillnaden visas föreligga inför domstolen är detta tillräckligt för att svaranden skall anses ha åsidosatt sina skyldigheter enligt direktivet. Kommissionens slutsats på grundval av bevisningen i detta mål, nämligen att Nederländerna har underlåtit att klassificera SSO i tillräcklig omfattning i fråga om såväl antal som storlek, följer av ett sedvanligt juridiskt resonemang och grundas inte på något antagande.

61. Vid sammanträdet hävdade Nederländerna att kommissionen hade gjort det mycket svårt för staten att få veta exakt vad den skulle göra för att uppfylla skyldigheterna i artikel 4.1 i direktivet, medan Tyskland undrade hur domstolen skulle behandla en andra, hypotetisk talan mot Nederländerna enligt artikel 171 i fördraget. Det framgår enligt min mening klart av den föregående bedömningen av de relevanta bestämmelserna att Nederländernas svårigheter att följa direktivet huvudsakligen har sin grund i att staten gjort en felaktig tolkning av sina skyldigheter enligt artikel 4.1. Nederländerna har vidare tillgång till tillräcklig och tillräckligt tillförlitlig ornitologisk information för att kunna avgöra vilka åtgärder staten skall vidta för att uppfylla sina skyldigheter enligt bestämmelsen. Jag anser det varken nödvändigt eller lämpligt att i detalj behandla de argument som grundar sig på hypotetiska framtida förfaranden. Eftersom kommissionens yrkande är av allmän karaktär, anser jag att ett sådant yrkande, om det bifölls, inte skulle kunna utgöra grund för att Nederländerna har åsidosatt sin skyldighet att klassificera ett visst område. Ett bifall till kommissionens talan skulle därför inte kunna användas till stöd för talan i ett mål enligt artikel 171 avseende ett sådant område. Under alla omständigheter var Tysklands påpekande främst avsett att ifrågasätta kriteriet om klassificering av femtio procent, som jag redan har behandlat ovan.

62. Av detta följer enligt min mening att kommissionens talan skall vinna bifall. Kommissionen har yrkat att Nederländerna skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i målet. Eftersom jag föreslår att domstolen skall godta Nederländernas argumentation endast på mindre betydelsefulla punkter, vilket inte inverkar på föremålet för talan, anser jag att även kommissionens yrkande om rättegångskostnader skall vinna bifall.

VI — Förslag till avgörande

Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall:

1) Fastställa att Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt EG-fördraget genom att underlåta att klassificera särskilda skyddsområden av tillräcklig storlek och i tillräckligt stort antal i enlighet med artikel 4.1 i rådets direktiv 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar.

2) Förplikta Konungariket Nederländerna att ersätta rättegångskostnaderna.